SUOMALAISEN LAKIMIESYHDISTYKSEN JULKAISUJA
A-sarja N:o 173

RANGAISTUKSEN MÄÄRÄÄMISESTÄ I

Teoria ja yleinen osa

KIRJOITTANUT
TAPIO LAPPI-SEPPÄLÄ

With an English Summary

SUOMALAISEN LAKIMIESYHDISTYKSEN
JULKAISUJA

A-sarja N:o 173

SUOMALAISEN LAKIMIESYHDISTYKSEN JULKAISUJA
A-sarja N:o 173

TAPIO LAPPI-SEPPÄLÄ

RANGAISTUKSEN MÄÄRÄÄMISESTÄ I

Teoria ja yleinen osa

With an English Summary

AKATEEMINEN KIRJAKAUPPA
JAKAJA

RANGAISTUKSEN MÄÄRÄÄMISESTÄ I

Teoria ja yleinen osa

KIRJOITTANUT

TAPIO LAPPI-SEPPÄLÄ

OIKEUSTIETEEN LISENSIAATTI

Yliopistollinen väitöskirja, joka Helsingin yliopiston oikeustieteellisen tiedekunnan suostumuksella esitetään julkisesti tarkastettavaksi Porthanian luentosalissa III perjantaina kesäkuun 12 päivänä 1987 kello 12.

SUOMALAINEN LAKIMIESYHDISTYS

Vammala 1987 Vammalan Kirjapaino Oy

ISBN 951-855-090-5 nid.

ISBN 951-855-091-3 sid.

ISSN 0356-7206 (painettu)

ISBN 978-951-855-640-7 (PDF)

ISSN 2814-8053 (verkkojulkaisu)

Ellu-Muorille

ALKUSANAT

Niistä monista ystävistä ja työtovereista, joiden tuella nyt valmistuva tutkimus on saatettu päätökseen, tahdon ensimmäisenä mainita professori *Pekka Koskisen*. Hän näki aikoinaan vaivaa kiinnittääkseen minut yliopiston tutkijayhteisöön. Työn ohjaajana hän on osoittanut jatkuvaa ja rohkaisevaa kiinnostusta työn etenemistä kohtaan. Työn esitarkastajana professori Koskinen on tehnyt joukon teräviä huomautuksia ja parannusehdotuksia, jotka olen kiitoksella ottanut vastaan. Saamani palaute työn esitarkastajina toimineilta professori *Raimo Lahdelta* ja professori *Per Ole Träskmanilta* on myös arvokkaalla tavalla tukenut työtäni. Professori Lahti on myös ystävällisesti ottanut vastatakseen suuritöisestä vastaväittäjän tehtävästä. Myös apulaisprofessori *Martti Majanen* ja oikeusneuvos *Per Lindholm* ovat tutustuneet osaan käsikirjoitusta, tehden molemmat useita tekstiä parantaneita huomautuksia. Niistä sydämelliset kiitokset.

Assistenttiystävieni OTL *Dan Fränden* ja OTL *Juha Pöyhösen* kanssa käymäni keskustelut ovat antaneet runsaasti aiheen käsittelyyn vaikuttaneita virikkeitä. Kiitosten myötä toivotan samalla menestystä kunkin omassa, voimia vaativassa tutkimusurakassa. Oman työni loppuunsaattaminen olisi tuskin onnistunut ilman tutkimusapulaiseni, oikeustieteen ylioppilas *Tarja Larmasuon* uhrautuvaa ja tarkkaa työpanosta. Yhteistyö atk-kysymyksissä aina avuliaan FK *Viljo Matikaisen* kanssa on tuonut olennaisia helpotuksia tekstien käsittelyyn. OTK *Tarja Pellinen* on auttanut monessa käytännön järjestelyssä. Kaikille yllä mainituille vilpitön kiitos.

Olen saanut suorittaa suuren osan tutkimustyöstäni Suomen Akatemian palkkaamana tutkimusassistenttina *Helsingin yliopiston rikos- ja prosessioikeuden laitoksen* sympaattisessa ilmapiirissä. Aulius, jolla laitos - ja etenkin sen assistenttikunta - on riittämättömistä työtiloistaan luovuttanut osan käyttööni, ansaitsee erityiskiitoksen. Tässä yhteydessä minulla on mahdollisuus kiittää myös Freiburgissa Saksan liittotasavallassa sijaitsevaa *Max-Planck-Instituuttia* sen tarjoamista työskentelymahdollisuuksista keväällä 1982 ja syksyllä 1984.

Olen työni kuluessa joutunut vaivaamaan useita viranomais- ja henkilötahoja. Erityisen maininnan avustaan ja panoksestaan ansaitsevat projektipäällikkö *Martti Leistén* ja erikoissuunnittelija *Kyllikki Torssonen* oikeusministeriön oikeushallinto-osastolta sekä toimistopäällikkö *Risto Lättilä* ja yliaktuaari *Tuomo Niskanen* tilastokeskuksesta.

Lopuksi kiitän tutkimuksen yhteenvedon kääntänyttä OTL (väit.) VTK *Matti Joutsenta* nopeasta ja tehokkaasta työstä, teoksen julkaisusarjaansa hyväksynyttä *Suomalaista Lakimiesyhdistystä* sekä pikaisesta ja varmasta painotyöstä huolehtinutta *Vammalan Kirjapainoa.*

Tutkimustyöni mahdollistivat taloudellisella tuellaan:

— Suomen Akatemia
— Aili ja Brynolf Honkasalon rahasto
— Kansleri Antti Tulenheimon muistorahastolautakunta
— Deutscher Akademischer Austauschdienst

Kruununhaassa toukokuussa 1987

Tapio Lappi-Seppälä

SISÄLLYS PÄÄKOHDIN

Alkusanat VII
Sisällys pääkohdin IX
Sisällys XI
Lähteet XXVII
Lyhenteitä LIII

LUKU I
JOHDANTO

A. Teema ja ajankohta 1
B. Rangaistuksen määräämistä koskevasta tutkimuksesta 2
C. Näkökulman valinta ja tutkimustehtävän asettaminen 4

Ensimmäinen kirja: TEORIA

LUKU II
MITTAAMINEN OIKEUDELLISEN SÄÄNTELYN ONGELMANA

A. Vapaasta harkinnasta lainkäytöksi 13
B. Mittaamisnormit 18
C. Lähteet ja argumentaatio 38
D. Mittaamisheuristiikan apuvälineistä 68
E. Mittaaminen oikeudellisen sääntelyn kohteena 88
F. Tutkimuksen yleisen osan tehtävänasettelu ja jäsennys 114

Toinen kirja: YLEINEN OSA

LUKU III
MITTAAMISPERIAATTEET

A. Rangaistusteoriat ja rikosoikeuden justifiointiongelmat 125
B. Mittaamisperiaatteiden valinta ja yhteensovittamisen ongelma 145
C. Oikeudenmukaisuusperiaatteet 166
D. Yleispreventio — toiminta ja tehokkuus 196
E. Mittaamisperiaatteet ja sanktiotaso 226
F. Mittaamisperiaatteista mittaamisperusteisiin 252

LUKU IV

MITTAAMISPERUSTEIDEN SYSTEMATISOINTI JA TULKINTA

A. Systematisointi 267
B. Tekoon liittyvät perusteet 300
C. Tekijään liittyvät perusteet 448
D. Teon ulkopuoliset mittaamisperusteet 487

LUKU V

SANKTIOVALINTA JA MITTAAMISPERUSTEIDEN SOVELTAMINEN

A. Johdanto 511
B. Mittaamisperusteet ja tunnusmerkistön valinta 521
C. Asteikosta päättäminen ja päärangaistuslajin valinta 526
D. Ehdollinen rangaistus ja oheiskysymykset 551
E. Tuomitsematta jättäminen 608

LUKU VI

MITTAAMISNORMEISTA DE LEGE FERENDA

A. Lähtökohdat 637
B. Mittaamissäännöstön sisältö ja mittaamisperusteet 644
C. Hahmotelma mittaamisnormistoksi 650

Summary 655
Oikeustapaushakemisto 687
Asiahakemisto 692

SISÄLLYS

LUKU I
JOHDANTO

A. TEEMA JA AJANKOHTA 1

B. RANGAISTUKSEN MÄÄRÄÄMISTÄ KOSKEVASTA TUTKIMUKSESTA . 2

C. NÄKÖKULMAN VALINTA JA TUTKIMUSTEHTÄVÄN ASETTAMINEN 4
1. Näkökulman valintaa 4
2. Jäsennys ja rajaus 6
2.1. Mittaaminen ja mittaamisperusteet 6
2.2. Lainsäätäjän ja tuomarin näkökulma 7
2.3. Mittaamisen osaratkaisut 8
2.4. Yleinen ja erityinen 10
3. Tutkimuksen jäsennys 10

Ensimmäinen kirja: TEORIA

LUKU II
MITTAAMINEN OIKEUDELLISEN SÄÄNTELYN ONGELMANA

A. VAPAASTA HARKINNASTA LAINKÄYTÖKSI 13
1. Vapaa harkinta suljetussa systeemissä 13
2. "Verrechtlichung der Strafzumessung" 15
3. Mittaaminen ja laintulkinta 16

B. MITTAAMISNORMIT 18
1. Lakitekstit 18
2. Mittaamisen sääntely normiteoreettisena ongelmana 19
2.1. "Luokka- ja järjestyskäsitteet" 19
2.2. Säännöt ja periaatteet 21
2.2.1. Sääntöjen ja periaatteiden ero 21
2.2.2. Sääntöjen ominaisuudet ja säännöistä koostuva järjestelmä 21
2.2.3. Periaatteet ja periaatteista koostuva järjestelmä 22
a) Periaatteiden kollisiot ja etusijajärjestys 22
b) Etusijaehdot ja ratkaisu heikon etusijajärjestyksen vallitessa 24
2.3. Mittaamisnormit sääntöinä ja periaatteina 26
3. Normiteoria ja mittaamistutkimus 29
3.1. Yleistä 29

3.2. Mittaamisperusteiden analyysi 30
3.2.1. Koherenssi ja systeemiyhteys 30
3.2.2. Punninta ja periaatteiden välinen jännite 32
3.3. Mittaamispresumptiot ja ratkaisun normatiivinen perusta 33
4. Mittaamispresumptioiden formulointi: eräs argumentointiesimerkki 34

C. LÄHTEET JA ARGUMENTAATIO 38
1. Mittaaminen ja oikeudellisen ratkaisuteorian ongelmat 38
1.1. Perusteoria — kuvaus ja kritiikki 38
1.2. Argumentaatioteorian vaihtoehto 40
2. Mittaamislähteistä 43
2.1. Yleistä 43
2.2. Vahvasti velvoittavat lähteet — laki ja maantapa 46
2.3. Heikosti velvoittavat lähteet 46
2.3.1. Lainvalmisteluaineisto 46
2.3.2. Oikeuskäytäntö 47
a) Prejudikaateista 48
b) KKO:n ratkaisuista mittaamislähteenä 49
c) Alempien instanssien käytännöstä 53
3. Mittaamisargumentaatio 55
3.1. Lähtökohta — RL 6:1 55
3.2. Arvot ja argumentaatio 59
3.2.1. Peruslähtökohdat 59
3.2.2. Mittaaminen ja arvostelmien vapaus 60
3.2.3. Eräitä arvoteoreettisia tarkennuksia ja täydennyksiä 61
a) Moraalin funktiot 61
b) Moraalisen ajattelun tasot — intuitiivinen ja kriittinen 62
c) Arvot ja rationaliteetti 66

D. MITTAAMISHEURISTIIKAN APUVÄLINEISTÄ 68
1. Ideaalirangaistus 68
2. Mittaamissysteemit 70
2.1. Vanhaa ja uutta 70
2.2. Arviointia ja kritiikkiä 71
2.2.1. Tulkintojen määrä 71
2.2.2. Kone ja arvostukset 73
2.2.3. Käytännölliset näkökohdat 74
2.2.4. Loppuhuomioita 75
3. Kohti realistisia ratkaisumalleja 76
3.1. Tilastollinen normaalirangaistus, mallitapaukset ja typologiat 76
3.2. "Sentencing Guidelines" 78
3.2.1. Yleistä 78
3.2.2. Lainsäätäjä (preskriptiivinen malli) 79
3.2.3. Tuomioistuimet (deskriptiivinen malli) 81
3.2.4. Mittaamiskomissio (argumentoiva malli) 83
3.2.5. Arvio 87

E. MITTAAMINEN OIKEUDELLISEN SÄÄNTELYN KOHTEENA 88
1. Lähtökohdat 88
1.1. Oikeusturvasyyt 88
1.2. Ideologiset perusarvot 88
1.3. Käytännölliset näkökohdat 89
2. Lainsäätäjän mahdollisuuksista ja menetelmistä 91
2.1. Törkeysporrastus ja rangaistusasteikot 91
2.1.1. Asteikkojen merkityksestä 91
2.1.2. Asteikkojen laajuus ja lukumäärä 92
a) Laajuus ja peittävyys 92
b) Lukumäärä 95
2.1.3. Päätelmät 96
2.2. Lakiin perustuvien mittaamisohjeiden merkityksestä 97
2.3. Ohjerangaistukset 100
3. Tuomitsemistaso — rikoslain 6 luku ja normaalirangaistusajattelu 102
3.1. Normaalirangaistuksen mittaaminen 102
3.2. Mallin heuristinen tarkastelu 104
3.2.1. Tapausvertailun edut 104
3.2.2. Typologiat todellisuuden hahmottajina 104
3.3. Justifikatorinen näkökulma — typologioiden muodostaminen 106
3.3.1. Heuristiikasta justifikaatioon 106
3.3.2. Tyyppirangaistukset mittaamisnormeina 108
3.3.3. Normaalirangaistuksen sitovuus 110
3.3.4. Tyyppirangaistukset, etusijaehdot ja normatiivisen perustan vahventaminen 112

F. TUTKIMUKSEN YLEISEN OSAN TEHTÄVÄNASETTELU JA JÄSENNYS 114
1. Lähtökohta 114
2. Jäsennyksen ja tehtävänasettelun yksityiskohdista 114
3. Oikeustapausten käytöstä 116
4. Tutkimuksen teoreettinen viitekehys — normaalirangaistusajattelu ja "uusklassinen näkökulma" 118
4.1. Muoto ja sisältö 118
4.2. Mittaamisperusteet ja -periaatteet 118
4.3. Käsitteet ja kysymyksenasettelut — rangaistusarvo 119
4.4. Relatiivinen ja absoluuttinen näkökulma 120
4.5. Rikosten vai rangaistusten arvottaminen 123
5. Mittaamistutkimus ja tuomarin riippumattomuus — jälkihuomautus 123

Toinen kirja: YLEINEN OSA

LUKU III

A. RANGAISTUSTEORIAT JA RIKOSOIKEUDEN JUSTIFIOINTIONGELMAT 125
1. Johdanto 125
1.1. Monistinen vai pluralistinen teoria 126
1.2. Kysymysten erottelua 126
2. Kriminalisoinnit 128

3. Rangaistusjärjestelmä — tavoitteet ja justifikaatio 130
3.1. Pragmaattis-rationaaliset syyt 130
3.2. Utilitarismin kritiikki — ihminen päämääränä ja keinona 131
3.3. Rangaistus reilun pelin siirtona 133
3.4. Reilun pelin ehdot ja rangaistusjärjestelmän kritiikki 135
4. Konkreettisen rangaistuksen langettamisen ehdot — syyllisyysperiaate ja toisintoimimismahdollisuus 138
4.1. Vastuuehtojen kuvaus 138
4.2. Periaatteen rationaliteetti 139
5. Menettelytavat — rangaistuksen määrä ja laatu 143

B. MITTAAMISPERIAATTEIDEN VALINTA JA YHTEENSOVITTAMISEN ONGELMA 145
1. Periaatteiden valinta ja nimeäminen 145
1.1. Yleiset oikeusperiaatteet 145
1.2. Periaatteiden valinta 146
1.2.1. Lainsäädäntömateriaali 146
1.2.2. Oikeuskirjallisuus 147
1.2.3. Oikeudenmukaisuusteoriat 149
1.3. Periaatteiden nimeäminen ja yhteensovittamisen ongelma 150
2. Mittaamisperiaatteiden yhteensovittaminen oikeuskirjallisuudessa 152
2.1. Vaihtoehtoja 152
2.2. Yhdistelmäteoriat 153
2.2.1. Spielraum-teoria: preventio syyllisyysrajoissa 153
2.2.2. Stellenwert-teoriat 154
2.2.3. Kohti kompromissia 155
2.3. Arviointia ja erimielisyyksien selityksiä 156
3. Kritiikki ja jatkopohdintojen lähtökohdat 158
3.1. Kritiikki 158
3.1.1. Tuloksista 158
3.1.2. Kysymyksenasettelusta ja metodista 159
a) Säännöt ja periaatteet 159
b) Oikeustosiseikaston ja oikeusseuraamuksen vahvistaminen .. 160
3.2. Jatkotarkastelujen lähtökohdat 160
3.2.1. Mittaamisperiaatteet arvoina ja tavoitteina 160
3.2.2. Metanormit — yleiset periaatteet — yksittäiset perusteet 162

C. OIKEUDENMUKAISUUSPERIAATTEET 166
1. Suhteellisuusperiaate 166
1.1. Eräitä käsitetäsmennyksiä 166
1.2. Periaatteen justifiointi 168
1.3. Periaatteen kritiikki 170
1.4. Periaatteen sisältö: kriteerit ja vastaavuus 172
1.4.1. Eräitä ratkaisuvaihtoehtoja 172
1.4.2. Suhteellisuusperiaate oikeuskirjallisuudessa 174
a) Kriteerit 174
b) Vastaavuus 174

1.5. Oikeustajunnasta suhteellisuusvaatimuksen määrittäjänä 175
1.5.1. Yleistä 175
1.5.2. Oikeustajunnan ongelmat 176
1.5.3. Oikeustajunnan puolesta 179
1.5.4. Oikeustajunnan merkitys 179
1.6. Sovitus ja suhteellisuusperiaate mittaamisohjeena 180
2. Yhdenvertaisuus ja ennustettavuus 183
2.1. Määritelmä ja justifiointi 183
2.2. Periaatteen kritiikki ja vastakritiikki 184
2.3. Yhdenvertaisuusargumentoinnin vaarat 186
3. Kohtuus ja lievemmän kohtelun periaate 188
3.1. Yleistävä ja yksilöllistävä oikeudenmukaisuus 188
3.2. Kohtuusajattelun aineellinen puoli 189
3.2.1. Kohtelun lieventäminen 189
3.2.2. Kohtuus, armo ja humaniteettinäkökohdat 190
3.2.3. Kohtuus ja lievemmän kohtelun periaate 191
3.3. Kohtuusnäkökohdat ja reaalinen argumentaatio 192
3.3.1. Reaalinen argumentaatio 192
3.3.2. Kohtuus reaalisena arvoargumenttina 193
3.3.3. Yksilöllisen oikeudenmukaisuuden ja kohtuuden rajat 194
3.4. Kohtuusnäkökohdat rangaistuksen mittaamisperusteina 195

D. YLEISPREVENTIO — TOIMINTA JA TEHOKKUUS 196
1. Johdanto 196
1.1. Preventiolajit — yleis- ja erityispreventio 196
1.2. Eräitä täydentäviä jaotteluja 197
1.3. Empiirinen, normatiivinen ja formaalinen näkökulma 198
1.4. Tarkastelun jäsennys 199
2. Yleispreventio I — Teoria 199
2.1. Syntytavat 199
2.1.1. Pelotusvaikutus 199
2.1.2. Moraalia luova vaikutus ja arvojen priorisointi 200
2.1.3. Tapaa luova ja ryhmänormeja vahvistava vaikutus 201
2.2. Yleisprevention edellytyksistä 202
2.2.1. Välitön yleispreventio 202
2.2.2. Välillinen preventio 203
2.3. Preventioehtojen tulkintaa — yleisiä huomautuksia 204
2.3.1. Sanktiovarmuudesta ja -ankaruudesta 204
2.3.2. Kognitiiviset edellytykset — normi- ja sanktiotuntemus 205
a) Yleistä 205
b) Rangaistavuus 206
c) Sanktiovarmuus- ja ankaruus 206
3. Yleisprevention tehoa koskevista empiirisistä tuloksista 208
3.1. Lainnoudattamisen motiiveista ja yleisprevention ehdoista 208
3.1.1. Lainnoudattamisen motiiveista 208
3.1.2. Erityisesti välillisen prevention ehdoista 209

3.2. Rikosten määrää koskevat muutokset ... 210
3.2.1. Yleisiä havaintoja ... 210
3.2.2. Rikoskohtaisia tutkimustuloksia pohjoismaista ... 211
a) Väkivaltarikokset ... 211
b) Varkausrikokset ... 211
c) Rattijuopumus ... 212
4. Tulosten tulkintaa ja päätelmiä ... 215
4.1. Empiiristen näyttöjen tulkintaa ... 215
4.1.1. Virhetulkinnan vaaroista ... 215
4.1.2. Tutkimusten pohjalta tehtäviä päätelmiä ... 217
4.2. Arkikokemus ja ns. terve järki preventiotiedon lähteenä ... 220
4.3. Preventiotutkimus päätöksenteon pohjana — tieto ja arvot ... 221
4.4. Yleispreventiosta mittaamisargumenttina — eräitä tarkennuksia ... 223
4.4.1. Marginaaliprevention ehdot ja mittaaminen ... 224
4.4.2. Terve järki mittaamisprevention lähteenä ... 225

E. MITTAAMISPERIAATTEET JA SANKTIOTASO ... 226
1. Sovitus, oikeudenmukaisuus ja integraatiopreventio ... 226
2. Välitön yleispreventio ja rangaistustaso ... 228
2.1. Ratkaisutilanteitten erottelu ... 228
2.2. Rutiiniratkaisut ... 228
2.3. Esimerkkituomiot ... 230
2.4. Linjaratkaisut ... 234
3. Erityisestävyys ... 236
3.1. Motivaatioon vaikuttaminen ... 236
3.1.1. Rangaistuskokemuksen teoreettisesta merkityksestä ... 236
a) Suhtautuminen rangaistuksiin ... 236
b) Suhtautuminen kiellettyyn käyttäytymiseen ... 237
c) Suhtautuminen yhteiskuntaan yleensä ... 238
d) Lainnoudattamiskyky ... 238
e) Pohdintoja ja arvio ... 238
3.1.2. Empiiriset näytöt ... 239
a) Yleistä ... 239
b) Mittaamisnäkökulman kannalta merkityksellisistä selvityksistä 240
3.2. Eristäminen ... 241
3.2.1. Yleistä ... 241
3.2.2. Kollektiivinen eristäminen ... 242
3.2.3. Valikoiva eristäminen ... 243
3.3. Päätelmät ja kommentit ... 245
4. Lopuksi ... 249

F. MITTAAMISPERIAATTEISTA MITTAAMISPERUSTEISIIN ... 252
1. Lähtökohdat ... 252
1.1. Preventiointressi ja käyttäytymisen haitallisuus ... 252
1.2. Prevention mahdollisuus ja käyttäytymisen kontrolloitavuus ... 253

2. Henkilökohtaiset ominaisuudet ja käyttäytymisen kontrolloitavuus 255
2.1. Teoria 255
2.2. Sovellutukset 257
2.2.1. Yleispreventio 257
2.2.2. Erityispreventio 258
3. Tekoon liittyvät piirteet ja kontrolloitavuus 259
3.1. Teoria 259
3.1.1. Tekotyypit 259
3.1.2. Tekotilanne ja motivaatiotausta 260
3.2. Sovellutuksia 260
4. Näkökulman laajennus — kriminaalipolitiikan yleistavoitteet 261
5. Rangaistusarvot ja rationaliteetti 263
5.1. Mittaamisperusteiden arvo- ja tavoiterationaliteetti 263
5.2. Rangaistusarvon suppea ja laaja merkityssisältö 265

LUKU IV
MITTAAMISPERUSTEIDEN SYSTEMATISOINTI JA TULKINTA

A. SYSTEMATISOINTI 267
1. Systematiikan tarve ja tehtävät 267
2. Mittaamisperusteiden systematisoinnista oikeuskirjallisuudessa 268
2.1. Mittaamisperusteiden ja rikoksen rakenneosien vastaavuus (Forsman) . 268
2.2. Rangaistuksen tehtävät ja mittaamisperusteiden kriminaalipoliittinen perustelu 271
2.2.1. Annerstedt 271
2.2.2. Sosiologinen koulu ja Serlachius 272
2.3. Synteesi ja "vallitseva kanta" (Honkasalo) 274
2.4. Arviointia ja jatkokeskusteluja 275
2.4.1. Perusteiden konstruointi ja yhteiskunnanvastainen tahto 275
2.4.2. Paha tahto mittaamisopin systeemikategoriana 277
2.4.3. Paha tahto syyllisyyden perustana 278
2.4.4. Muoto — rikoksen rakenne systematiikan perustana 279
3. Mittaamisperusteiden systematisointi 281
3.1. Lähtökohtia 281
3.1.1. Syyllisyydestä mittaamisperusteiden systematisointiavaimena ... 281
a) Käsitteen merkitysvaihtoehdot ja "mittaamissyyllisyys" 281
b) Syyllisyys toisintoimimismahdollisuutena 281
3.1.2. Rikosen rakenne systematisointiperusteena 284
3.2. Systematisointiavainten esittely 286
3.2.1. Lähtökohdat 286
3.2.2. Normatiivinen tausta — periaatteet 287
3.2.3. Teko, tekijä ja uhri 287
3.2.4. Rikosoikeuden yleiset opit ja rikoksen rakenne 287
3.2.5. Yleinen ja erityinen 289

3.2.6. Mittaamisperusteet suhteessa mittaamisen osaratkaisuihin 289
a) Asteikon valinta ja muuntaminen 289
b) Mittaamisperusteet ja asteikon vahvistamisperusteet 291
c) Mittaamisperusteet ja lajivalintaperusteet 292
3.3. Systematisoinnin kuvaus ja esittely 293
3.3.1. Yleiskuvaus 293
3.3.2. Kommentointia ja tarkennuksia 294
3.3.3. Perussysteemi ja systeemin reformulointi 297

B. TEKOON LIITTYVÄT PERUSTEET 300
1. Syyllisyysarvostelua I — Syyksiluettavuus 300
1.1. Syyksiluettavuuden lajit ja yhteiskunnanvastainen tahto 300
1.2. Tieto ja tavoitteet moitearvostelun kannalta 304
1.2.1. Tieto 304
1.2.2. "Paha tahto" ja tarkoitukset (tahalliset rikokset) 306
a) Tahto, tieto ja syyksiluettavuus 306
b) Tavoitteet ja tarkoitukset teon vääryyssisällön kannalta 309
1.3. Tuottamuksen törkeysarvostelusta 310
1.3.1. Tuottamuksen kaksi puolta 310
1.3.2. Objektiivinen tuottamus 311
1.3.3. Subjektiivisen tuottamuksen törkeysarvostelu 313
1.3.4. Yhteisarvio 315
1.4. Erehdys ja syyksilukemisen puutteet 316
1.4.1. Lähtökohdat 316
a) Vikatmaan suositukset 316
b) Erehdys ja syyksilukeminen 316
c) Erehdysopilliset lähtökohdat 317
1.4.2. Kieltoerehdys (Oikeuserehdys) 318
a) Vastuuvapauden ehdot 318
b) Vastuun lieventäminen 320
c) Erehtyminen vastuuvapausperusteesta 323
1.4.3. Tosiasiaerehdys 324
1.4.4. Soveltamiserehdys 326

2. Teon vääryyssisältöä I — Seuraukset 327
2.1. Lähtökohtia 327
2.1.1. Lainsäädäntö 327
2.1.2. Käsitteellisiä huomautuksia 328
2.1.3. Seurausten arvottamisen kriminaalipoliittiset lähtökohdat 330
a) Haitallisuus ja käyttäytymisen kontrolloitavuus 330
b) Rikosoikeuskomitea ja "Inhimillisen käyttäytymisen vahinkotodennäköisyyttä lisäävä luonne" 331
c) Syyllisyysvastuu ja seurausvastuu 332
2.2. Seuraukset ja syyksiluettavuus 333
2.2.1. Vahinko ja vaara erityisesti tahallisten rikosten moitearvostelussa 333

2.2.2. Seurausten asemasta erityisesti tuottamuksellisten rikosten arvostelussa ... 335
2.2.3. Tahalliset rikokset ja tuottamukselliset seuraukset ... 337
2.2.4. Ajallisen rajauksen ongelmia ... 338
2.3. Seurausten laajuus ja niiden arvottaminen ... 339
2.3.1. Tunnusmerkistö ja suojeluobjektin tulkinta ... 339
2.3.2. Seurausten arvottamisesta eräissä omaisuusrikoksissa ... 342
a) Vahinkojen laatu ... 342
b) Subjektiivinen ja objektiivinen arvottaminen ... 343
c) Vahinko ja vahingon vaara ... 343
d) Uhrina yksilö ja yhteisö ... 344
2.3.3. Seurausten arvottamisesta väkivaltarikoksissa ... 345
a) Yleistä ... 345
b) Uhrin olot ja teon seuraukset ... 346
c) Vahinkojen subjektiivinen ja objektiivinen arvottaminen ... 346

3. Teon vääryyssisältöä II — Tekotapa ja toimintavääryys ... 351
3.1. Yleistä ... 351
3.2. Erityisesti tahallisten rikosten toimintavääryydestä ... 351
3.2.1. Suunnitelmallisuus ja harkinta ... 351
a) Erityisesti harkinnasta ... 351
b) Suunnitelmallisuus — RL 6:2 1-kohdan tulkintaa ... 352
3.2.2. Ulkoinen teonkuva ... 356
a) Tekovälineet ... 356
b) Tekoaika ... 357
c) Tekopaikka ja julkisuus ... 358
d) Teon kesto ... 359
e) Avuton tai suojaton kohde ... 359
f) Esteiden raivaaminen ... 361
g) Raakuus ja julmuus ... 362
3.3. Teolla loukatut velvollisuudet ... 363
3.3.1. Objektiivinen tuottamus ja velvollisuuksien rikkominen ... 363
a) Loukkauksen havaittavuus ja primääriteon tuottama riski ... 363
b) Huolellisuusnormi ja siitä poikkeaman vakavuus ... 364
c) Tiivistäen ... 367
3.3.2. Laiminlyönti ... 367
a) Yleistä ... 367
b) Yleisiä huomautuksia epävarsinaisten laiminlyöntirikosten ja tekemisrikosten moitittavuuseroista ... 369
c) Tuottamukselliset komissiivideliktit ... 371
d) Tahalliset laiminlyöntirikokset ... 372
e) Laiminlyönnin törkeysarvostelusta — täydentävä huomautus 374
3.3.3. Velvollisuuksien loukkaus yleisenä mittaamisperusteena ... 374
a) Tekijän ammatillinen ja sosiaalinen asema ... 374
b) Virkamiesten erityisasemasta ... 377
c) Vastuuasemasta sekä tekijän ja uhrin välisestä suhteesta ... 378

4. Syyllisyysarvostelua II — Motiivit ja motivointi 381
4.1. Motiivitermit ja moitearvostelu — yleisiä huomautuksia 381
Excurs: Motiivit, tavoitteet ja vaikuttimet — hieman käsiteanalyysiä 384
1. Motiivit, faktat ja käyttäytymisen tulkinta 384
a) Motiivit ja tosiasiat 384
b) Motiivit moraaliargumentteina 386
c) Tiivistelmä 388
2. Motiivit, vaikuttimet ja motivointitilanne 388
3. Motiivit ja mielenlaatu 390
4.2. Motiivit 391
4.2.1. Motiivit ja sosiaaliadekvanssi 391
4.2.2. Esimerkkejä hyväksyttävistä motiiveista 394
a) Kansalaistottelemattomuus 394
b) Myötätunto ja sääli — RL 6:3 2-kohdan tulkinta 395
4.2.3. Hylättävät motiivit 398
a) Esimerkkejä oikeuskirjallisuudesta 398
b) Rikoksen tekeminen palkkiota vastaan 400
c) Palkkiosta koventamisperusteena — eräitä ongelmia ja jatkopohdintoja 401
4.3. Toisintoimimismahdollisuus ja motivointitilanne 403
4.3.1. Toisintoimimismahdollisuus ja RL 6:3:n perusteet 403
4.3.2. Painostus ja uhka (RL 6:3 1-kohdan tulkintaa) 405
4.3.3. Houkutus (RL 6:3 2-kohdan tulkintaa) 406
4.3.4. Provokaatio 408
a) Lievennyksen perusteista 408
b) Henkilötahot 410
c) Provokaation voimakkuus ja vastareaktion pikaisuus 411
d) Arvioinnin mitta (subjektiivinen/objektiivinen) 412
e) Muuta oikeuskäytäntöä 413
4.3.5. Juopumus 414
a) Erehtyminen päihteistä ja atyyppinen humala 414
b) Teon törkeyttä ja tekijävaarallisuutta koskeva presumptio .. 415
c) Syyksiluettavuus ja humalatila 416
d) Päätelmiä 417
4.3.6. Muut lainnoudattamiskykyyn vaikuttavat seikat 418
4.4. Pakkotilasta ja hätävarjelusta 420
4.4.1. Pakkotila 420
a) Yleistä 420
b) Pakkotila ja moitearvostelu 421
4.4.2. Hätävarjelu 422
a) Yleistä 422
b) Hätävarjelun liioittelu ja moitearvostelu 424
5. Uhrikäyttäytyminen ja ulkopuolisten toiminta 425
5.1. Lähtökohdat 425
5.2. Loukatun suostumus 426
5.2.1. Yleistä 426

5.2.2. Rikosta koskevat seikat ... 427
5.2.3. Suostumuksessa itsessään olevista virheistä ... 428
a) Ajallinen virhe ... 428
b) Anteeksianto ja jälkikäteinen suostumus ... 429
c) Suostumuksen muista virheistä ... 429
5.3. Uhrin ja kolmannen myötävaikutus ... 430
5.3.1. Yleistä ... 430
5.3.2. Myötävaikutustilanteiden erittely ... 430
a) Seurausten ennalta-arvattavuus ... 430
b) Seurausten laajuus ... 430
c) Teon helpottaminen ... 431
d) Tietoinen riskinotto ja oikeussuojan menettäminen oman virhetoiminnan kautta ... 431
5.3.3. Oikeuskäytäntöä ... 432
6. Teon modifikaatiot ... 433
6.1. Yritys ... 433
6.2. Osallisuus ... 435
6.2.1. Useampien osallistuminen rikokseen ... 435
a) Lähtökohta ... 435
b) Liigoittuminen — RL 6:2 2-kohdan tulkintaa ... 436
6.2.2. Osallisten vastuunjaosta ... 437
a) Avunannosta ... 437
b) Yllytyksestä ja painostuksesta ... 437
c) Oikeuskäytäntöä ... 439
6.3. Konkurrenssitilanteet ... 440
6.3.1. Yleistä ... 440
6.3.2. Lainkonkurrenssi ja ideaalikonkurrenssi ... 441
6.3.3. Jatkettu rikos ... 443
6.3.4. Reaalikonkurrenssi ... 444

C. TEKIJÄÄN LIITTYVÄT PERUSTEET ... 448
1. Tekijäpersoonallisuudesta mittaamisperusteena ... 448
1.1. Perustelumallit ... 448
1.2. Jatkotarkastelun lähtökohdat ... 450
2. Uusiminen ja tekijän menneisyys ... 451
2.1. Uusimisankaroitumisen perusteluja ... 451
2.1.1. Yleistä ... 451
2.1.2. Tarkoituksenmukaisuussyyt ... 452
a) Parannus ja sopeuttaminen ... 452
b) Varoitusvaikutus ... 453
c) Pelotuspreventio ... 453
d) Eristäminen ... 454
2.1.3. Syyllisyysperustelut ... 454
a) Vaarallisuus ja karakterologinen syyllisyys ... 454
b) "Paha tahto" ja psykologinen syyllisyys ... 456
c) Toisintoimimismahdollisuus ja normatiivinen syyllisyys ... 457

d) "Uppiniskainen ja kapinoiva paha tahto" 457
e) Analyysiyrityksistä arkikielen filosofian keinoin 458
2.2. Uusimisankaroitumisen oikeutus ja RL 6 luvun lähtökohdat 460
2.3. RL 6:2 4 kohdan tulkintaa 463
2.3.1. "Ilmeinen piittaamattomuus" 463
2.3.2. Samankaltainen uusiminen 464
2.3.3. Satunnainen uusiminen 466
2.3.4. Harkittu ja suunnitelmallinen uusiminen 467
2.3.5. Rikosten määrä 468
2.3.6. Rikosten törkeys 469
2.3.7. Rangaistustuomion merkitys 470
2.3.8. Täydentäviä havaintoja 471
a) Yhteisarvio 471
b) Vähentynyt syyntakeisuus, motivointivaikeudet ja nuoruus . 472
c) Huono maine mittaamisperusteena 473
2.4. Uusimisankaroituminen ja oikeusseuraamuksen valinta 473
3. Vähentynyt syyntakeisuus 475
3.1. Syyntakeisuudesta 475
3.2. Ymmärryksen puute ja moitteen lieventäminen 476
3.3. Luonnevikaisuus ja riskiarviot 480
3.4. Loppuhuomautuksia 483
4. Ikä 484
4.1. Nuoruus 484
4.2. Korkea ikä 486

C. TEON ULKOPUOLISET MITTAAMISPERUSTEET 487
1. Yleistä 487
2. Tekijän käyttäytyminen teon jälkeen 489
2.1. Yleistä 489
2.2. Yrityksestä luopumista lähellä olevat tilanteet 489
2.3. Rikoksen vaikutusten estäminen tai poistaminen sekä vahinkojen hyvittäminen 490
2.4. Prosessikäyttäytyminen ja rikoksen selvittämisen edistäminen 492
3. Sanktiokumulaatio 494
4. Sanktioiden merkitys ja subjektiivinen rangaistuskärsimys 497
4.1. Yleistä 497
4.2. Sakkorangaistus ja varallisuuserot 501
4.3. Vankeusrangaistus ja sanktiokärsimys 502
4.3.1. Vapaudenmenetyksen kärsimyssisältö 502
4.3.2. Ammatillinen ja sosiaalinen asema 503
4.3.3. Vaikutukset tuomitun lähiympäristöön 504
4.3.4. Henkilöön liittyvät seikat: ikä, terveys ja sukupuoli 505
4.3.5. Laitoskertaisuus 507
5. Vanhentumisnäkökohdat 507

LUKU V
SANKTIOVALINTA JA MITTAAMISPERUSTEIDEN SOVELTAMINEN

A. JOHDANTO 511
1. Arvioinnin kohteet — rikoksen "törkeys" ja rangaistuksen "ankaruus" .. 511
2. Pohdintoja rangaistuslajien ankaruussuhteista 514
2.1. Sakko ja vankeus 514
2.1.1. Yleisiä huomautuksia 514
2.1.2. Muutossuhteesta vertailun mittana 515
2.1.3. Päiväsakkojen ja ehdottomien vankipäivien konkreettisobjektiivista vertailua 516
2.1.4. Sakon ja ehdollisen vankeuden suhteesta 517
2.2. Ehdollisen ja ehdottoman vankeuden suhteesta 519
2.3. Lajit ja ankaruus — loppuhuomautus 519
3. Rangaistuksen määräämisen osaratkaisut ja esityksen jäsentely 520

B. MITTAAMISPERUSTEET JA TUNNUSMERKISTÖN VALINTA 521
1. Yleistä 521
2. Mittaamisperusteet tunnusmerkistön valintaperusteina 521
2.1. Privilegiointi- ja kvalifiointitekniikat 521
2.2. Mittaamisperusteiden merkitys 522
3. Tunnusmerkistötekijät mittaamisperusteina 523
3.1. Kaksinkertainen kvalifiointi 523
3.2. Analogiasta 525

C. ASTEIKOSTA PÄÄTTÄMINEN JA PÄÄRANGAISTUSLAJIN VALINTA 526
1. Asteikko sääntönä — muodolliset ongelmat 526
1.1. Yleistä 526
1.2. Vähentämisperusteet ja asteikon muuntaminen RL 3:2:n mukaan 526
1.3. Rangaistusasteikko eräissä konkurrenssitilanteissa 527
1.4. Rangaistussäännöksestä poikkeaminen (RL 3:5²) 528
2. Rangaistusasteikon tulkinnasta periaatteena 529
3. Rangaistussäännöksestä poikkeamisen (RL 3:5²) edellytysten tulkinnasta ja soveltamiskäytännöstä 531
3.1. Edellytykset 531
3.1.1. "Erityiset syyt" 532
3.1.2. Yleinen etu 533
3.2. Käytäntö 534
3.2.1. Tekoon liittyvät perusteet 534
a) Seuraukset 534
b) Syyllisyysarvostelu 535
c) Muut tekoon liittyvät perusteet 537
3.2.2. Tekijän henkilöön liittyvät syyt 538
3.2.3. Teon ulkopuoliset perusteet 540
3.3. Tiivistelmä 541
3.3.1. Tekoon liittyvät seikat 541

3.3.2. Tekijään liittyvät seikat ... 542
3.3.3. Teon ulkopuoliset perusteet ... 542
3.4. Arviointia ja alioikeustietoja ... 543
4. Yleisiä huomautuksia sakon ja vankeuden valintakäytännöstä ... 545
4.1. Sakon ja vankeuden käyttöalueista ... 545
4.2. Sakon ja vankeuden valinta tuomioperustelujen valossa ... 547
4.3. Kommentteja ... 549

D. EHDOLLINEN RANGAISTUS JA OHEISKYSYMYKSET ... 551
1. Yleistä ... 551
2. Ehdollisen vankeusrangaistuksen edellytykset ... 551
2.1. Yleisen lainkuuliaisuuden ylläpitäminen ... 551
2.2. Erityisestävien näkökohtien asemasta ... 553
2.2.1. Yleistä ... 553
2.2.2. Positiivinen erityispreventio ... 554
2.2.3. Negatiivinen erityispreventio ... 555
2.3. Sovitus ja sanktioankaruus ... 557
3. Oheiskysymykset ... 557
3.1. Sakkorangaistuksen käytöstä ... 557
3.1.1. Ehdollinen sakko ... 557
3.1.2. Oheissakko ... 559
3.2. Ehdollisen rangaistuksen täytäntöönpano ... 560
3.2.1. EhdL:n määräyksiin perustuvat ratkaisuohjeet ... 561
3.2.2. Yleisistä mittaamisperiaatteista johdetut näkökohdat ... 562
3.3. Jäännösrangaistuksen täytäntöönpano ... 562
3.3.1. Suosituksia ... 562
3.3.2. Oikeuskäytännöstä ... 564
4. Ehdollisen vankeuden käyttöedellytyksistä oikeuskäytännössä ... 565
4.1. Esityksen systematiikasta ... 565
4.2. Rikosryhmittäinen tarkastelu ... 565
4.2.1. Kuolemantuottamus ja törkeä rattijuopumus ... 565
4.2.2. Väkisinmakaaminen ... 567
4.2.3. Veropetokset ... 569
4.2.4. Eräistä omaisuus- ja väkivaltarikoksista ... 572
a) Varkausrikokset ... 572
b) Pahoinpitelyt ... 573
c) Ryöstöt ... 574
4.3. Tekijän henkilöön liittyvät seikat — uusiminen ja ikä ... 576
4.3.1. Yleistä ... 576
4.3.2. Uusiminen ehdollisen esteenä ... 576
4.3.3. Ensikertalaisuus ja nuoruus ehdollisen puoltoperusteena ... 578
4.3.4. Yhteisarvio ... 579
4.4. Teon ulkopuoliset perusteet ... 579
4.4.1. Sosiaaliset olot, tutkintavankeus ja sanktiokumulaatio ... 579
4.4.2. Subjektiivinen rangaistuskärsimys ja tekijän sairaus ... 583
4.4.3. Teosta kulunut aika ... 584

4.5. Lajivalintaperusteet ja mittaamispresumptiot — arviointia ja kommentteja 585
4.5.1. Yleistä ... 585
a) Vapausrangaistuksen lajiin vaikuttavat perusteet ... 585
b) Lajivalintaa koskevista presumptioista ... 587
4.5.2. Väkisinmakaamisrikokset ... 588
4.5.3. Muut väkivaltarikokset ... 590
4.5.4. Omaisuusrikokset ... 591
a) Veropetokset ... 591
b) Kavallukset ... 592
c) Varkausrikokset ... 593
4.5.5. Vakavat liikennerikokset ... 595
a) Kuolemantuottamus ja rattijuopumus ... 595
b) Rattijuopumusrikokset ... 596
5. Loppuhuomautuksia ... 600
5.1. Hieman perustelutekniikasta ... 600
5.2. Päätöksentekojärjestys — eräitä heuristiikkaa koskevia huomautuksia 602
5.2.1. Osaratkaisujen erottelu ja ns. vallitseva kanta ... 602
5.2.2. Vallitsevan kannan kritiikki — lajitietoinen mittaaminen ... 603
5.2.3. Ehdotuksen ongelmat ja edut ... 605

E. TUOMITSEMATTA JÄTTÄMINEN ... 608
1. Lainkohdat ... 609
2. Tuomitsematta jättämisen edellytysten tulkintaa kirjallisuuden ja lainvalmisteluaineiston pohjalta ... 609
2.1. Rikoksen vakavuus ja vähäpätöisyys ... 609
2.1.1. RL 3:5[3] ... 609
2.1.2. NuorRikL 3 § ... 610
2.2. Subjektiiviset edellytykset ... 610
2.2.1. Syyksiluettavuutta koskevat edellytykset ... 611
a) Anteeksi annettava huomaamattomuus ... 611
b) Anteeksi annettava tietämättömyys ... 611
2.2.2. Motivaatiotaustaan liittyvät ehdot ... 612
a) Anteeksi annettava ajattelemattomuus — RL 3:5[3] ... 612
b) Ajattelemattomuus ja ymmärtämättömyys NuorRikL 3 § .. 613
2.3. Rangaistusteoreettiset edellytykset ... 613
2.3.1. Yleinen etu — RL 3:5[3] ... 613
2.3.2. Erityispreventio — NuorRikL 4 § ... 616
2.4. Tekijän henkilöön liittyvistä perusteista ... 616
3. Oikeuskäytännöstä ... 617
3.1. KKO:n käytäntö vähäpätöistä rikosta koskevissa jutuissa ... 617
3.1.1. Varhaisemmasta oikeuskäytännöstä ... 617
3.1.2. KKO:n uudemmasta käytännöstä ... 618
3.2. Hovioikeuksien käytäntöä ... 622
3.2.1. Tietämättömyys teon rangaistavuudesta ... 622
3.2.2. Syyllisyysperusteet ja motivointi ... 624

3.2.3. Tekotapa ja seuraukset ... 625
3.2.4. Teon ulkopuoliset perusteet ... 626
3.3. Alioikeuskäytäntöä ... 626
4. Päätelmät ja kommentit ... 632

LUKU VI

MITTAAMISNORMEISTA DE LEGE FERENDA

A. LÄHTÖKOHDAT ... 637
1. Sidokset rikoslain muuhun sisältöön ... 637
2. Sääntelytekniikasta ... 638
3. Mittaamisnormien kodifiointi ja lajivalintaa koskevien tarve erillismääräysten 639
3.1. Lähtökohta ... 639
3.2. Lajivalintanormien tarve ... 640
4. Rangaistusarvo ja sanktioiden ankaruus mittaamisnormeissa ... 641

B. MITTAAMISSÄÄNNÖSTÖN SISÄLTÖ JA MITTAAMISPERUSTEET ... 644
1. Yleissäännös ... 644
2. Koventamisperusteet ... 644
2.1. Nykyinen RL 6:2 ... 644
2.2. Uudet koventamisperusteet — eräitä pohdintoja ... 646
3. Lieventämisperusteet ... 647
3.1. Lieventämis-, vähentämis- ja poikkeamisperusteet ... 647
3.2. Ehdotuksia ... 649

C. HAHMOTELMA MITTAAMISNORMISTOKSI ... 650

SUMMARY ... 655

Oikeustapaukset ... 687

Asiahakemisto ... 692

LÄHTEET

Lähteisiin on viitattu sukunimen ja julkaisuvuoden mukaan.

Aarnio, Aulis 1975: Laki, teko ja tavoite. Forssa 1975.
— » — 1975a: Justifiointi ja selittäminen. LM 1975 s.305-339.
— » — 1977: On Legal Reasoning. 1977.
— » — 1978: Mitä lainoppi on? Helsinki 1978.
— » — 1982: Oikeussäännösten tulkinnasta. Helsinki 1982.
— » — 1982a: Oikeustieteellinen koulutus ja lakimiesmoraali. LM 1982 s.513-523.
— » — 1983: Vastaväittäjän lausunto teoksesta Kangas, Urpo; Lesken oikeudellinen asema. Vammala 1982.
— » — 1986: Lain ja kohtuuden tähden. 1986.
— » — 1987: Testamentin tulkintasäännöistä. Tulkintaperiaatteiden ja -ohjeiden teoreettista tarkastelua. Juhlajulkaisu Matti Ylöstalo. s.5-16. Vammala 1987.
Achenbach, Hans 1974: Historische und dogmatische Grundlagen der strafrechtsystematischenn Schuldlehre. München 1974.
— » — 1984: Individuelle Zurechnüng, Verantwortlicheit, Schuld. Teoksessa, Schünemann-Achenbach (toim.): Grundfragen des modernen Strafrechtssystems. Berlin-New York 1984.
AE 1966 : Alternativ-Entwurf eines Strafgesetzbuches. Allgemeiner Teil. 2 p. Tübingen 1969.
Agge, Ivar 1939: Studier över det straffrättsliga reaktionsystemet I. Stockholm 1939.
Agge, Ivar II: Strafrättens almänna del. Andra häftet. Stockholm 1961.
Agge, Ivar III: Straffrättens almänna del. Tredje häftet. Stockholm 1964.
Ahlman, Erik 1943: Oikeus ja sen suhde moraaliin. Helsinki 1943.
Ahnger, Allan 1972: Todistusharkinta, tulkinta, tunnusmerkistö ja tahallisuus - 63 henkirikosta oikeudenkäyntiasiakirjojen valossa. Laudaturkirjoitus. Turku 1972.
Ahola (Rissanen), Kirsti 1968: Rattijuoppojen rankaiseminen erityisesti Helsingin raastuvanoikeudessa. Taljan tutkimuksia 1968:15. Helsinki 1968.
Ailio, Erkki 1973: Törkeän varkauden käsitteestä. Suomalainen lakimiesyhdistys 75 vuotta s.49-59. Vammala 1973.
Alanen, Aatos 1925: Hätävarjelus yksityisen kansalaisen oikeussuojakeinona. Helsinki 1925.
Alanen, Aatos 1965: Yleinen oikeustiede ja kansainvälinen yksityisoikeus. Porvoo 1965.
Albrecht, Hans-Jörg 1980: Strafzumessung und Vollstreckung bei Geldstrafen. Freiburg i.Br. 1980.
— » — 1982: Legalbewährung bei zu Geldstrafe und Freiheitstrafe Verurteilten. Freiburg i.Br. 1982.
Alexy, Robert 1978: Theorie der juristischen Argumentation. Frankfurt am Main 1978.
— » — 1985: Rechtsregeln und Rechtsprinzipien. ARSP 1985, Beiheft 24 s.1-29.

— » — 1985a: Theorie der Grundrechte. Baden-Baden 1985.
Allardt, Erik 1966: Yhteiskunnan rakenne ja sosiaalinen paine. 2 p. Porvoo 1966.
Almqvist, Viktor 1926: Straffrätt och domarutbildning. NTfS 1926 s.292
Andenaes, Johs 1953: Straffutmåling. NKÅ 1952-1953 s.194-212 ja 227-229.
— » — 1958: The Choice of Punishment. Scandinavian Studies in Law 1958 s.57-74.
— » — 1971: Forsking om individualprevensjon og almenprevensjon. Noen kommentarer til professor Christies artikkel. LoR 1971 s.61-69.
— » — 1974: Punishment and Deterrence. Michigan 1974.
— » — 1974a: Alminnelig Strafferett. 2 rev.utg. Oslo 1974.
— » — 1975: General Deterrence Revisted. Teoksessa General Deterrence. Brå 1975.
— » — 1977: Nyere forskning om almenprevensjonen—status og kommentar. NTfK 1977 s.61-101.
— » — 1978: The Effects of Scandinavia's Drinking-and-Driving Laws. Facts and Hypothesis. Scandinavian Studies in Criminology. Vol. 6. s.35-53. Oslo 1978.
— » — 1984: Hoyesterett som ankeinstans for straffutmålingen. Festskrift Rolv Ryssdal. s.261-279. Oslo 1984.
Annerstedt, L 1869: Om straffmätning. Upsala 1869.
Anttila, Inkeri—Heinonen, Olavi: Rikos ja seuraamus. Rikosoikeuden perusteet. Helsinki 1971.
— » — 1977: Rikosoikeus ja kriminaalipolitiikka. Helsinki 1977.
Anttila, Inkeri—Heinonen, Olavi—Koskinen, Pekka—Lahti, Raimo 1974 Rikollisuus ongelmana. Helsinki 1974.
Anttila, Inkeri—Törnudd, Patrik 1983: Kriminologia ja kriminaalipolitiikka. Juva 1983.
Anttila, Inkeri—Westling, Achilles 1963 Eräs rangaistuksen mittaamista koskeva tutkimus. DL 1963 s.120-124.
— » — 1962: Ett försök att på empirisk väg belysa grunderna för judiciell straffutmätning. NTfK 1962 s.251-279.
Anttila, Inkeri 1946: Loukatun suostumus oikeudenvastaisuuden poistavana perusteena. Vammala 1946.
— » — 1960: Laki ehdollisesta rangaistustuomiosta selityksin. Helsinki 1960.
— » — 1962: Vastaväittäjän lausunto teoksesta Nousiainen Tapio, Rangaistuksen määräämisestä erityisesti silmälläpitäen tuomarin mittaamistoimintaa oikean rangaistusmäärän tavoittamiseksi normaalilatitudin puitteissa. LM 1962 s.794-807.
— » — 1964: Rikosseuraamusten kumulatiivisuuden oikeussosiologista tarkastelua. LM 1964 s.671-679.
— » — 1973: Rangaistuksen valitseminen lainsäätäjän ja tuomarin tehtävänä. LM 1973 s.374-387.
— » — 1975: Rikosoikeuden uusi linja. Juhlajulkaisu Urho Kaleva Kekkonen s. 278-287. Helsinki 1975.
— » — 1980: Kannattaako katua. Rikosoikeudellisia kirjoitelmia IV Reino Kalervo Ellilälle 26.6.1980 omistettu s.1-10. Vammala 1980.
Apala-Arlander, Terttu 1972: Yleislausekkeista. Vammala 1972.
Aromaa, Kauko 1972: Vähentynyt syyntakeisuus. Kriminologinen tutkimuslaitos. M:18. Helsinki 1972.
— » — 1983: Varkaan ammatti ja sen tuki-instituutiot. Oikeuspoliittinen tutkimuslaitos 57/1983.

Ashworth, Andrew 1982: Judicial Independence and Sentencing Reofrm. Teoksessa The Future of Sentencing. Oxford 1982.
— » — 1983: Sentencing and Penal Policy. London 1983.
Aubert, Vilhelm 1970: Allmenprevensjon: Teori eller ideologi. Retssociologi i Norden II s.5-16.
Aurejärvi, Erkki 1985: KKO:n tapaus 1984 I 4—ovatko KKO:n ratkaisut nykyään sitovia ennakkopäätöksiä? LM 1985 s.451-463.
Austin, John 1873: Lectures on Jurisprudence. 4 p Lohdon 1873.
Austin, J.L. 1970: Philosophical Papers. Oxford 1970.
Backman, Eero 1976: Rikoslaki ja yhteiskunta I. Vammala 1976.
Balvig, Flemmig 1978: Angst for kriminalitet. Denmark 1978.
Baumann, Jürgen 1977: Strafrecht, Allgemeiner Teil, 8 p. Biefeld 1977.
Baumann-Weber 1985: Strafrecht. Allgemeiner Teil. Biele feld 1985.
Baumgarten, Arthur 1909: Strafrecht und Volksempfinden. Berlin 1909.
Bayles, Michael 1985: Arvostelu teoksesta Feinberg, Joel: Harm to Others, Law and Philosophy 1985 s.423-432.
Bean, Philip 1981: Punishment. Oxford 1981.
Beckman, Nils 1947: Studier över brottsligheten och dess bekämpande i Sverige. Stockholm 1947.
Bedau, Hugo Adam 1977: Concessions to Retribution in Punishment. Teoksessa Cederblom-Blizek (toim.): Justice and Punishment. 1977.
— » — 1978: Retribution and the Theory of Punishment. The Journal of Philosophy 1978 s.601-622.
Bein, Dan 1975: The Impact of the Victims Behaviour on the Severity of the Offenders Sentence (With special reference to Israeli law). Teoksessa Drapkin-Viano (toim.): Victimology: A New Focus, vol III s.49-65. Massachusetts 1975.
Bentham, Jeremy 1982: An Introduction to the Principles of Morals and Legislation. Oxford 1982 (1780).
Berman, Harold 1972: Soviet Criminal Law and Procedure. 2 p. Cambridge Mass. 1972.
Beyleveld, Deryck 1980: A Bibliography on General Deterrence Research, Farnabourgh 1980.
Birkmeyer, Karl 1901 : Gedanken zur bevorstehenden Reform der deutschen Strafgesetzbuch. Archiv für Strafrecht und Strafprozess 1901 s.67 ss.
Bjarup, J. 1974: Retskildelaere. TfR 1974 s.145-174.
Blackmore, John - Welsh, Jane 1983: Selective Incapacitation: Sentencing According to Risk. Crime and Delinquency 1983 s.504-528.
Blei, Hermann 1977: Strafrecht. Allgemeiner Teil. 17 p. München 1977.
Blom, Raimo 1970: Luottamus oikeuslaitokseen. Acta Universitatis Tamnperensis ser. A vo. 34. Tampere 1970.
— » — 1973: Tuomioistuinten oikeudenkäytön—erityisesti rikostuomioiden tasapuolisuuden—tutkimus. Tutkimussuuntausten sekundaarianalyysi. Tampereen yliopiston sosiologian ja sosiaalipsykologian laitosten tutkimuksia 2. Tampere 1973.
— » — 1979: Rikostuomiot ja Suomen tuomioistuinlakimiehet. Acta Universitatis Tamperensis ser. A vol.99. Tampere 1979.
Blomstedt, Yrjö 1964: Rikoslakireformin ensimmäiset vaiheet vuoden 1966 osittaisuudistuksiin saakka. Historiallinen Arkisto 59 s.421-517. Turku 1964.
Bockelmann, Paul 1975/1979: Strafrecht, Allgemeiner Teil. 2 p. München 1975 (3 p. 1979).
Bondeson, Ulla 1977: Kriminalvård i frihet. Stockholm 1977.

— » — 1978: Vad är nytt i Nytt Straffsystem. NTfK 1978 s.121-146.
— » — 1980: Rättsmedvetande rörande brottens straffvärde och domarens straffmätning. Påföljdsval, straffmätning och straffvärde. Brå 1980:2 s. 54-71. Stockholm 1980.
— » — 1980a: Nyklassisk strafffilosofi och reformpolitik. Teoksessa Straff och rättfärdighet—ny nordisk debatt. s.97-115. Stockholm 1980.
— » — 1981: Rättsmedvetandet hos Allmänhet och Domare. Rapport fra kontaktseminaret 2-4.12.1981 Sundvolde. Oslo 1981.
Bratholm, Anders 1980: Strafferett og samfunn. Alminnelig del. Oslo 1980.
Brett, Peter 1963: An Inquiry into Criminal Guilt. London 1963.
Brody, S.R. 1976: The Effectiveness of Sentencing—a Review of the Literature. Home Office Research Unit Report. London 1976.
Bruns, Hans-Jürgen 1963: Die "Generalprävention" als Zweck und Zumessungsgrund der Strafe. Festschrift Hellmuth von Weber. Köln-Berlin-New York 1963.
— » — 1974: Strafzumessungsrecht. 2p. Bonn 1974.
— » — 1974a: Alte Grundfragen und neue Entwicklungstendenzen im modernen Strafzumessungsrecht. Festschrift Hans Welzel s.739-760. Berlin-New York 1974.
— » — 1977: Stellenwerttheorie oder "Doppelspurige Strafhöhenbemessung"? Festschrift Eduar Dreher s.251-264. Berlin-New York 1977.
— » — 1980: Leitfaden des Strafzumessungsrecht. Köln-Berlin-Bonn-München 1980.
— » — 1985: Das Recht der Strafzumessung. 2 p. Köln-Berlin-Bonn-München 1985.
Brusiin, Otto 1938: Tuomarin harkinta normin puuttuessa. Vammala 1938.
— » — 1938a: Joustavat normit oikeudenkäytössä. DL 286-293.
— » — 1953: Aineettoman vahingon korvaamisesta. Helsinki 1953.
Bucholz, Erich 1977: Sozialistiche Gerechtigkeit als Prinzip der Strafzumessung. Staat und Recht 1977 s.126-135.
Burgh, Richard 1982: Do the Guilty Deserve Punishment. The Journal of Philosophy 1982 s.193-210.
Burgstaller, Manfred 1982: Grundprobleme des Strafzumessungsrechts in Österreich. ZStW Auslandsteil 1982 s.127-160.
Burkhardt, Björn 1976: Das Zweckmoment im Schuldbegriff. GA 1976 s.321-341.
Callies, Rolf-Peter 1973: Theorie der Strafe im demokratischen und sozialen Rechsstaat. Frankfurt 1973.
Candolin, Birger 1957: Till frågan om tillämpningen av särskilda strafflatituder. JFT 1957 s.94-107.
Card, Claudia 1972: On Mercy. Philosophical Review 1972 s.182-207.
Cederblom, J - Blizek, William (toim) 1977: Justice and Punishment. Cambridge Mass. 1977.
Chambliss, William 1967: Types of Behaviour and the Effectiveness of Legal Sanctions. Wisconsin Law Review 1967 s.703 ss.
Chereminsky, Erwin 1983: In Defence of Equality: A Reply to Professor Westen. Michigan Law Review 1983 s.575-599.
Christie, Nils 1971: Forsking om individualprevensjon kontra almenprevensjon. LoR 1971 s.49-60.
— » — 1971a: Replikk, LoR 1971 s.69.
— » — 1974: Utility and Social Values in Court Decisions on Punishments. Essays in Honour of Sir Leon Radzinowicz. London 1974.
— » — 1983: Piinan rajat. Helsinki 1983.

Clarke, Dean 1978: Marxism, Justice and the Justice Model. Contemporary Crisis 1978 s.27-62.
— » — 1982: Justifications for Punishment. Contemporary Crisis 1982 s.25-57.
Coffee, John 1978: The Repressed Issues of Sentencing. The Georgetown Law Journal 1977-1978 s.975-1107.
Cottingham, John 1979: Varieties of Retribution, The Philosophical Quarterly 1979 s.238-246.
Cross, Rupert 1981: The English Sentencing System. 3 p. Oxford 1981.
D'Amato, Anthony 1983: Is Equality a Totally Empty Idea, Comment. Michigan Law Review 1983 s.600-603.
Daniel, Gerhard 1927: Gefährlicheit und Strafmass. Leipzig 1927.
Davies, Martin 1970: Financial Penalties and Probation. Home Office Research Studies. London 1970.
Davies, Michael 1982: Sentencing: Must Justice be Even Handed? Law and Philosophy 1982 s.77-117.
Decker, Scott 1979: Punishment in a Just Society. Teoksessa Kittrie-Susman (toim.): Legality, Morality and Criminal Justice.
Decriminalisation 1980: Council of Europe, Strasbourg 1980.
Dershowitz, Alan 1981: Who Decides and When? Gross-von Hirsch: Sentencing s.343-347.
Dijk, Jan van 1979: The extent of public information and the nature of public attitudes towards crime. 13 th Criminological Research Conference, Council of Europe. Strasbourg 1979.
Dokumentation ÖStGB: Dokumentation zum Strafgesetzbuch. Bundesministerium für Justiz, Österreich. Wien 1974.
Dolcini, Emilio 1979: La commisurazione della pena. Padova 1979.
Dreher, Eduard—Tröndle, Herbert: Strafgesetzbuch, 40 p. 1981.
Dreher, Eduard 1947: Über die gerechte Strafe. Eine theoretische Untersuchung für die deutsche strafrechtliche Praxis. Heidelberg 1947.
— » — 1967: Zur Spielraumtheorie als der Grundlage der Strafzumessungslehre des Bundesgerichthofs. JZ 1967 s.41 ss.
— » — 1977: Rationalere Strafzumessung? Teoksessa Pönometrie. Rationalität oder Irrationalität der Strafzumessung, Köln 1977.
— » — 1978: Über Strafrahmen. Festschrift Hans-Jürgen Bruns 1978 s.141-164. Köln-Berlin-Bonn-München 1978.
Ds Ju 1974:20: Promemoria om grov stöld och rån samt återfall i brott. Stockholm 1974.
Dubs, Hans von 1963: Analytische Bewertung als Grundlage Richterlicher Strafzumessung. Festgabe zum Schweizerischen Juristentag 1963.
Durkheim, Emile 1983: Durkheim and the Law. (toim. Lukes-Scull). Oxford 1983.
Dworkin, Ronald 1977: Taking Rights Seriously. Cambridge Mass. 1977.
Eckhoff, Torstein 1974: Justice, Its Determinants in Social Interaction. Rotterdam 1974.
— » — 1980: Retningslinjer og "Tumregel". TfR 1980 s.145-163.
— » — 1984: Justifications of Punishment. ARSP 1984 Beiheft 19 s.11-20.
Ehdotus 1875: Förslag tilla strafflag för Storfurstendömet Finland. Helsingfors 1875.
Ehdotus 1884: Ehdotus Suomen Suuriruhtinaanmaan rikoslaiksi. Helsinki 1884.
Ehdotus 1977: Ehdonalainen vapaus. Ehdonalaista vapautta koskevien säännösten uudistamista selvittäneen työryhmän mietintö. Oikeusministeriön lainsäädäntöosaston julkaisuja 4/1977. Helsinki 1977.

Ehdotus 1978: Ehdotus nuoria rikoksentekijöitä koskevan lainsäädännön uudistamisesta. Oikeusministeriön lainvalmisteluosaston julkaisuja 17/1978. Helsinki 1978.

Ehdotus 1980: Ehdotus hallituksen esitykseksi Eduskunnalle nuoria rikoksentekijöitä koskevan lainsäädännön uudistamiseksi. Liitteenä laintarkastuskunnan lausunnossa 1/1980.

Ehrström, Karl Gustav 1859: Om principen för fängelsestraffets ordnande. Helsingfors 1859.

Ekelöf, Per Olof 1942: Straffet, skadeståndet och vitet. Uppsala 1942.

— » — 1986: Brott, straff och moral. NTfK 1986 s. 276-280.

Ellilä, Reino 1949: Tutkintavankeuden lukeminen rangaistuksen vähennykseksi Suomen oikeuden mukaan. Vammala 1949.

— » — 1949a: Rangaistuksen määräämisen eri kehitysvaiheista. LM 1949 s.514-526.

— » — 1950: Rangaistuksen vähentämisestä rikoslain 3 luvun 2 §:n mukaan. Rikosoikeudellisia kirjoitelmia II Bruno A. Salmialalle 24.8.1950 omistettu. s.32-45. Vammala 1950.

— » — 1970: Lausunto oikeusministeriölle luonnoksesta hallituksen esitykseksi Eduskunnalle varallisuusrikoksia ja veropetosta koskevien säännösten muuttamisesta.

— » — 1974: Uusittu liikennerikosoikeus. 2 p. Porvoo 1974.

Elwin, Göran 1972: Almenprevensjon. Noen teser om almenprevensjon. Teoksessa Kan fengsel forsvaras. Oslo 1972 s.103-121.

— » — 1976: Påföljdsystemets trappstegmekanism—en inbyggd återfallsregel. NTfK 277-282.

Elwin ym. 1975: Elwin, Göran—Heckscher, Sten—Nelson, Alvar: Den första Stenen. 4 p. Stockholm 1975.

Engisch, Karl 1953: Die Idee der Konkretisierung in Recht und Rechtwissenschaft unserer Zeit. Heidelberg 1953.

— » — 1971: Einführung in das juristische Denken. 5 p. Stuttgart 1971.

Erenius, Gillis 1976: Criminal Negligence and Individuality. Stockholm 1976.

Eser, Albin 1976: Justification and Excuces. American Journal of Comparative Law 1976 s.621-637.

Everson, George 1919: The Human Element in Justice. Journal of the American Institute of Criminal Law and Criminology 1919/1920 s. 90 ss.

Exner, Franz 1931: Studien über die Strafzumessungspraxis der deutschen Gerichte. Leipzig 1931.

Eyben, W.E. von 1950: Strafudmåling. Köbenhavn 1950.

— » — 1953: Lausunto. NKÅ 1952-1953 s.212-219.

Feinberg, Joel 1970: Doing and Deserving. Princenton 1970.

— » — 1974: Noncomparative Justice. The Philosophical Review 1974.

— » — 1984: Harm to Others. Oxford 1984.

Ferri, Enrico 1968: The Positive School of Criminology. Three Lectures by Enrico Ferri. Pittsburgh 1968.

Finnis, John 1980: Natural Law and Natural Rights. Oxford 1980.

Fizgerald, P.J. 1962: Criminal Law and Punishment. Oxford 1962.

Fletcher, George 1978: Rethinking Criminal Law. Boston 1978.

Floyd, Jean - Young, Warren 1981: Dangerousness and Criminal Justice. London 1981.

Forsman, Jaakko 1877: Muistutuksia alamaisen rikoslain ehdotukseen, jonka on valmistanut sitä varten asetettu komitea. Lisävihko JFT 1877. Helsinfors 1878.

— » — 1884: Sananen tekeillä olevasta Rikoslaista etenkin rangaistuksen punnitsemiseen nähden. Helsinki 1884.
— » — 1930: Antekningar enligt professor Jaakko Forsmans föreläsningar ofver straffrättens almänna läror med särskild hänsyn till strafflagen af den 19 december 1889. Utgivna af Lars Wasastjerna. 3 p. Kerava 1930.
— » — 1946: De särskilda brotten enligt strafflagen den 19 december 1889. 5 p. Helsingfors 1946.
Foucault, Michel 1980: Tarkkailla ja rangaista. Helsinki 1980.
Frank, Jerome 1938: Law and Modern Mind. 1938.
Frankel, Marvin 1981: A Comission on Sentencing (Teoksesta: Frankel, Criminal Sentences, 1972). Gross-Hirsch, von: Sentencing 1981 s.348-351.
Frankena, William 1963: Ethics. 1963.
Frände, Dan 1985: Straffrättsdogmatik och kriminalpolitik. Oikeustiede 1985 s.9-54.
Frisch, Wolfgang 1971: Revisionrechtliche Probleme der Strafzumessung. Eine Untersuchung über die Stuktur und Revisibilität des ricterlichen Ermessens bei der Strafzumessung. Köln-Berlin-Bonn-München 1971.
— » — 1972: Die "verschuldte Auswirkungen der Tat". GA 1972 s.321-347.
Gabor, Thomas 1986: The Prediction of Criminal Behaviour. Toronto 1986.
Gallas, Wilhelm 1931: Kriminalpolitik und Strafrechtsystematik. Berlin und Leipzig 1931.
Galligan, D.J 1981a: The Return to Retribution in Penal Theory. Teoksesa Crime, Proof and Punishment: Essays in Memory of Sir Rupert Cross (ed. C.F.H. Tepper) s.144-171. London 1981.
— » — 1981b: Guidelines and Just Deserts: A Critique of Recent Trends in Sentencing Reform. Crim.L.R. 1981 s.297-311.
Gaudet, Frederik 1949: The Sentencing Behaviour of the Judge. Encyclopedia of Criminology. s.449-461. New York 1949.
Geerds, Friedrich 1961: Zur Lehre von der Konkurrenz im Strafrecht. Hamburg 1961.
Giannopoulus, Athanassios 1984: Die Berücksichtigung generalpräventiver umstände bei der zumessung einer Strafe nach deutschem und griechischen Recht. Giessen 1984.
Golding, Martin 1977: The Philosophy of Law. 1977
Golding, Martin 1986: Discovery and Justification in Science and Law. Teoksessa Peczenik ym. (toim.): Theory of Legal Science s. 124-140.
Grasnick, Walter 1977: Rationalität oder Irrationalität der Strafzumessung. Teoksessa Pönometria 1977.
Grassberger, Roland 1932: Die Strafzumessung. Wien 1932.
Green, Frederik 1961: Judicial Attitudes in Sentencing. New York 1961.
Greenwood, Peter 1982: Selective Incapacitation. Santa Monica 1982.
Greve Vagn ym. 1976: Kommenteret straffelov, almindelig del (Vagn Greve, Bent Unmack Larsen og Per Lindegaard, Jurisforbundets forlag, Köbenhavn 1976).
Gross, Hyman - Hirsch, Andrew von (toim) 1981: Sentencing. New York 1981.
Gross, Hyman 1979: A Theory of Criminal Justice. New York 1979.
Grosmann, Joel - Tanenhaus, Joseph 1969: Frontiers of Judicial Research. New-York 1969.
Groth, Klaus 1975: Die Berücksichtigung der Folgen einer Strafe bei der Strafzumessung. Hamburg 1975.
Grönqvist, Henrik—Lindholm, Per 1977: Rikoslain 6 luvun uudistamisesta. Oikeusministeriön lainvalmisteluosaston julkaisu 2/1977 s.1-16. Helsinki 1977.

Grönvall, Gunnar 1973: Straffmätning. Rapport om en experimentundersökning av straffmätningspraxis. Mened, stöld och grov stöld. Ds Ju 1973:8.
— » — 1980: Straffmätning. Slutrapport. Ds Ju 1980:9.
Haag, Ernest van den 1975: Punishing Criminals: Concerning a Very Old and Painful Question. New York 1975.
Haag, Karl 1970: Rationale Strafzumessung. Ein entscheidungstheoretisches Modell der strafrichterlichen Enstcheidung. Köln-Berlin-Bonn-München 1970.
Habermas, Jürgen 1973: Wahrheitstheorien. Festschrift W. Schulz 1973 s.21 ss.
Haft, Fritjof 1980: Strafrecht. Allgemeiner Teil. München 1980.
Hagströmer, Johan 1879: Granskning af förslaget till strafflag för storfurstendömet Finland. Uppsala 1879.
— » — 1901-1905:Svensk strafrätt. Första Bandet. I & II häftet. Uppsala 1901-1905.
Halinen ym. 1981: Halinen, Markku—Koskinen, Pekka—Lappi-Seppälä, Tapio—Majanen, Martti—Palmén, Harri—Träskman, Per-Ole—Utriainen, Terttu: Rikosten seuraamukset. Helsingin yliopiston rikosoikeuden laitoksen julkaisuja 2/1979. 2 p. 1981.
Hall, Jerome 1960: General Principles of Criminal Law. 2 p. New York 1960.
Hamilton V. Lee—Rytina, Steve 1980: Social Consensus on Norms of Justice: Should Punishment Fit the Crime? American Journal of Sociology 1980 s.1117-1144.
Hanrahan, Kathleen—Hirsch, Andrew von 1981: Abolish Parole Release?—The Choice of Decisionmaker. Gross-von Hirsch: Sentencing 1981 s.352-369.
Hare, R.M. 1952: The Language of Morals. Oxford 1952.
— » — 1978: Prediction and Moral Appraisal, Midwest Studies in Philosophy III. 1978.
— » — 1981: Moral Thinking, It's Levels, Method and Point, Clarendon Press, Oxford 1981.
Harman, Gilbert 1977: The Nature of Morality. 1977.
Hart, H.L.A. 1961: The Concept of Law. Oxford 1961.
— » — 1965: Law, Liberty and Morality. Oxford 1965.
— » — 1967: Are there Any Natural Rights. Teoksessa A. Quinton (toim.): Political Philosophy. s.53-66. Oxford 1967.
— » — 1968: Punishment and Responsibility. Oxford 1968.
Hartnack, Justus 1971: Filosofian ongelmia. Helsinki 1971.
Hassemer, Raimund 1983: Einige empirische Ergebnisse zum Unterschied zwischen der Herstellung und der darstellung richterlicher Sanktionsentscheidungen. Monatsschrift für Kriminologie und Strafrechtsreform 1/1983 s.26-39.
— » — 1986: Art und Gewicht der Bestimmungsgründe richterlicher Sanktionsentscheidungen bei Straftaten nach § 316 StGB. Monatsschrift für Kriminologie und Strafrechtsreform 1/1986 s.21-31.
Hassemer, Winfried 1968: Die rechtstheoretische Bedeutung des Strafrahmens. Gedächtnisschrift Gustav Radbruch 1968.
— » — 1968a: Tatbestand und Typus. Köln-Berlin-Bonn-München 1968.
— » — 1972: Automatisierte und rationale Strafzumessung. Gesetzesplanung Beiträge der Rechtsinformatik s.95-119. Berlin 1972.
— » — 1978: Die Formalisierung der Strafzumessungsentscheidung. ZStW 1978 s.64-99.
— » — 1979: Generalprävention und Strafzumessung. Teoksessa Hassemer—Lüderssen—Naucke (toim.): Hauptprobleme der Generalprävention. Frankfurt/M 1979).
HE 23/1972 vp: Hallituksen esitys Eduskunnalle n:o 23/1972 vp. rikoslain täydentämisestä

rangaistusasteikosta poikkeamista koskevalla säännöksellä sekä varkautta, veropetosta ja eräitä muita rikoksia koskevien säännösten muuttamisesta.
HE 68/1966 vp: Hallituksen esitys Eduskunnalle n:o 68/1966 vp. henkeen ja terveyteen kohdistuvien rikosten rankaisemista koskevan lainsäädännön uudistamisesta.
HE 108/1975 vp: Hallituksen esitys Eduskunnalle n:o 108/1975 II vp. ehdollista rangaistusta koskevan lainsäädännön uudistamiseksi.
HE 109/1975 vp: Hallituksen esitys Eduskunnalle n:o 109/1975 II vp. eräiden sakon määräämistä koskevien säännösten muuttamisesta.
HE 110/1975 vp: Hallituksen esitys Eduskunnalle n:o 110/1975 II vp. laiksi rikoslain täydentämisestä liikennejuopumusta koskevilla säännöksillä sekä eräiksi siihen liittyviksi laeiksi.
HE 125/1975 vp: Hallituksen esitys Eduskunnalle n:o 125/1975 II vp. rikoslain 6 luvun ja siihen liittyvien säännösten muuttamisesta.
HE 84/1980 vp: Hallituksen esitys Eduskunnalle n:o 84/1980 vp. rikosten yhtymistä koskevan lainsäädännön uudistamisesta.
HE 85/1981 vp: Hallituksen esitys Eduskunnalle n:o 85/1981 vp. laiksi rikoslain täydentämisestä sotilasrikoksia koskevilla säännöksillä sekä eräiksi siihen liittyviksi laeiksi.
HE 14/1985 vp: Hallituksen esitys Eduskunnalle esitutkintaa ja pakkokeinoja rikosasioissa koskevan lainsäädännön uudistamisesta.
HE 153/1985 vp: Hallituksen esitys Eduskunnalle sakon muuntorangaistusta koskevan lainsäädännön muuttamisesta.
Hecksher, Sten 1980: Kriminalipolitik oc humanitet. Teoksessa Straff och rättfärdighet—en ny nordisk debatt s.145-165. Stockholm 1980.
Hedenius, Ingemar 1972: Om människans moraliska villkor. Stockholm 1972.
Heilbron, Brigitte 1929: Freies pflichtmässiges Ermessen des Richters. Breslau 1929.
Heinonen, Olavi 1972: Varkautta koskevat uudet säännökset. DL 1972 s.461-483.
— » — 1976: Rangaistuslajin valinta. LM 1976 s.139-161.
— » — 1977: Rikoksen törkeusasteen määrittely. Uuden RL 6 luvun 2 ja 3 §:ään liittyvät kysymykset. Oikeusministeriön lainsäädäntöosaston julkaisus 2/1977 s.17-29, Helsinki 1977.
— » — 1980: Pakkolaitokseen eristäminen. Rikosoikeudellisia kirjoituksia IV Reino Kalervo Ellilälle 26.6.1980 omistettu. s.28-40. Vammala 1980.
— » — 1985: Kuka saa juttunsa korkeimman oikeuden tutkittavaksi? Lakimiesuutiset 1985.
— » — 1986: Vastaväittäjän lausunto teoksesta Lehtonen Asko, Veropetoksesta, LM 1986 s.918-924.
— » — 1986a: Lainkäyttö rikosoikeuden kehittämisessä. Rikosoikeudellisia kirjoitelmia V Sylvi Inkeri Anttilalle 29.11.1986 omistettu. s.35-50. Vammala 1986.
Heiskanen, Veijo 1985: Kohtuusharkinta hallinnossa ja hallintolainkäytössä. Hallinto-oikeuden laudaturkirjoitus Helsingin yliopistossa 1985. (Moniste).
Helin, Markku—Kangas, Urpo 1986: Hovioikeuden ratkaisujen tietokonetaltioinnista—erään yksittäistapauksen herättämiä mietelmiä. LM 1986 s.512-524.
Helin, Markku 1982: Lainopin tilasta ja tulevaisuudesta. Oikeus 3/1982 s.158-161.
— » — 1985: Käsitteistä päättelemisestä. Juhlajulkaisu Simo Zitting s.82-92. Helsinki 1985.
Helminen, Klaus 1969: Henki- ja pahoinpitelyrikoksia koskevat säännökset uudistettu. SPL 1969 s.265-271.

Hemmer, Ragnar 1928: Studie rörande straffutmätningen i medeltida svens rätt. Helsinfors 1928.

Henkel, Heinrich 1969: Die "richtige" Strafe, Recht und Staat 381/382. Tübingen 1969.

— » — 1970: Strafempfindlicheit und Strafempfänglicheit des Angeklagten als Strafzumessungsgrunde. Festschrift Heinrich Lange 1970.

— » — 1977: Rechtsphilosophie. 2 p. München 1977.

Hertz, Thomas 1973: Das Verhalten des Täters nach der Tat. Ein Beitrag zu § 13 StGB und zu den Straftheorien. Köln 1973.

Hettinger, Michael 1982: Das Doppelverwertungsverbot bei strafrahmenbildenden Umständen. Berlin 1982.

Heuni 3/1984: Effective, Rational and Humane Criminal Justice. Helsinki Institute for Crime Prevention and Control Affiliated with the United Nations. Raportti 3/1984.

Hillenkamp, Thomas 1981: Vorsatztat und Opferverhalten. Göttingen 1981.

Hiltunen, Paavo 1951: Syyllisyyskäsite rikoksen uusimisessa. Vammala 1951.

— » — 1972: Uudet varkaussäännökset ja oikeuskäytäntö. LM 1972 s.806-836.

— » — 1973: Virallinen syyttäjä ja uusia varkauslaki. SPL 1973 s.22-23.

Hippel, Reinhard von 1976: Die Strafzumessung und ihr Ruf. Festschrift Richard Lange s.285-302. Berlin—New York 1976.

Hirsch, Andrew von—Jareborg, Nils 1984: Strafbestämning i USA. Brå 1984:4.

— » — 1986: Provocation. Käsikirjoitus (lyhennelmä julkaistu aikakauskirjassa:NTfK 1986 s.436-443).

Hirsch, Andrew von 1976: Doing Justice: The Choice of Punishments. New York 1976.

— » — 1978: Proportionality and Desert: A Reply to Bedau. The Journal of Philosophy 1978 s.622-624.

— » — 1981: Desert and Previous Convictions in Sentencing. Minnesota Law Review 1981 s.591-634.

— » — 1982: Nyklassicism, Proportionalitet och Straffets Grunder. NTfK 1982 s.97-117.

— » — 1983: Commensurability and Crime Prevention: Evaluating Formal Sentencing Structures and their Rationale. Criminal Law Review 1983 s.209-248.

— » — 1984: The Ethics of Selective Incapacitation: Observations on the Contemporary Debate. Crime & Delinquency 1984 s.175-194.

— » — 1984b: Equality, "Antisonomy" and Justice: A Review of Madness and the Criminal Law. Michigan Law Review 1984 s.1093-1112.

— » — 1985: Past or Future Crimes. New Jersey 1985.

Hirsch, Günter LK: Leipziger Kommentar 10 p. Erläuterung zu § 46 bis 51 StGB. Berlin-New York 1979.

Hjerner, Lars 1981: Om rättsffallstolkning. 2 p. Stockholm 1981.

Hodson, John 1981: The Ethics of Legal Coercion. Dordrecht-Boston-Lancaster 1981.

Hofer, Hans von 1983: Brott och Straff i Sverige. Historisk kriminalstatistik 1750-1982. Stockholm 1983.

Hoflund, Olle 1967: Om farebegreppet i straffrättet. Stockholm 1967.

Hogarth, John 1971: Sentencing as a Human Process. Toronto 1971.

Holopainen, Toivo 1961: Mikä on kohtuullinen hyöty ? Eräitä rakennuslain tulkintaa koskevia näkökohtia DL 1961 s.168-180.

— » — 1978: Tuomioistuinten ja tuomareiden riippumattomuudesta ja riippuvuudesta. Juhlajulkaisu Paavo Kastari s.83-100. Helsinki 1978.

— » — 1981: Lainkäytön yhdenmukaisuus ja tuomarin asema. LM 1981 s.1-14.
Honderich, Ted 1976: Punishment: The Supposed Justifications. Penguin Books 1976.
— » — 1978: One determinism. Teoksessa Honderich (toim.): Essays on Freedom of Action s.187-215.
Honkasalo, Brynolf 1937: Sovitusrangaistuksen soveltuvaisuus kriminaalipoliittisiin tarkoituksiin. DL 1937 s.45-57.
— » — 1943: Rikosoikeus ajan poliittisten ja sosiaalisten katsausten ristiaallokossa. DL 1943 s. 155-176.
Honkasalo I: Suomen rikosoikeus. Yleiset opit. Ensimmäinen osa, 2 p. Hämeenlinna 1965.
Honkasalo II: Suomen rikosoikeus. Yleiset opit. Toinen osa, 2 p. Hämeenlinna 1967.
Honkasalo III: Suomen rikosoikeus. Yleiset opit. Kolmas osa, 2p. Hämeenlinna 1969.
Honkasalo E I: Suomen rikosoikeus. Erityinen osa I 1. Hämeenlinna 1970.
Hood, Roger—Sparks, Richard 1970: Key Issues in Criminology. London 1970.
Hood, Roger 1972: Sentencing the Motoring Offender. London 1972.
Horn, Eckhard 1975: Wider die "doppelspurige" Strafhöhenzumessung. Festschrift Friedrich Schaffstein s.241-254. Göttingen 1975.
— » — 1977: Rudolphi, Hans-Joachim—Horn, Eckhard—Samson, Erich—Schreiber, Hans-Ludwig, Systematischer Kommentar zum Strafgesetzbuch, Band I, Alfred Metzner Verlag, Frankfurt am Main 1977.
— » — 1978: Zum Stellenwert der "Stellenwerttheorie". Festschrift Hans-Jürgen Bruns s.165-182. Köln-Berlin-Bonn-München 1978.
Horstkotte, Hartmuth 1970: Die Vorschriften des Ersten Gesetzes zur Refrom des Strafrechts über die Strafbemessung (§§ 13-16, 60 StGB). JZ 1970 s.122-128.
Hospers, John 1977: Punishment, Protection and Retaliation. Teoksessa Cederblom-Blizek (toim.): Justice and Punishment. 1977.
Hub, Renate 1971: Die Ausgestaltung der Besonders Schweren Fälle im geltenden und kommenden Recht nach dem Modell des Entwurfs 1962. Heidelberg 1971.
Hurwitz, Stephen—Christiansen, Karl 1983: Criminology. Köbenhavn 1983.
Hurwitz, Stephen—Waaben, Knud 1971: Den danske kriminalret, 4 p. Köbenhavn 1971.
Härzel, R 1973: Zur Rückfallstrafe nach 17 § StGB. Freiburg 1973.
Jaakkola, Risto—Takala, Hannu 1971: Rattijuopumus 1951-1970. Kriminologinen tutkimuslaitos M:13. Helsinki 1971.
Jaakkola, Risto 1980: Vuoden 1972 varallisuusrikosuudistuksen kontrollipoliittinen arviointi. LM 1980 s.763-793.
Jagusch, Heinrich 1956: Die Praxis der Strafzumessung. Eripainos Leipziger Kommentar zum Strafgesetzbuch, 8 p. Berlin 1956.
— » — 1970: Strafzumessungsempfehlungen von Richter im Bereich der Strassenverkehrsgefährdung? NJW 1970 s.401-403.
Jakobs, Günther 1976: Schuld und Prävention. Recht und Staat 452/453. Tübingen 1976.
Jareborg, Nils—Hirsch von, Andrew 1984: Strafbestämning i USA. Brå 1984:4.
Jareborg, Nils 1969: Handling och Uppsåt. Stockholm 1969.
— » — 1974: Begrepp och Brottsbeskrivning. Lund 1974.
— » — 1975: Värderingar. Lund 1975.
— » — 1977: Två sorters culpa. Modern strafflagstiftning. Institutionen för: offentlig rätt vid Åbo universitet. Publikationer i straff- och processrätt Serie A nr 5. Åbo 1977.
— » — 1979: Regler och riktlinjer. TfR 1979 s.385-410.

— » — 1979 (1984):Brotten I. 1p. 1979, 2p 1984. Lund 1984.
— » — 1980: Kriminalisering. Straff og Rättfärdighet. s.33-45. Stockholm 1980.
— » — 1980a: Straff och rättvisa. Påföljdsval, straffmätning och straffvärde. Brå 1980:2 s. 29-53. Stockholm 1980.
— » — 1983: Punishment and Responsibility. Esitelmä IVR 1983 (Julkaistu ruotsinkielellä teoksessa Skuld och Ansvar).
— » — 1985: Straffets syfte och berättigande. TfR 1985 s.1-17.
— » — 1985a: Brottsbalken kap. 23-24 med mera. Uppsala 1985.
— » — 1985b: Justification and Exuces. Esitelmä Max Planck Instituutissa Freiburgissa Saksan liittotasavallassa vuonna 1985.
— » — 1986: Uppsåt och oaktamshet. Uppsala 1986.
Jensen, Gram—Moe, Mogens 1969: Om strafudmålingen ved betingede domme med udsat straffuldbyrdelse. NTfK 1969 s.258-272.
Jescheck, Hans-Heinrich 1962: Aufbau und Stellung des bedingten Vorsatzes im Verbrechensbegriff. Festschrift Erik Wolff s.473-488. Frankfurt/M 1962.
— » — 1978: Lehrbuch des Deutsches Strafrechts. 3 p. Berlin 1978.
— » — 1986: Uusi rikosoppi ja sen käytännön merkitys Saksan liittotasavallassa. LM 1986 s.468-484.
Joutsen, Matti 1987: The Role of the Victim of Crime in European Criminal Justice Systems. A Crossnational Study of the Role of the Victim. Heuni 11/1987. Helsinki 1987.
Jyränki, Antero 1969: Teesejä judiikasta ja juristeista. LM 1969 s.880-892.
Jääskinen, Niilo 1986: Ennakkopäätösten merkityksestä yleisen lain kannalta. Teoksessa Liber amicorum Carolo Makkkonen deditus, s. 36-56, Helsinki 1986.
Kahl, W 1906: Reform der Strafzumessung. DJZ 1906 s.895 ss.
Kallenberg, Ernst 1949: Om brott och straff. SvJT 1949 s.1-14.
Kangas, Urpo 1982: Lesken oikeudellinen asema. Vammala 1982.
Kant, Immanuel 1963 (1775-1781): Lectures on Ethics (käännös Infield, Louis). New York 1963.
Kant, Immanuel 1932: (Ks. Salomaa 1932).
Kantola, Antero 1976: Finaalisesta selityksestä ja tuottamuksesta. Tuottamukselliset rikokset. Rikosoikeudellinen jatkokoulutusseminaari Tvärminnessä 18.-20.2.1976 s.5-21. Helsinki 1976.
— » — 1980: Huumaantuneena ajaminen, lääkeaineiden käyttö ja tahallisuusvaatimus. Rikosoikeudellisia kirjoitelmia Reino Kalervo Ellilälle 26.6. 1980 omistettu s.66-78. Vammala 1980.
Kaufmann, Arthur 1961: Das Schuldprinzip. Heidelberg 1961.
— » — 1976: Schuldprinzip und Verhältnismässigkeitsgrunsatz. Festschrift Richard Lange s.27-38. Berlin—New York 1976.
— » — 1982: Zwischen Wert und Sein. 1982.
Kekkonen, Jukka—Ylikangas, Heikki 1982: Vapausrangaistuksen valtakausi. Oikeuden yleistieteiden laitos. Helsingin yliopisto. Helsinki 1982.
Kekomäki, Paavo 1933: Ammattimaisen ja tavanomaisten rikosten käsitteistä. Helsinki 1933.
Kelsen, Hans 1953: Mitä on oikeudenmukaisuus. LM 1953 s.633-658.
Kennedy, Duncan 1976: Form and Substance in Private Law Adjudication. Harward Law Review 1976 s.1685-1778.

Kern, Eduard 1952: Grade der Rechtswidrigkeit. ZStW 1952 s.255-291.
Kindhäuser, Urs 1984: Der Voratz als Zurechnungskriterium. ZStW 1984 s.1-35.
Kivivuori, Antti 1982: Oikeustieteen tila ja tulevaisuus. Oikeus 3/1982 s.166-168.
— » — 1985: Tuomarivaltioko Suomesta? Oikeus 1/1985 s.42-50.
— » — 1986: Nils Christien teos "Piinan rajat". Rikosoikeudellisia kirjoitelmia V Sylvi Inkeri Anttilalle 29.11.1986 omistettu s.103-111. Vammala 1986.
KKO:n lausunto 1968: Korkeimman oikeuden lausunto hallituksen esitykseen n:o 68/1966 vp. sisältyvästä ehdotuksesta henkeen ja terveyteen kohdistuvien rikosten rankaisemista koskevan lainsäädännön uudistamisesta (sisältyy KKO:n vuosikirjaan 1968).
Klami, Hannu-Tapani 1979: On the so-called metanorms in criminal Law. TfR 1979 s.143-158.
— » — 1983: Ihmisen säännöt. Turku 1983.
— » — 1984: Tietokone tuomarina. Studia Juridica 1984-1985 (toim. Jukka Kekkonen). s.18-31. Helsinki 1985.
— » — 1984a: "Dolus eventualis"—Oikeusteoreettista analyysia LM 1984 s. 127-153.
— » — 1985: Voiko Suomessa Korkein oikeus toimia lainsäätäjänä. Helsingin Sanomat alakerta 31.8.1985.
— » — 1986: Tietokone ja oikeuskulttuuri. Teoreettisia mietteitä oikeudellisen päätöksenteon nykytilasta ja tulevaisuudesta. LM 1986 s.288-319.
— » — 1986a: Ennakkotapausten sitovuudesta Suomen oikeudessa. DL 1986 s.159-173.
Kleinig, John 1973: Punishment and Desert. The Hague 1973.
Knuuttila, Simo 1983: Rangaistuksen justifioinnista oikeusfilosofiassa. Studia Juridica (toim. J. Kekkonen) 1982 s.86-92. Helsinki 1983.
Konstari, Timo 1979: Harkintavallan väärinkäytöstä. Vammala 1979.
Koskinen, Pekka 1973: Yksitekoisesta rikosten yhtymisestä erityisesti silmälläpitäen ideaali- ja reaalikonkurrenssin erottelua. Vammala 1973.
— » — 1976: Rikoksen yleisestä rakenteesta erityisesti tuottamuksellisista rikoksista. Tuottamukselliset rikokset. Rikosoikeudellinen jatkokoulutusseminaari Tvärminnessä 18.-20.2.1976. s.22-33. Helsinki 1976.
— » — 1976a: Rikosoikeudellisia lausuntoja. Moniste. Helsinki 1976.
— » — 1980: Periaatteita rangaistuksen mittaamisesta rikoslain uuden 7 luvun mukaan. Rangaistuksen mittaamisesta. Lakimiesliiton koulutuskeskuksen julkaisusarja 29/1980 s.2544. Helsinki 1980.
— » — 1984: Vaarantamisesta rangaistavuuden perustana. LM 1984 s.1116-1141.
— » — 1985: Skuldprincipen och påföljderna för ringa lagöverträdelser. Skuld och ansvar. Straffrättsliga studier tillägnade Alvar Nelson. s.142-154. Uppsala 1985.
— » — 1986: Laiminlyöntivastuun ehdot ja rajat. AIDP:n toiminnasta, Kairon kongressista ja Suomen panoksesta. Rikosoikeudellisia kirjoitelmia Sylvi Inkeri Anttilalle 29.11.1986 omistettu. s.112-124. Vammala 1986.
Koura, Antti—Wiberg, Matti 1986: Legitimiteettikriisi ja yhteiskunnallisen keskustelun rationaalisuusehdot. Oikeus 1986 s.254-260.
Kress, Jack 1980: Sentencing Guidelines. Cambridge Mass. 1980.
Kriminologinen tutkimuslaitos 1970: Lausunto oikeusministeriölle luonnoksesta hallituksen esitykseksi Eduskunnalle varallisuusrikoksia koskevien säännösten muuttamiseksi. Moniste. Helsinki 1970.
Krümpelmann, Justus 1966: Die Bagatelldelikte. Berlin 1966.
Kürschner, Wolfgang 1978: Die materielle Rückfallklausel des § 48 StGB. Untersuchungen

zur Behandlung von drei Problemkreisen in der Gesetzgebung und in der richterlichen Strafzumessungspraxis. Heidelberg 1978.

Kutschinsky, Berl 1970: Perceptions of Deviance and Criminality. Strasbourg 1972.

— » — 1982: Retsbevisthed. Kriminalistisk institut Köbenhavns universitet. Stencilserie 20 s.77-90.

Kyvsgaard, Britta 1980: De strafferetliga ideologier. Teoksessa Straff och rättfärdighet—ny nordisk debatt s.83-96. Stockholm 1980.

Lacey, Nicola 1984: Punishment, Justice and Consequentialism: A Reply to Professor Eckhoff. ARSP 1984 Beiheft 19 s.21-30.

Lackner, Karl 1973: § 13 StGB—eine Fehlleistung des Gesetzgebers? Festschrift Wilhelm Gallas s.117-136. Berlin-New York 1973.

— » — 1978: Über neue Entwicklungen in der Strafzumessungslehre und ihre Bedeutung für die richterliche Praxis. Heidelberg-Karlsruhe 1978.

Lahti, Raimo 1968: Lainkonkurrenssista. LM 1968 s.709-737.

— » — 1972: Rikollisuudesta johtuvien kustannusten vähentämisestä ja jakamisesta. Oikeustiede II, 1972:1 s.221-313. Vammala 1972.

— » — 1974: Toimenpiteistä luopumisesta rikosten seuraamusjärjestelmässä erityisesti silmälläpitäen tuomitsematta jättämistä. Vammala 1974.

— » — 1975: Osallisuudesta rikokseen. Osallisuussäännösten tulkintaan ja uudistamiseen liittyviä kysymyksiä I. Turun yliopiston rikos- ja prosessioikeuden laitoksen julkaisusarja A n:o 1. Turku 1975.

— » — 1976: Rikollisuus tutkimuksen ja päätöksenteon kohteena. LM 1976 s.507-546.

— » — 1976a : Kriminaalipolitiikan arvopäämäärät. SPL 1976 s.254-259.

— » — 1977: Suhtautuminen uusijaan. Oikeusministeriön lainsäädäntöosaston julkaisuja 2/1977, s.49-64. Helsinki 1977.

— » — 1977a: Rikosoikeudellisia lausuntoja. Turun yliopiston julkisoikeuden laitos. Rikos- ja prosessioikeuden laitoksen julkaisusarja A n:o 2. Turku 1977.

— » — 1979: Syyntakeisuus rikosoikeudellisena ja kriminaalipoliittisena kysymyksenä. LM 1979 s.221-236.

— » — 1980: Raimo Blomin tutkimuksen arviointia. Lakimiesuutiset 3/1980.

— » — 1981: Rikoslain uudistaminen ja syyntakeisuus. SPL s.178-181.

— » — 1982: Vad bör bestraffas och hur strängt bör straffet vara? Festskrift Johs Andenaes s.205 ss. Oslo 1982.

— » — 1982a: Tieliikennelainsäädännön teoreettinen tarkastelu. Uutta tieliikennelainsäädäntöä. Lakimiesliiton koulutuskeskuksen julkaisusarja 34/1982. s.41-58. Helsinki 1982.

— » — 1982b: Tieliikennelain rangaistussäännökset. Uutta tieliikennelainsäädäntöä. Lakimiesliiton koulutuskeskuksen julkaisusarja 34/1982. s.138-158. Helsinki 1982.

— » — 1983: Sotilasrikosoikeudenhoidon uudistuksesta kriminaalipolitiikan ja rikosoikeuden yleisten periaatteiden kannalta. Oikeusministeriön oikeushallinto-osaston julkaisuja 4/1983.

— » — 1985: Punishment and Justice—A Finnish Approach. ARSP 1985 Beiheft 24 s.257-261.

— » — 1986: Kriminalvetenskaplig forskning och kriminalpolitik. NTfK 1986 s.353-362.

— » — 1986a: Pohjoismaiden kriminaalipolitiikan ajankohtaisia kehityssuuntia. Jurisprudentia Turkuensis (toim. Kairinen, Martti). s.232-243. Helsinki 1986.

— » — 1987: Syyntakeisuus kriminaalitieteellisenä ja kontrollipoliittisena kysymyksenä. Julkaisussa Lahti, Raimo—Keisu, Pirjo—Wagner—Prenner, Marianne—Minkkinen, Panu: Syyntakeettomuuden määräytyminen ja kriminaalipotilaat. Lääkintöhallituksen julkaisuja 93/1987.

Lang-Hinrichsen, Dietrich 1969: Bemerkungen zum Begriff der "Tat" im Strafrecht. Festschrift Karl Engisch 1969.

Lanza-Kaduce, Lonn 1982: Formality, Neutrality, and Goal-rationality: The legacy of Weber in analyzing legal thought. JCLC 1982 s.533-560.

Lappi-Seppälä, Tapio 1976: Oheissakon ja yhtä vuotta pidemmän ehdollisen vankeusrangaistuksen käyttö. Oikeusministeriön lainsäädäntöosaston julkaisuja 6/1976.

— » — 1977: Tuomarin asema ja tehtävät rangaistuksen määräämisessä. Oikeus 1977 s.117-124.

— » — 1978: Uudet liikennejuopumussäännökset ja rangaistuskäytäntö. Oikeusministeriön lainvalmisteluosaston julkaisu 12/1978. Helsinki 1978.

— » — 1980: Rangaistuksen määrääminen RL 28 luvun rikoksista. Rangaistuksen mittaamisesta. Lakimiesliiton koulutuskeskuksen julkaisusarja n:o 29/1980 s.69-101. Helsinki 1980.

— » — 1980a: Rangaistuksen määräämisestä. Erityisesti silmälläpitäen alioikeuksien rangaistyskäytäntöä varkaus- ja pahoinpitelyrikoksissa. Lisensiaattitutkimus. Helsinki 1980.

— » — 1982: Rangaistuksen määrääminen varkaus- pahoinpitely- ja perosrikoksista. Oikeusministeriön lainvalmisteluosaston julkaisu 1/1982. Helsinki 1982.

— » — 1982a: Teilipyörästä terapiaan—piirteitä rangaistusjärjestelmän historiasta. VAHO-100 12/1982.

— » — 1982b: Rattijuopot linnaanko? LM 1982 s.598-633.

— » — 1986: Yleisen lainkuuliaisuuden ylläpitäminen—Ehdollisen vankeusrangaistuksen edellytykset ja oikeuskäytäntö. Rikosoikeudellisia kirjoitelmia V Sylvi Inkeri Anttilalle 29.11.1986 omistettu. s.139-165. Vammala 1986.

Laum, Heinz-Dieter von 1960: Die richterliche Strafzumessung bei fahrlässigen Tötungen und Körperverletzungen im Strassenverkehr. Bonn 1960.

Lausunnot: Alamaisia lausuntoja Ehdotuksista Suomen Suuriruhtinaanmaan Rikoslaiksi ja kahdeksi sen kanssa yhteydessä olevaksi asetukseksi, antaneet prokuraattori Keisarillisessa Senaatissa, Hovioikeudet maassa ja Lainopillinen tiedekunta keisarillisessa Aleksanterin Yliopistossa. Helsinki 1885.

LavM 11/1969: Lakivaliokunnan mietintö hallituksen esityksen n:o 68/1966 johdosta henkeen ja terveyteen kohdistuvien rikosten rankaisemista koskevan lainsäädännön uudistamisesta.

LavM 15/1972: Lakivaliokunnan mietintö hallituksen esityksen n:o 130:n johdosta rikosoikeudellista vanhentumista koskevan lainsäädännön uudistamisesta.

LavM 7/1975 Lakivaliokunnan mietintö n:o 7/1975 vp. hallituksen esityksen n:o 108/1975 II vp. johdosta ehdollista rangaistusta koskevan lainsäädännön uudistamiseksi.

LavM 1/1976: Lakivaliokunnan mietintö n:o 1/1976 vp. hallituksen esityksen n:o 125/1975 II vp. johdosta rikoslain 6 luvun ja siihen liittyvien säännösten muuttamisesta.

LavM 5/1976: Lakivaliokunnan mietintö n:o 5/1976 vp. hallituksen esityksen n:o 110/1975

II vp. johdosta rikoslain täydentämisestä liikennejuopumusta koskevilla säännöksillä sekä eräiksi siihen liittyviksi laeiksi.

LavO 10/1986: Virkarikoslainsäädännön uudistaminen. Työryhmän mietintö. Oikeusministeriön lainvalmisteluosaston julkaisu 10/1986. Helsinki 1986.

Lehtimaja, Lauri 1976: Uusimissäännöksista mittaamisohjeisiin—eräästä siirtymävaiheen ongelmasta. LM 1977 s.62-69.

— » — 1981: Systematization in the Study of Particular Crimes. Rechtstheorie 1981 Beiheft 2. s.337-348.

— » — 1981a: Yleisten ja erityisten oppien tutkimuksesta rikosoikeudessa. Oikeus 1/1981 s.37-45.

Lehtonen, Asko 1986: Veropetoksesta. Helsinki 1986.

— » — 1986a: Tahallisuutta koskevasta näytön arvioinnista verorikosjutuissa. Rikosoikeudellisia kirjoitelmia Sylvi Inkeri Anttilalle 29.11.1986 omistettu. s.184-204. Vammala 1986.

Leukauf, Otto - Steininger, Herbert 1974: Kommentar zum Strafgesetzbuch. Eisenstadt 1974.

Levenbook, Barbara 1980: That Makes It Worse. Philosophical Review 1980 s.228-245.

Lewerenz, 1968:Lewerenz, H.—Bochnik—H.J.—Brozio E. Donike H. -: Kittrich, W.—Wilbrand, K: Die Strafzumessungspraxis bei Verkehrsdelikten in der Bundesrepublik Deutschland. Hamburg 1968.

Liikennejuopumustyöryhmä 1985: Liikennejuopumustyöryhmän mietintö. Oikeusministeriön lainvalmisteluosaston julkaisuja 5/1985. Helsinki 1985.

Lindegaard, Per 1982: Betinget dom. NTfK 1982 s.1-25.

Lindén, Per-Anders—Similä, Matti 1982: Rättsmedvetandet i Sverige. Brå 1982:1. Stockholm 1982.

Lindholm, Per 1968: Till frågan om påföljdseftergift enligt strafflagen JFT 1968 s.535-564.

— » — 1972: Rangaistusasteikosta poikkeaminen. Oikeusministeriön lainsäädäntöosaston julkaisu 5/1972 s.1-9. Helsinki 1972.

— » — 1980: Ehdollisen rangaistuksen käytöstä. Rangaistuksen mittaamisesta. lakimiesliiton koulutuskeskuksen julkaisusarja n:o 29/1980 s.102-133. Mänttä 1980.

Lindstedt, Gustaf 1947: Om straffmätning. NKÅ 1947-1948 s.104-114.

Lindstedt, Jukka 1986: Rangaistuksen määrääminen sotilasrikoksista. Oikeuspoliittisen tutkimuslaitoksen julkaisuja 78/1986.

Linstov, Bernhard von 1974: Berechenbares Strafmass. EDV und Recht 8. Berlin 1974.

Lipton, Douglas—Martinson, Robert—Wilks, Judith 1974: The Effectiveness of Correctional Treatment. A Survey of Treatment Evaluation Studies. 1974.

Liszt, Franz von 1910: Strafbemessung im Vorentwurf zu einem Deutschen Strafgesetzbuch. Berlin 1910.

Ltk 1/1974: Laintarkastuskunnan lausunto n:o 1/1974 ehdotuksesta hallituksen esitykseksi Eduskunnalle laiksi ehdollista rangaistusta koskevien säännösten uudistamiseksi.

Ltk 2/1978: Laintarkastuskunnan lausunto n:o 2/1978 ehdotuksesta hallituksen esitykseksi Eduskunnalle laiksi rikosten yhtymistä koskevan lainsäädännön uudistamiseksi.

Ltk 1/1980: Laintarkastuskunnan lausunto n:o 1/1980 ehdotuksesta hallituksen esitykseksi Eduskunnalle nuoria rikoksentekijöitä koskevan lainsäädännön uudistamiseksi.

Lucas, J.R. 1980: On Justice. Oxford 1980.

Luntiala, 1977: Ennalta-arvattavuudesta tieliikenteessä. Tieliikenteen syyllisyys- ja korvaus-

kysymyksiä. Lakimiesliiton koulutuskeskuksen julkaisusarja 21/1977 s.43-57. Helsinki 1977.

Lång, K.J. 1964: Om motiveringar för kriminaliseringar. Sosiologia 1964 s.138-142.

Lääkintöhallitus 1987: (ks. Lahti 1987).

Lüderssen, Klaus 1987: Die Krise des öffentlichen Strafanspruchs. Vierailuluento Helsingin Yliopiston oikeustieteellisessä tiedekunnassa 7.4.1987.

Löfgren-Venoja, Harry 1933: Rikoksen motiiveista. DL 1933 s.205-218.

MacCormick, Neil 1978: Legal Reasoning and Legal Theory. Oxford 1978.

— » — 1981: H.L.A. Hart. London 1981.

Mackie, J.L. 1977: Ethics. Inventing Right and Wrong. Penguin Books 1977.

Maeck, Manfred 1982/1983: Die Bedeutung des Opfers für die richterliche Strafzumessung. München 1982/Stuttgart 1983.

Maguire, M 1980: The Impact of Burglary upon Victims. British Journal of Criminology. 1980 s.261 ss.

Majanen, Martti 1976: Tuottamus, oikeuttamisperusteet ja erehdysoppi. Tuottamukselliset rikokset. Rikosoikeudellinen jatkokoulutusseminaari Tvärminnessä 18-20.2.1976. s.118-131.

— » — 1976a: Uusi laki ehdollisesta rangaistuksesta. LM 1976 s.320-334.

— » — 1979: Yksityishenkilön oikeudesta voimakeinojen käyttöön. Vammala 1979.

— » — 1985: Vankeinhoitohenkilöstön oikeudesta voimakeinojen käyttöön. Vankeinhoitoosaston koulutuskeskuksen julkaisuja 1/1985. Helsinki 1985.

Makkonen, Kaarle 1965: Luova ajattelu oikeustieteessä. LM 1965 s.839-845.

— » — 1981: Oikeudellisen ratkaisutoiminnan ongelmia. Vammala 1981.

Malloy, Edward 1982: The Ethics of Law Enforcement and Criminal Punishment Lanham-New York-London 1982.

Mathiesen, Thomas 1974: The Politics of Abolition. Scanidinavian Studies in Criminology vol IV. Oslo 1974.

Maurach, Reinhart—Zipf, Hans 1978/1984: Strafrecht. Allgemeiner Teil. Teilband 2. 5 p. 1978, 6 p 1984. Heidelberg-Karlsruhe 1984.

Maurach, Reinhart 1971: Deutsches Strafrecht. Allgemainer Teil. 4 p. Karlsruhe 1971.

Merikoski, Veli 1958: Vapaa harkinta hallinnossa. Vammala 1958.

Metzen, Peter 1977: Die Problematik und Funktion der fakultativen Strafmilderung für die Begehung durch Unterlassen. Köln 1977.

Mezger, Edmund 1931: Strafrecht. München/Leipzig 1931.

Miettinen, Martti 1970: Prejudikaateista ja niiden merkityksestä. Suomen lakimiesliitto XXI lakimiespäivien pöytäkirjat, s.80-95.

— » — 1985: Ennakkopäätösten sitovuudesta. Rovaniemen hovioikeuden tuomaripäivien 1985 pöytäkirjat s.27-40.

Mikkola, Matti 1979: Työttömyysturvan ehdoista. Vammala 1979.

Mill.J.S. 1974 (1859): On Liberty. Penguin Books 1974.

Minkkinen, Panu—Pihlajamäki, Heikki 1987: Pyttyläisiä ja hulluja rikoksentekijöitä—"rationaalista eristämistä". Uusi Kriminaalihuolto 1987.

Minnesota Guidelines 1979: Developmet of Statewide Sentencing Guidelines in Minnesota, San Francisco 1979.

Monahan, John 1981: Predicting Violent Behaviour. An Assesment of Clinical Techniques. Beverly Hills 1981.

Montenbruck, Axel 1983: Strafrahmen und Strafzumessung. Berlin 1983.
Moore, G.E. 1965: Etiikan peruskysymyksiä. Keuruu 1965.
Morris, Herbert 1975: Persons and Punishment. Teoksessa Feinberg-Gross (toim.): The Philosophy of Law. 1975.
Morris, Norval 1974: The Future of Imprisonment. Chicago 1974.
— » — 1982: Madness and the Criminal Law. Chicago 1982.
— » — 1983: Sentencing the Mentally Ill. Teoksessa Reform and Punishment (toim. Tonry-Zimring). Chicago 1983.
MSGC 1984: The Impact of the Minnesota Sentencing Guidelines . Three Year Evaluation. September 1984.
Müller, Helga 1984: Der Begriff der Generalprävention in 19. Jahrhundert. Frankfurt/M 1984.
Müller-Diez, Heinz 1985: Integrationsprävention und Strafrecht. Festsschrift Hans Heinrich Jeschek 1985. s.813-828. Berlin 1985.
Müller, Wolfgang 1982: Probleme der Individualisierung der Strafe. Teoksessa Täterpersönlicheit-Straffälligkeit-Strafzumessung s.102-114. Jena 1982.
Murphy, Jeffrie 1979: Retribution, Justice and Therapy. Dordrecht 1979.
— » — 1982: Forgivness and Resentment. Midwest Studies in Philosophy 1982 s.503-516.
— » — 1985: Retributivism, Moral Education, and the Liberal State. Criminal Justice Ethics 1985. s.3-11.
— » — 1986: Mercy and Legal Justice. Käsikirjoitus (julkaistaan aikakauskirjassa Social Philosophy and Policy).
Mäkelä, Klaus 1966: Oikeuskäytäntö ja yleinen oikeustajunta. LM 1966 s.69-88.
— » — 1973: Straffsystemets samhälleliga uppgifter. Sosiologia 1973 s.3-16.
— » — 1975: Om straffens verkningar. Oikeustiede Jurisprudentia 1975.
Mösl, Albert 1979: Tendenzen der Strafzumessung in der Rechtsprechung des Bundesgerichthofs. DrZ 1979 s.165-
Nagler, LK
NAS 1978: *Blumstein*, Alfred—*Cohen*, Jaqueline—*Nagin*, Daniel (toim): Deterrence and Incapacitation: Estimating the Effects of Criminal Sanctions on Crime Rates. Washington 1978.
NAS 1979/1981: Sechrest, Lee—Susan, White—Elisabeth, Brown: The Rehabilitation of Criminal Offenders: Problems and Prospects. Washington D.C. National Research Council, National Academy of Sciencies.
Neumann, Ulfrid 1986: Moralische Grenzen des Strafrechts. Arvostelu teoksesta Feinberg, Joel: Harm to Others. ARSP 1986 s.118-125.
Niiniluoto, Ilkka 1984: Johdatus tieteenfilosofiaan. Käsitteen ja teorianmuodostus. 2 p. Helsinki 1984.
Nikula, Paavo 1986: Rangaistusasteikon asettamisesta. Rikosoikeudellisia kirjoitelmia V Sylvi Inkeri Anttilalle 29.11.1986 omistettu. s.234-250. Vammala 1986.
Noll, Peter 1956
Nordenstam, Tore 1975: Avskräkningens Moral. Teoksessa Belfrage-Stille (toim.): Filosofi och rättsvetenskap. 1975.
Nordling, E. 1864: Om straffmedium vid latitudinärä straff. NaT 1864 s.567 ss.
Norrie, A.W. 1982: Marxism and the Critique of Criminal Justice. Contemporary Crises 1982 s.59-73.

NOU 1983:57: Straffelovgivningen under omforming. Straffelovkommisjonens delutredning I. Oslo 1983.

Nousiainen, Tapio, 1961: Rangaistuksen määräämisestä erityisesti silmälläpitäen tuomarin mittaamistoimintaa oikean rangaistusmäärän tavoittamiseksi normaalilatitudin puitteissa. Vammala 1961.

— » — 1964: Latitudisysteemin mittaamiskriisistä erikoisiin rikosryhmiin nähden Suomen rikosoikeudessa. LM 1964 s.266-278.

— » — 1975: Rangaistuksen tuomitsemisesta. Käytännöllisiä ohjeita tuomarille virkavirheiden välttämiseksi. 3 p. Vammala 1975.

Nowell-Smith, P.H. 1957: Ethics. Oxford 1957.

NU 1984:2: Straffutmåling. Rangaistuksen mitoittaminen. Nordisk Strafferettkomité 1984:2.

Nuorisorikollisuustoimikunta 1966: Komiteanmietintö 1966:A 2. Helsinki 1966.

Nuorisorikoskomitea 1970: Komiteanmietintö 1970:A 9. Helsinki 1970.

Nytt Straffsystem 1977: Brå 1977:7. Stockholm 1977.

Ofstad, Harald 1980: Ansvar og handling. Oslo-Bergen-Tromsö 1980.

Oikeuslääketiede 1981: Raekallio, Jyrki—Alha, Antti—Hirvonen, Jorma—Möttönen, Matti: Oikeuslääketiede 3 p. Porvoo-Helsinki-Juva 1981.

OKa 1963: Oikeuskanslerin kertomus vuodelta 1963.

Olsson, Curt 1982: Tuomarin ja tuomioistuinten riippumattomuudesta. Juhlajulkaisu Aarne Nuorvala 1982.

— » — 1984: Om rättsutveckling genom dom. LM 1984 s.1182-1201.

— » — 1985: Ajankohtaisia tuomioistuinkysymyksiä. DL 1985 s.1-9.

— » — 1985a: Oikeustiede ja lainkäyttö. Juhlajulkaisu Simo Zitting s.244-250. Helsinki 1985.

Ostermeyer, Helmut 1971: Strafunrecht. München 1971.

Pallin, Franz 1982: Die Strafzumessung in rechtlicher (österreichischer) Sicht. Wien 1982.

Palmén, Harri 1976: Hajamietteitä tuottamuksellisista laiminlyöntirikoksista. Teoksessa tuottamukselliset rikokset. Rikosoikeudellinen jatkokoulutusseminaari Tvärminnessä 18.-20.2.1976 s.109-117.

Palmén, Harri 1978: Laiminlyöntirikoksista. Helsinki 1978.

Palmgren, Bo 1970: Lausunto oikeusministeriölle luonnoksesta hallituksen esitykseksi Eduskunnalle varallisuusrikoksia ja veropetosta koskevien säännösten muuttamisesta.

Paton, H.J. 1958: The Categorical Imperative. A Study in Kant's Moral Philosophy. 3 p. London 1958.

Peczenik, Aleksander 1980: Juridikens Metodproblem. Stockholm 1980.

— » — 1983: Vad är juridiska argumentation. TfR 1983 s.49-76.

— » — 1983a: The Basis of Legal justification. Lund 1983.

— » — 1984: Den juridiska argumentationens rationalitet. Festskrift Jan Hellner 1984.

— » — 1986: Rätten och Förnuftet. Lund 1986.

Pekkanen, Eeva 1977: Päiväsakon rahamäärä. Sakko- ja liikennejuopumussäännöstön uudistaminen. Oikeusministeriön lainsäädäntöosaston julkaisu 11/1977. Helsinki 1977.

Pentti, Lauri 1922: Rangaistuksen määräämisperusteista Suomen rikoslain mukaan. Hämeenlinna 1922.

Perelman, Chaim 1963: The Idea of Justice and the Problem of Argument. New York 1963.

Peters, Karl 1932: Die kriminalpolitische Stellung des Strafrichters bei der Bestimmung der Strafrechtsfolgen. Berlin 1932.

— » — 1979: Strafzumessung in: Handwörterbuch der Kriminologie 2p. Berlin 1979.
Peters, R.S. 1958: The Concept of Motivation. London 1958.
Petersen, Theodor 1947: Om strafudmaaling. NTfS 1947 s.75 ss.
Pinchoffs, Edmond 1977: Are Questions of Desert Defensible. Teoksessa Crime and Justice (toim. Cederblom-Blizek).
Pitkin, Hanna 1974: Wittgenstein and Justice. Los Angeles 1974.
Plant, Raymond 1980: Justice, Punishment and the State. Teoksessa Bottoms—Preston (toim.) The Coming Penal Crisis. Scotland 1980.
Pönometrie 1977: Rationalität oder Irrationalität der Strafzumessung. Heft 3 der Schriftenreihe des Instituts für Konfliktsforschung. 1977.
Radbruch, Gustav 1938: Klassenbegriffe und Ordnungsbegriffe im Rechtsdenken. International Zeitschrift für Theorie des Rechts XII, 1938 s.46 ss.
Radzinowicz, Leon—Hood, Roger 1981: The American volte-face in sentencing thought and practice. Crime, Proof and Punishment. Essays in Memory of Sir Rupert Cross. London 1981.
Rautenberg, Erardo 1980: Die "verminderte Zurechnungs-/Schuldfähigkeit"—ein besonderer, fakultativer Strafmilderungsgrund. Göttingen 1980.
Rawls, John 1955: Two concepts of rules. The Philosophical Review 1955 s.3-32.
— » — 1973: A Theory of Justice. Cambridge 1973.
Reinikainen, Paavo 1979: Rangaistuskäytännön ohjaaminen valtiosääntöoikeudellisena kysymyksenä. Uudistuva tieliikenneoikeus. Turun yliopiston julkisoikeuden laitos. Rikos- ja prosessioikeuden julkaisusarja A n:o 10 s.53-69. Turku 1979.
Reuter, Lothar 1982: Zur Rolle und Funktion der Täterpersönlicheit in der Strafzumessung. Täterpersönlicheit-Straffälligkeit-Strafzumessung s.23-28. Jena 1982.
Rich ym. 1981: Rich, William—Sutton, Paul—Clear, Todd—Saks, Michael: Sentencing by mathematics: An evaluation of the early attempts to develop and implement sentencing guidelines. 1981.
Riepula, Esko 1981: Muiden tieteenalojen metodologinen merkitys oikeustieteelle. Studia Juridica (toim. J. Kekkonen) 1981 s.45-51. Helinki 1981.
Rikoslakiprojekti I: Rikoslain kokonaisuudistus I. Rikoslakiprojektin ehdotus. Oikeusministeriön lainvalmisteluosaston julkaisu 5/1984. Helsinki 1984.
Rikosoikeuskomitea 1976: Rikosoikeuskomitean mietintö 1976:72. Helsinki 1977.
Robert, Philippe 1979: The extent of public information and the nature of public attitudes towards the social control of crime. 13 th Criminological Research Conference, Council of Europe. Strasbourg 1979.
Rongione, Nicholas 1976: The Nature and Justification of Morality. New York 1976.
Rosenfeld, Ernst Heinrich VDA III: Die Richterliche Strafzumessung. Vergleichende Darstellung III s.93 ss.
Ross, Alf 1951: Miksi demokratia? Lahti 1951.
— » — 1966: Om Ret og Retfärdighet. Denmark 1966.
— » — 1974: Förbrydelse og Straf. Köbenhavn 1974.
— » — 1975: On Guilt, Responsibility and Punishment. London 1975.
— » — 1977: Dolus eventualis i svensk rätt. SvJT 1977 s.673 ss.
— » — 1978: Forsaet i Engelsk ret. TfR 1978 s.1 ss.
Ross, David 1962: Kant's Ethical Theory. Oxford 1962.
Ross, Laurence 1982: Deterring the Drinkin Driver. Legal Policy and Social Control. 1984.

Rossi ym 1974: The Seriousness of Crimes: Normative Structure and Individual Differences. American Sociological Review 1974 s.224 ss.

Roxin, Claus 1966: Sinn und Grenzen staatlicher Strafe. JuS 1966 s.377-387.

— » — 1973: Kriminalpolitik und Strafrechtssystem. 2p, Berlin-New York 1973.

— » — 1974: "Schuld" und "Verantwortlicheit" als strafrechtlichen Systemkategorien. Festschrift Heinrich Henkel s.171-198. Berlin-NewYork 1974.

— » — 1977: Strafzumessung im Lichte det Strafzwecke. Teoksessa Pönometrie 1977.

— » — 1978: Prävention und Strafzumessung. Festschrift Hans-Jürgen Bruns s.183-204. 1978.

— » — 1979: Zur jüngsten Diskussion über Schuld, Prävention und Verantwortlicheit im Strafrecht. Festschrift Paul Bockelmann s.279-309. München 1979.

— » — 1984: Zur Problematik des Schuldstrafrechts. ZStW 1984 s.641-660.

— » — 1985: Rechtfertigungs- und Entschuldigungsgründe in Abgrenzung von sonstigen StrafausschliessungsgrÄunden. Esitelmä Max-Planck-Instituutissa Saksan liittotasavallassa vuonna 1985.

Ruby, 1980 Sentencing. Toronto 1980.

Rusi, Alpo 1985: Gallup ja kansanvalta. Kokemäki 1985.

Ryle, Gilbert 1976: The Concept of Mind. Penguin Books 1976 (1949).

Sadurski, Wojciech 1985: Giving Desert Its Due. Social Justice and Legal Theory. Dordrecht-Boston-Lancaster 1985.

Salmiala, Bruno 1926: Muutama sana kuolemanrangaistuksesta. DL 1926 s.248 ss.:

— » — 1946: Lisiä oppiin rangaistuksen olemuksesta. DL 1946 s.41-50.

— » — 1948: Rangaistuksesta. SLY:n juhlajulkaisu. Vammala 1948.

— » — 1963: Eräs vangin karkaamista koskeva tutkimus. Arvostelu tutkimuksen Anttila-Westling 1962 johdosta. DL 1963 s.54-67 ja 124-130.

Salomaa, J.E. 1932: Immanuel Kantin siveysopilliset pääteokset. Suomentanut sekä johdannoilla ja selityksillä varustanut J.E.S. Porvoo 1932.

Salonen, 1950: Hammurabin laki. 1950.

Salovaara, Niilo 1948: Rikoksen yrityksestä erityisesti ns. kelvotonta yritystä silmälläpitäen. Vammala 1948.

Salmiala-Honkasalo-Serlachius 1952

Saraviita, Ilkka 1985: Muutama sana Korkeimman oikeuden ennakkopäätösten: sitovuudesta. LM 1985 s.373-376.

Schaffstein, Friedrich 1973: Spielraum-Theorie, Schuldbegriff und Strafzumessung nach dem Strafrechtsreformgesetzen. Festschrift Wilhelm Gallas s.99-116. Berlin-New York 1973.

— » — 1977: Die Danken der Freiheitsstrafe bei jungen Straffälligen. Festschrift Thomas Würtenberger s. 449 ss. 1977.

Schmidhäuser, Eberhard 1982: Strafrecht. Allgemeiner Teil. Tübingen 1982.:

Schmidt, Eberhard 1954: Strafzweck und Strafzumessungsregeln. Materialien zur Strafrechtsreform. Bd.1. Bonn 1954.

— » — 1965: Einführung in die Geschichte der deutschen Strafrechtspflege. 3 p. Göttingen 1965.

Schneider, Hans 1979: The influence of mass communication media on public opinion on crime and criminal justice. 13 th Criminological Research Conference, s.124-164 Council of Europe. Strassbourg 1979.

Schulz, Hans 1973: Einführung in den Allgemeinen Teil des Strafrechts. Bern 1973.
Schünemann, Bernd 1984: Die Funktion des Schuldprinzips im Präventionstrafrecht. Teoksessa Schünemann-Achenbach (toim.) Grundfragen des modernen Strafrechtssystems s.153-196. München 1984.
Schweling, Otto 1955: Die bemessung der Gesamtstrafe. GA 1955 s.289-302.
Schöch, Heinz 1973: Strafzumessungspraxis und Verkehrsdelinquenz. 1973.
— » — 1975: Grundlage und Wirkungen der Strafe. Festschrift Schaffstein. s.255-274. Göttingen 1975.
Schönke, Adolf—Schröder, Horst: Strafgesetzbuch. 21 p. Nördlingen 1981.
Schönke, Adolf 1942: Strafgesetzbuch. 1 p. München und Berlin 1942
Serlachius, Allan 1909/1919: Suomen rikosoikeuden oppikirja. Ensimmäinen osa. Yleiset opit. 1 p. 1909, 2 p. Helsinki 1919.
Serlachius II.1. 1924 (s.439): Suomen rikosoikeuden oppikirja. Toinen osa (1 puolisko). 2 p. Helsinki 1924.
Shwayder, D.S. 1965: The Stratification of Behaviour. London 1965.
Simmonds, Nigel 1984: Introduction to ARSP 1984 Beiheft 19 s.7-10.
Singer, Richard 1979: Just Deserts: Sentencing Based on Equality and Desert. Cambridge Mass. 1979.
Sipponen, Kauko 1965: Yhden ainoan oikean tai tarkoituksenmukaisen ratkaisun periaatteista. LM 1965 s.197-212.
Sirén, Reino 1984: Varkausrikollisuuden kehityksestä ja yhteydestä rakenteellisiin tekijöihin 1950-1982. Oikeuspoliittinen tutkimuslaitos, julkaisuja 1970/1984.
Smart, Alwynne 1969: Mercy. Teoksessa Acton (toim.): The Philosophy of Punishment s.212-228. 1969.
Smith J.C.—Hogan, Brian 1983: Criminal Law. London 1983.
SOU 1983:50: Översyn av lagstiftningen om förmögenhetsbrott utom gäldenärsbrott.
SOU 1986:13-15 Påföljd för brott. Om straffskalor, påföljdsval, straffmätning och villkorlig frigivning mm. Huvudbetänkande av Fängelsestraffkommittén. (osat 1-3).
Spendel, Günter 1954: Zur Lehre vom Strafmasses. Frankfurt/M 1954.
— » — 1969: Der Conditio-sine-qua-non-Gedanke als Strafmilderungsgrund. Festschrift Karl Engisch s.509-529. Frankfurt/M 1969.
— » — 1971: Zur Entwicklung der Strafzumessungslehre. ZStW 1971 s.203-242.
Stern, Laurence 1970:Deserved punishment, deserved harm, deserved blame. Philosophy s.317-329.
Stevenson, C.L. 1944: Ethics and Language. New Haven 1944.
Stigel, Ole 1982: Strafutmåling i voldsaker. Juristen 1982 s.352-361.
Stile, Alfonso 1982:Probleme und Besonderheiten der Strafzumessung in Italien. ZStW 1982 Auslandsteil s.173-199.
Stoecklin. L.M. 1971: Untersuchung über das Gewicht der einzelnen Strafzumessungsgründe. Basel-Stuttgart 1971.
Strahl, Ivar 1948: Om rekvisiten skada och vinning vid förmögenhetsbrotten. Stockholm 1948.
— » — 1950: Lausunto. NKÅ 1950-1951 s. 13 ss.
— » — 1976: Straffrättens almänn del i vad angår brotten. Stockholm 1976.
Stratenwerth, Günter 1963: Die fakultative Strafmilderung beim Versuch. Festgabe zum Schweitzerisches Juristentag. Basel 1963.

— » — 1972: Tatschuld und Strafzumessung. Recht und Staat, 406/407. Tübingen 1972.
— » — 1975: Arvostelu teoksesta Hertz, Thomas: Das Verhalten des Täters nach det Tat—Ein Beiträg zu 13 § StGB und zu den Straftheorien. ZStW 1975 s.969-974.
— » — 1982: Schweizerisches Strafrecht. Allgemainer Teil I. Bern 1982.
Strawson, P.F. 1974: Freedom and Resentment. London 1974.
Stree, Walther 1961: Deliktsfolgen und Grundgesezt. TÄubingen 1961.
Streng, Franz 1984: Strafzumessung und relative Gerechtigkeit. Heidelberg 1984.
Strömholm, Stig 1981: Rätt, rättskällor och rättstillämpning. Stockholm 1981.
Ståhlberg, Kaarlo 1985: Puheenvuoro. Rovaniemen hovioikeuden tuomaripäivien pöytäkirjat 1985.
Sundby, Nils 1974: Om normer. Oslo 1974.
— » — 1978: Sondringen mellan regler og retningslinjer—en replikk. TfR s.145-163.
Svennson, Bo 1976:Kuben i straffrätten. SvJT 1976 s.414-419.
Svinhufvud, Erik 1977: Rangaistuksen mittaaminen liikennejuopumuksesta. Oikeusministeriön lainsäädäntöosaston julkaisu 5/1977 s.22-32. Helsinki 1977.
Svt: Suomen virallinen tilasto. Sarjat xxiii B.
Sykes, Gresham 1958: The Society of Captives. Princeton 1958.
Takala, Eero 1985: Korkeimman oikeuden ja hovioikeuksien ratkaisut lainkäytön ohjeina. Rovaniemen hovioikeuden tuomaripäivien 26.4.1985 pöytäkirjat.
Takala, Hannu 1972: Rangaistuksen määrääminen uusien varallisuusrikoksia koskevien rangaistussäännösten nojalla. Oikeusministeriön lainsäädäntöosaston julkaisuja 5/1972.
— » — 1980: Rikostilastot ja rangaistuskäytännön seuranta. Rangaistuksen mittaamisesta 1980 s. 45—68.
— » — 1986: Korkein oikeus ja kriminaalipolitiikka - viisi vuotta ennakkopäätöstuomioistuinta. Oikeus 1/1986 s.4-23.
Tammelo, Ilmar 1977: Theorie der Gerechtigkeit. Freiburg-München 1977.
Taxell, Lars-Erik 1976: Rätt och demokrati. 1976.
Taylor, Charles 1964: The Explanation of Behaviour. London 1964.
Thomas, D.A. 1979: Principles os Sentencing. 2 p. London 1979 (1 p. 1970)
— » — 1982: The Justice Model of Sentencing - Its Implications for the English Sentencing System. Teoksessa The Future of Sentencing. Oxford 1982.
— » — 1982a: The Law of Sentencing. London 1982.
Thornstedt, Hans 1956: Om rättsvillfarelsen. Stockholm 1956.
— » — 1976: Rättsvillfarelse i straffrätten—Ett fall av rättsutveckling utan stöd av lag. Teoksessa Bondeson (toim.): Rationalitet och Rättssystemet. Stockholm 1976.
Timpe, Gerhard 1983: Strafmilderungen des Allgemeinen Teils des StGB und das Doppelverwertungsverbot. Berlin 1983.
Tingsten, Herbert 1947: Demokratian ongelmia. 1947.
Tirkkonen, Tauno 1936:
— » — 1969: Suomen rikosprosessioikeus I. 2 p. Porvoo 1969.
— » — 1972: Suomen rikosprosessioikeus II. 2 p. Porvoo 1972.
Tolonen, Juha 1983: Oikeudenmukaisuus ja legitimiteetti. Studia Juridica 1982 (toim. J. Kekkonen) s.21-31. Helsinki 1983.
Träskman, Per-Ole 1977: Straffrättsliga åtgärder vid brott med främmande inslag I. En granskning av den finska straffrättens tillämpningsområde. Borgo 1977.
— » — 1984: Den allmänna opinionen. NtFK 1984 s.249-264.

— » — 1985: Kan gärsningspersonens uppsåt bevisas med hållpunkter i sinnevärlden? Skuld och ansvar. Straffrättsliga studier tillägnade Alvar Nelson. s.56-75. Uppsala 1985. (Viittaukset käsikirjoitussivuihin).

— » — 1986: Tuomion arvostelemisen normatiivinen perusta. LM 1986 s. 854-872.

Tulenheimo, Antti 1919: Rangaistuksen olemus, tarkoitus ja oikeutus. LM 1919 s.261-276.

Tuominen, Timo 1981: Rangaistuksen mittaamisesta ja rangaistuskäytännön yhtenäisyydestä. LM 1981 s.464-472.

Tuori, Kaarlo 1987: Tavoitteet ja periaatteet modernissa oikeudessa. Esitelmä Oikeusperiaatteet seminaarissa (Turku 1987).

Törnudd, Patrik 1971: Kvalificerade förmegenhetsbrott de lege ferenda. Kriminolgiska forskarinstitutet. M:14. Helsingfors 1971.

— » — 1975: Deterrence Research and the Needs of Legislative Planning. General Deterrence: The National Swedish Council for Crime Prevention. Research and Development Division. Report n:2 s.326-343. Stockholm 1975.

— » — 1980: Är "Den nya kriminalpolitiken" nyklassisk? Teoksessa Straff og Rättfärdighet s.135-144. Stockholm 1980.

— » — 1980a: Ideologi och Staffvärde. Teoksessa Påföljdsval, Straffmätning och Straffvärde. Brå 1980:2. s. 16-28. Stockholm 1980.

— » — 1983: Oikeudenmukaisen rikosoikeusjärjestelmän mahdollisuus. Studia Juridica 1982 (toim. J. Kekkonen) s.68-85. Helsinki 1983.

Uitto, Jorma 1950: Vankien ehdonalaiseen vapauteen päästäminen ja sen edellytykset. Vammala 1950.

Utriainen; Terttu 1984: Syyllisyys muuttuvana käsitteenä. Vammala 1984.

Uusitalo, Hannu 1973: Sosiaalisesta oikeudenmukaisuudesta. Helsingin yliopiston yksityisoikeuden laitoksen julkaisusarja B:13. Helsinki 1973.

Uusitalo, Paavo 1968: Vankila ja työsiirtola rangaistuksena. Helsinki 1968.

Vandberg, Viktor 1982: Recht und Staat. Tübingen 1982.

Vapausrangaistuskomitea 1969: Komiteanmietintö 1969:A4. Helsinki 1969.

Victor, Dag 1977: Rättssystem och vetenskap. Stockholm 1977.

— » — 1980: Sentencing guidelines—strafbestämning i USA. Teoksessa Påföljdsval, Straffmätning och Straffvärde. Brå 1980:2 s. 203-218. Stockholm 1980.

— » — 1980a: Nyklassisk straffrätt?—Några praktiska refleksioner. Teoksessa Straff och rättfärdighet—ny nordisk debatt. s.206-213. Stockholm 1980.

— » — 1981: Rättsmedvetande och Straffvärde. Esitelmä Pohjoismaisen Kriminalistiyhdistyksen vuosikokouksen pöytäkirjat 1981. (Keskustelut 1981a)

Vidmar, Neil—Miller, Dale 1980: Socialpsychological processes underlying attitudes toward legal punishment. Law & Society Review 1980 s.

Vikatmaa, Juha 1970: Erehdyksestä. Turku 1970.

— » — 1972: Tuomarin harkinta rikosjutuissa. Juhlajulkaisu Y.J. Hakulinen s.263-273. Vammala 1972.

Viljanen, Pekka 1984: Virkarikoksista. Vammala 1984.

— » — 1987: Tuomioistuimen maallikkojäsenen rikosoikeudellinen vastuu ja alioikeusuudistus. LM 1987 s.1-17.

Vilkkonen, Eero 1970: Hallintotoimen mitättömyydestä. Vammala 1970.

— » — 1979: Oikeudellista lähdemateriaalia (toim. Makkonen, Kaarle). Helsinki 1979.

Virolainen, Jyrki 1977: Reformatio in pejus kiellosta. Tutkimus tuomioistuinten tutkimis-

vallan laajuudesta yksipuolisessa muutoksenhaussa erityisesti rikosprosessia silmällä pitäen. Vammala 1977.

Waaben, Knud 1957: Det kriminella forsaet. 1957.

— » — 1975: Almindelige ansvarsbegreber i strafferetten. UfR 1975 s.1-26.

Walker, Nigel 1972: Sentencing in a Rational Society. Suffolk 1972.

— » — 1980: Punishment, Danger and Stigma. Oxford 1980

— » — 1985: Sentencing. Theory, Law and Practice. London 1985.

Warda, Günter 1979: Grundzüge der strafrechtlichen Irrtumslehre (4. Teil). Jura 1979/Heft 6 s.286-297.

Warnock, G.E. 1971: The Object of Morality. 1971.

Wasserström, Richard 1961: The Judicial Decision. Stanford 1961.

— » — 1977: Some Problems with Theories of Punishment. Teoksessa Cederblom-Blizek (toim.): Justice and Punishment. 1977.

— » — 1980: Punishment. Teoksessa Wasserström: Philosophy and Punishment: Five Studies. Notre Dame 1980.

Weigend, Thomas 1983: Sentencing in West Germany. Teoksessa Reform and Punishment (toim. Tonry—Zimring) Chicago 1983.

Welzel, Hans 1969: Das deutsches Strafrecht. 11 p. Berlin 1969.

Wennberg, Susan 1985: Försök till brotten. Stockholm 1985.

Werdnt, von 1956: Die Strafzumessung unter besonderen Berücksichtigung der lüzernischen Gerichtspraxis bei Diebstahl. 1956.

Wessels, Johannes 1980: Strafrecht. Allgemeiner Teil. 10 p. Heidelberg - Karslruhe 1980.

Westen, Peter 1982: The Empty Idea of Equality. Harward Law Review 1982 s.537-596.

— » — 1983: The Meaning of Equality in Law, Science, Math, and Morals: A Reply. Michigan Law Review 1983 s.604-663.

Westermarck, Edward 1933: Moraalin synty ja kehitys. Porvoo 1933.

Wilkins, Leslie 1980: Sentencing Guidelines to Reduce Disparity. CrimLR 1980 s.201-214.

— » — 1981: The Principles of Sentencing: Methodological and Philosophical Issues in Their Development. Washington 1981.

Wilkins ym. 1978: Wilkins, Leslie, Kress, Jack, Gottfredson, Don, Calpin, Joseph, Gelman, Arthur: Sentencing Guidelines: Structuring Judicial Discretion. Report on the Feasibility Study. Washington 1978.

Williams, Glanville 1961: Criminal Law. General Part. 1961.

— » — 1983: Textbook of Criminal Law. 2 p. London 1983.

Wilson, James 1975/1983: Thinking about Crime. New York 1975. 2 p. 1983.

Wittenbeck, Siegfrid—Schindler, Richard 1970: Sozialistische Gerechtigkeit und Strafzumessung. NJ 1970 s.565-569.

Wolter, Jürgen 1984: Objektive und Personale Zurechnung zum Unrecht - Zugleich ein Beitrag zur aberratio ictus und objektiven Strafbarkeitsbedingungen. Teoksessa Schünemann-Achenbach (toim.): Grundfragen des modernen Strafrechtsystems s.103-134. Berlin-New York 1984.

Wright, Georg, Henrik von 1971: Explanation and Understanding. London 1971.

— » — 1986: Filosofisia tutkielmia. Juva 1985.

Wroblewsky, Jerzy 1978: Axiological Problems of Legal Informatics. Festschrift Helmut Schelsky 1978.

Zimring, Franklin—Hawkins, Gordon 1973: Deterrence. The Legal Threat in Crime Control. Chicago 1973.

— » — 1981: Making the Punishment Fit the Crime: A Consumer's Guide to Sentencing Reform. Gross-von Hirsch: Sentencing 1981 s.327-333.

Zipf, Heinz 1969: Die Strafmassrevisionen. München 1969.

— » — 1977: Strafzumessung (eripainos Maurach-Zipf 1978).

— » — 1978: Die "Verteidigung der Rechtsordnung". Festschrift Hans-Jürgen Bruns s.205-222. Köln-Berlin-Bonn-München 1978.

— » — 1980: Kriminalpolitik. 2 p. Heidelberg—Karlsruhe 1980.

Zippelius, Reinhold 1969: Die Verwendung von Typen in Normen und Prognosen. Festschrift Karl Engisch 1969 s.224-242.

LYHENTEITÄ

A = Asetus
AO = Alioikeus
ARSP = Archiv für Rechts- und Sozialphilosophie
BrB = Brottsbalken 21. 12. 1962 (Ruotsi)
Brå = Bråttsförebyggande rådet (Ruotsi)
DL = Defensor Legis
EhdL = Laki ehdollisesta rangaistuksesta 13. 2. 1976/135
GA = Goltdammer's Archiv für Strafrecht
HE = Hallituksen esitys
HHO = Helsingin hovioikeus
HO = Hovioikeus
ISHO = Itä-Suomen hovioikeus
JFT = Tidskrift, utgiven af Juridiska Föreningen i Finland
KKO = Korkein oikeus
KOHO = Kouvolan hovioikeus
L = Laki
LavM = Lakivaliokunnan mietintö
LM = Lakimies
LoR = Lov og Rett
Ltk = Laintarkastuskunnan lausunto
NKÅ = Nordisk kriminalistisk årsbok
NTfK = Nordisk Tidsskrift for Kriminalvidenskab
NTfS = Nordisk Tidsskrift for Strafferet
NuorRikL = Laki nuorista rikoksentekijöistä 31. 5. 1940/262
Oka = Valtioneuvoston oikeuskanslerin kertomus
RHO = Rovaniemen hovioikeus
RL = Rikoslaki 19. 12. 1889/39
RTA = Asetus rangaistusten täytäntöönpanosta 19. 12. 1889/39
RVA = Asetus rikoslain voimaanpanemisesta 19. 12. 1889/39
SOU = Statens offentliga utredningar (Ruotsi)
SPL = Suomen Poliisilehti (Turku)
StGB = Strafgesetzbuch 2. 1. 1975 (Saksan liittotasavalta)
SvJT = Svensk Juristtidning (Stockholm)
TfR = Tidsskrift for Rettsvitenskap
THO = Turun hovioikeus
TLL = Tieliikennelaki 3. 4. 1981/267
VaarRikL = Laki vaarallisten rikoksenuusijoiden eristämisestä 9. 7. 1953/317
VHO = Vaasan hovioikeus
ZStW = Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft
ÖStGB = Strafgesetzbuch 23. 1. 1974 (Itävalta)

LUKU I

JOHDANTO

A. TEEMA JA AJANKOHTA

Vuonna 1976 toteutetulla lainmuutoksella rikoslain 6 luvun uusimista koskevat määräykset korvattiin yleisillä rangaistuksen mittaamisohjeilla (3.6.1976/466). Määräyksiä perusteltiin oikeusturvasyin. ''Rangaistuksen mittaamista voidaan pitää yhtenä syytetylle tärkeimmistä asioista rikosoikeudenkäynnissä. Sen vuoksi rangaistuksen mittaamisessa noudatettavien sääntöjen täsmentäminen säätämällä niistä kirjoitetussa laissa lisäisi syytetyn oikeusturvaa'' (HE 125/1975 II vp.s.1). Vastaavia uudistuksia toteutettiin samoihin aikoihin myös muualla Euroopassa.[1] Ruotsissa on äskettäin ehdotettu yleisten rangaistuksen määräämistä koskevien säännösten sisällyttämistä rikoslakiin (SOU 1986:13—15). Asia on pohdittavana myös Norjassa (NOU 1983:57). Vuonna 1984 pohjoismainen rikosoikeuskomitea julkaisi aiheesta mietinnön (NU 1984:2). Euroopan neuvosto on myös asettanut alakomitean tutkimaan mittaamisen oikeudellista sääntelyä Euroopan eri valtioissa. Mittaamiseen kohdistuvaa kasvavaa mielenkiintoa todistavat edelleen erilaisten ohjerangaistusjärjestelmien käyttöönotto suuressa osassa Yhdysvaltoja viimeisen kymmenen vuoden aikana[2], samoin kuin teemasta eri puolilla ilmestyvät systemaattiset perustutkimukset.[3] Ajankohta rangaistuksen määräämistä koskevan tutkimuksen tekemiseen on siis mitä otollisin.

[1] Ks. erityisesti Itävallan rikoslain 32—34 §§ vuodelta 1975 sekä Saksan liittotasavallan rikoslain nykyinen 46 § vuodelta 1969 (alun alkaen StGB 13 §).

[2] Vuoden 1984 loppuun mennessä yli 25 osavaltiota oli ottanut käyttöön erilaiset ''Sentencing Guidelines'' järjestelmät. Menetelmää ollaan soveltamassa myös liittovaltiotasolla, ks. *Moore-Miethe* 1986 s.254 ja yleisesittelyä teoksessa *Jareborg-von Hirsch* 1984.

[3] Runsaan kymmenen vuoden aikana ilmestyneistä perusteoksista mainittakoon *Ashworth* 1983 ja *Walker* 1985 (Englanti), *Bruns* 1974 (1 p 1967, Saksan liittotasavalta), *Dolcini* 1979 (Italia), *Kress* 1980 (Yhdysvallat), *Pallin* 1982 (Itävalta) ja *Ruby* 1980 (Kanada).

B. RANGAISTUKSEN MÄÄRÄÄMISTÄ KOSKEVASTA TUTKIMUKSESTA

Teema ei ole vain kansainvälisesti ajankohtainen ja käytännöllisesti merkittävä — se on myös monin tavoin teoreettisesti kiinnostava. Mittaamistutkimus ei tunne tieteiden tai tutkimustapojen välisiä rajoja. Otsikolla "Rangaistuksen määrääminen" (Sentencing, Strafzumessung, Straffmätning) julkaistu tutkimus voidaan metodiensa ja tavoitteidensa perusteella jakaa karkeasti lainopilliseen, empiiriseen ja ratkaisuteoreettiseen.[4]

Lainopillisen mittaamistutkimuksen tehtävänä on mittaamisperusteiden systematisointi ja tulkinta. Muun lainopillisen tutkimuksen tavoin perinteellä on kiinteät sidokset saksalaiseen oikeustieteeseen. Aiheesta onkin tällä kielialueella julkaistu joukko laajoja yleisteoksia.[5] Keskeisiä erillisteemoja ovat olleet muutoksenhaku (habilitaatiotöitä *Zipf* 1969 ja *Frisch* 1971), kaksinkertaisen kvalifioinnin ongelma (habilitaatiotöitä *Hettinger* 1982 ja *Timpe* 1983), eri rangaistusteorioiden merkitys ja osuus mittaamispäätöksessä[6], rangaistusasteikot ja mittaaminen[7] sekä yksittäisten mittaamisperusteiden tulkinta.[8] Systemaattisia tulkintasuosituksiin tähtääviä esityksiä on 1970-luvulta lähtien julkaistu

---

[4] Ulkopuolelle jää tällöin vielä suurin osa mittaamistutkimuksissa perusmateriaalina käytetystä aineksesta. Erillisen maininnan ansaitsevat rangaistuksen vaikutuksia koskevat kriminologiset ja kriminaalipoliittiset selvitykset, rikosoikeuden ja rangaistusjärjestelmän justifikaatiota käsittelevät oikeus- ja yhteiskuntafilosofiset erittelyt sekä rikosoikeuden yleiset opit kokonaisuudessaan. Rangaistuksen määräämistä onkin onnistuneesti luonnehdittu "rikosoikeuden mikrokosmokseksi" (*Zipf* 1969 s.100). Se sivuaa jokseenkin kaikkia rangaistuksen käyttöön liittyviä ongelmia.

[5] Saksan liittotasavallassa standarditeoksen aseman on saavuttanut *Bruns* 1974 siitä laadittuine tiivistelmineen (*Bruns* 1980 ja 1985). Kommentaareista ks. erityisesti *Hirsch* LK 46 §, *Schönke-Schröder, (Rudolphi)-Horn-(Samson)* 1977 46 §, ja *Dreher-Tröndle* 46 §. Oppikirjaesityksistä ks. erityisesti *Maurach-Zipf* 1978/1984 sekä *Jescheck* 1978.

[6] Ks. esimerkiksi keskustelusta "Spielraum- ja Stellenwert-teorioiden" välillä (ks. *Bruns* 1977, *Henkel* 1969, *Horn* 1975 ja 1978, *Roxin* 1977 ja 1978, *Schaffstein* 1973 ja *Schöch* 1975).

[7] Habilitaatiotyönä *Montenbruck* 1983, yksittäisistä kirjoituksista ks. esim. *Hassemer* 1968 ja *Dreher* 1978.

[8] Saksan liittotasavallassa viime aikoina julkaistuista tutkimuksista ks. esim. *Frisch* 1972 (syyksiluettavat seuraukset mittaamisperusteena), *Rautenberg* 1980 (vähentynyt syyntakeisuus mittaamisperusteena), *Härzel* 1973 (uusiminen), *Hertz* 1973 (teonjälkeisen käyttäytymisen merkitys mittaamisperusteena), *Groth* 1975 (rangaistuksen heijastusvaikutukset mittaamisperusteena), *Hillenkamp* 1981 ja *Maeck* 1982 (uhrin ja hänen käyttäytymisensä merkitys mittaamisessa), *Metzen* 1977 laiminlyönti mittaamisperusteena jne.

jonkin verran myös anglosaksisella kielialueella ja lähinnä Englannissa.[9] Alan pohjoismaisina ja kotimaisina standarditeoksina ovat edelleen von Eybenin ja Nousiaisen väitöskirjatyöt (*von Eyben* 1950 ja *Nousiainen* 1961). Teemasta on meillä julkaistu lisäksi useampia pienempiä kirjoitelmia.[10]

Mittaamistutkimusten toiseksi pääryhmäksi on usein luettu *empiiriset tilastoselvitykset* (*Nousiainen* 1961 s.11—12 ja *von Eyben* 1950 s.8 ss). Yksinkertaisimmillaan empiirinen selvitys vain *kuvaa* käytäntöjä ja siinä mahdollisesti olevia eroja.[11] Seuraavaa vaihetta edustavissa *selittävissä tutkimuksissa* on amerikkalaisen realismin hengessä pyritty kartoittamaan erilaisten ulkojuridisten tekijöiden vaikutusta lopputulokseen.[12] Myöhempää vaihetta edustavissa saksalaisen kielialueen esityksissä on paino ollut taas ensisijaisesti ns. legaalisten mittaamisperusteiden selvittelyssä.[13] Empiiristen tutkimusten kolmantena ryhmänä ovat sofistikoidut ratkaisutoiminnan *ymmärtämiseen* ja *psykologisiin mekanismeihin* keskittyvät tutkimukset (erit. *Hogarth* 1971 ja *Streng* 1984).

Empiiristä mittaamistutkimusta on Suomessa harrastettu 1960-luvulta lähtien.[14] Rikoslain 6 luvun uudistamisen jälkeen ilmestyi sarja tutkimuksia ja

[9] Perusteoksia ovat *Thomas* 1971 ja 1979, *Cross* 1981, *Ashworth* 1983 sekä *Walker* 1980 ja sama 1985.

[10] Varhaisista esityksistä ks. *Nordling* 1864 ja *Annerstedt* 1869 sekä ennen kaikkea *Forsmanin* "Sananen tekeillä olevasta Rikoslaista, etenkin rangaistuksen punnitsemiseen nähden" (*Forsman* 1884). Siinä hahmotetut kannanotot siirtyivät sittemin Forsmanin luentojen pohjalta laadittuun oppikirjaan (*Forsman* 1930 s.524 ss.). Vuosisadan alkupuolella teemasta ilmeistyi myös Lauri *Pentin* 60 sivuinen kirjoitus, johon oli koottuu lähinnä Forsmanin ja saksalaisten esikuvien keskeiset mittaamisperusteita koskevat kannanotot (*Pentti* 1922). Muut asiaa nimenomaisesti koskevat kirjoitukset olivat historiallispainotteisia (mm. *Hemmerin* väitöskirjatyö "Studier rörande straffutmätningen i medeltida svensk rätt", *Hemmer* 1928 ja *Ellilän* virkaanastujaisesitelmä "Rangaistuksen mittaamisen historiallisista kehitysvaiheista" (*Ellilä* 1949a). Teemaa on kosketeltu sivukysymyksenä väitöskirjoissa *Ellilä* 1949 s.54 ss, *Hiltunen* 1951 s.116 ss. ja *Lahti* 1974 s.294 ss. Rikoslain 6 luvun säätämisen jälkeen ja siihen liittyen aiheesta on ilmestynyt useampiakin kirjoituksia (mm. *Anttila* 1973, 1980, *Heinonen* 1976 ja 1977, *Lehtimaja* 1976, *Lindholm* 1972 ja 1980 ja *Tuominen* 1981).

[11] Saksalaisten esitysten pioneerityö on *Exner* 1931 ja anglosaksisella kielialueella *Everson* 1919 sekä *Gaudet* 1949.

[12] Ratkaisukäyttäytymistä on tällöin selitetty milloin poliittisten arvojen ja asenteiden sekä roolikäsitysten, milloin tuomareiden taustaominaisuuksien ja pienryhmävaikutuksen avulla (ks. selostuksia teoksessa *Grossman-Tanenhaus* 1969 s.10 ss sekä *Blom* 1973).

[13] Asetelma edellytti siis normatiivista esiteoriaa. Tällaista oli muotoiltu etenkin saksalaisen kielialueen mittaamislainopissa. Legaalisten perusteiden merkitystä selvittäneistä tutkimuksista ks. esim. *von Laum* 1960, *Lewerenz* 1968, *Stoecklin* 1971, *Schöch* 1973 sekä *Hassemer R.* 1983 ja sama 1986.

[14] Ensimmäinen kotimainen selvitys oli *Anttila-Westling* 1962 (ks. myös keskustelua

pienempiä kirjoitelmia, joissa paino oli käytännön kuvausten ohella kriittisillä kriminaalipoliittisilla kannanotoilla ja suosituksilla.[15]

Lainopin ja oikeuskäytännön tilastollisten analyysien ohella on laadittu esityksiä ja eräänlaisia malleja itse *päätöksentekoprosessin ja ratkaisutoiminnan ohjaamiseksi*. Tähän ryhmään kuuluvat esimerkiksi erilaiset oikeusinformatiikan alaan luettavissa olevat esitykset[16], samoin kuin Yhdysvalloissa nopeasti kasvanut "Sentencing Guidelines" tutkimus.[17] Yhteisenä piirteenä on pyrkimys pikemminkin menetelmän ja muotojen kuin aineellisten ratkaisuperusteiden kehittämiseen.

C. NÄKÖKULMAN VALINTA JA TUTKIMUSTEHTÄVÄN ASETTAMINEN

1. Näkökulman valintaa

Mittaamistutkimus voi siis asettaa vastattavaksi monenlaisia kysymyksiä ja etsiä myös vastauksia eri tieteenalojen lähestymistapoja yhdistellen. Vaikka tietei-

---

Salmiala 1963 s.54 ja 124 ss. ja *Anttila-Westling* 1963). Kvantitatiivisten rikoskohtaisten analyysien sarjassa seurasivat sittemmin *Aholan* rattijuoppojen rankaisemista selvittelevä työ (*Ahola (Rissanen)* 1966), raportit *Lappi-Seppälä* 1976 (oheissakko ja ehdollinen rangaistus), 1978 (liikennejuopumus) ja 1982 (varkaus- pahoinpitely- ja petosrikokset) sekä *Lindstedt* 1986 (sotilasrikokset). Päätöksentekoprosessiin vaikuttavia tekijöitä on selvitetty empiirisesti lähinnä tutkimuksessa *Blom* 1979 (ja myös sama 1973, ks. myös *Mäkelä* 1966).

[15] Huomattava osa materiaalista kertyi erityyppisiltä tuomareille järjestetyiltä tiedotus- ja koulutuspäiviltä. Ks. julkaisuja "Rikoslain 6 luvun uudistaminen" (Oikeusministeriön lainsäädäntöosaston julkaisuja 6/1976), "Sakko- ja liikennejuopumussäännöstöjen uudistaminen" (Oikeusministeriön lainvalmisteluosaston julkaisuja 11/1977) sekä "Rangaistuksen mittaamisesta" (Lakimiesliiton koulutuskeskuksen julkaisusarja 28/1980). Ks. myös kirjoituksia edellä alaviitteessä 10.

[16] Ks. erit. *Haag* 1970, *von Linstov* 1974 ja kriittisemmin *Hassemer* 1972 sekä sama 1978. Juridinen näkökulma ei etenkään anglosaksisella kielialueella ole itsestään selvyys: "It is our belief that problems of sentencing are not well specified in terms of law, but rather that information science and philosophy are much more relevant" (*Wilkins* 1981 s.56). Samoin *Coffee*: "Sentencing is a decisionmaking process which, to be controlled, must be analyzed as a problem in cognitive psychology and not simply in terms of the reach of the due process clause" (*Coffee* 1978 s.1052 ja sama 986 ss).

[17] Ks. kirjoituksia teoksissa *Gross- von Hirsch* 1981 ja *Jareborg-von Hirsch* 1984. Sentencing Guidelines tutkimuksesta ja tuloksista vuoteen 1980 mennessä on laadittu yhteenveto ja selvitys myös teoksessa *Kress* 1980.

den välisellä tutkimusotteella onkin rikollisuutta koskevassa tutkimuksessa jo muutoinkin runsaat perinteet,[18] edellyttää rangaistuksen määräämistä koskevien ongelmien hedelmällinen käsittely ehkä yleiseen rikosoikeustutkimukseenkin nähden tavallista monipuolisempaa metodiikkaa.[19] Temaattinen kiinteys edellyttää kuitenkin rajausta ja näkökulman valintaa. Tämän työn lähtökohtana on mittaamisen tarkastelu *oikeudellisen sääntelyn ongelmana*. Pyritään hahmottamaan vastausta siihen, kuinka päätyä oikeuslähteistä lopputulokseen, joka parhaalla mahdollisella tavalla täyttää oikeusturvan aineellisen ja muodollisen puolen — kohtelee ihmisiä yhdenvertaisesti ja oikeudenmukaisesti.

Siirtymää lähteistä oikeusseuraamukseen voi *Aarnion* käyttämää kolmijakoa seuraten tarkastella justifioinnin, heuristiikan ja selittämisen kannalta.[20] Justifioinnissa on kyse tietyn lopputuloksen perustelemisesta. Justifiointia koskeva teoria vastaa kysymykseen, kuinka tietty rangaistuksen mittaamisratkaisu on osoitettavissa oikeaksi ts. oikeusjärjestyksen mukaiseksi (ks. *Aarnio* 1975 s.127-128). Selittämisessä tehtävänä on kertoa, miksi ratkaisija päätyi esittämäänsä lopputulokseen, miksi hän toimi niin kuin toimi (*Aarnio* 1975 s.128-129). Heuristisessa kuvauksessa käytetyt perusteet ja lopputulos ovat tavallaan jo annetut. Tehtävänä on vain lausua, kuinka kaikki oikein tapahtui. Miten ja missä järjestyksessä päätös eteni, miten ratkaisu keksittiin ja miten se muotoiltiin. Voidaan pitäytyä vain tosiasiallisen perusteluprosessin ja ratkaisun löytämisen hahmottamiseen, mutta voidaan myös esittää suosituksia

---

[18] Ks. tämän osalta tarkemmin *Lahti* 1974 s.1 ss ja sama 1976 s.507 ss viitteineen. Eri vaihtoehtoja ovat vanhastaan edustaneet rikosoikeustiede, rikosprosessioikeus, kriminologia, kriminalistiikka, kriminaali- ja kontrollipolitiikka, oikeuspsykiatria ja oikeuslääketiede (ks. erit. *Lahti* 1976 s.509 lähteineen). Kannan ottaminen määritelmäkysymyksiin (esim. "kriminaalipolitiikkaa vai rikosoikeutta") ei ole tärkeätä. Samoin *Anttila-Törnudd*: "Kunkin erillisen tutkimuksen tavoitteiden selvittäminen ja ilmaiseminen on huomattavasti tärkeämpää kuin pohdinta siitä, mihin rajattuun kokonaisuuteen tutkimus on luettava" (*Anttila-Törnudd* 1983 s.21).

[19] Kuten *Nousiainen* tutkimuskohteestaan toteaa: "Probleemaa tutkittaessa ollaan niinmuodoin alati vedenjakajalla metafyysisen ja empiirisen tieteenharjoittamisen välillä. Mittaamisoppi joutuukin ponnistelemaan ylivoimaisilta näyttävissä vaikeuksissa koettaessaan yhdistää irrationaaliset ja rationaaliset ainekset harmooniseen sopusointuun" (*Nousiainen* 1961 s.1).

[20] Selkeimmillään ero on ratkaisun löytämisen (tekemisen) ja perustelemisen (todistamisen) välillä ks. *Wasserström* 1961 s.25 ss. ("the context of discovery, the contex of justification"), *Bjarup* 1974 s.154-155, *Makkonen* 1965 s.839 ss. ("keksimisen tie ja todistamisen tie"), *Aarnio* 1975 s.126 ss, 1975a s.322 ss sekä 1982 s.32 ss. ja *Klami* 1983 s.154-155 ("justifikaatio-heuristiikka-tulosvastuisuus"). Erittelyn problematisoinnista ks. myös *Golding* 1986 s.124 ss. ja *Alexy* 1978 s.54 alav.3.

siitä, millaisia reittejä päätöksen pitäisi edetä (deskriptiivinen ja normatiivinen heuristiikka, ks. *Aarnio* 1975 s.129-130).

Kolmijako vastaa karkeasti jo suoritettua mittaamistutkimuksen ryhmittelyä. Mittaamislainoppi esitti justifioivan teorian, amerikkalaisen realismin hengessä laaditut empiiriset mittaukset selittivät päätöksentekoa, kun taas päätöksentekoprosessin muovaamiseen tähtäävät ehdotukset olivat kiinnostuneita (normatiivisesta) heuristiikasta. Näiden näkökulmien merkitys ja käyttöarvo vaihtelee sen mukaan, kenen kannalta asiaa tarkastelee. Rangaistusta mittaava tuomari kaipaa ymmärrettävästi tietoa perusteista, jotka tulee "voimassa olevan oikeuden mukaan" asettaa ratkaisun pohjaksi (justifiointi). Kriminaalipoliittisen suunnittelun ja lainsäätäjän kannalta on tärkeä pohtia myös erilaisia oikeudellisia sääntelymalleja (normatiivinen heuristiikka). Yleisö on todennäköisesti kiinnostunut mittaamiseen "todella" vaikuttavista seikoista (selittäminen). Nyt käsillä oleva tutkimuksen ensimmäinen osa (teoria ja yleinen osa) on painottunut justifikaation ja heuristiikan ongelmiin. Tätä voi pitää juridisen sääntelyn kannalta primäärinä: tarvitaan systemaattista erittelyä sekä niistä periaatteista ja perusteista, joiden nojalla tehdyt ratkaisut ovat aineellisesti hyväksyttävissä, kuin myös välineitä, joiden avulla nämä ratkaisut parhaiten ja varmimmin löydetään. Tuomarin tehtävänähän on - Engischin sanoin - "*Findung* einer durch das Gesetz *begründeten* Entscheidung" (*Engisch* 1971 s.49 kursiv. tässä).[21] Myöhemmin julkaistava II osa (erityinen osa ja empiria) keskittyy lähemmin käytäntöjen kvantitatiiviseen analyysiin.

2. Jäsennys ja rajaus

2.1. Mittaaminen ja mittaamisperusteet

Jo vuosisadan alkupuolen oikeuskirjallisuus erotti toisistaan "opin rangaistuksen mittaamisesta ja opin rangaistuksen mittaamisperusteista" (ks. *Hagströmer* 1901—1905 s. 475). *Ellilä* kuvaa tätä eroa seuraavasti: "Rangaistuksen määräämisoppi jakaantuu kahteen osaan: oppiin rangaistuksen määräämisestä ja oppiin rangaistuksen määräämisperusteista. Ensinmainitussa on kysymys siitä, mitkä ominaisuudet rikoksessa on otettava huomioon, kun on määrättävä relatiivinen rangaistavuus, ja mikä vaikutus tällöin on annettava näille ominaisuuksille. Kun mainitut ominaisuudet ja niiden vaikutuksen laatu ja määrä

[21] Hassemerin tavoin mittaamisopin keskeiseksi tehtäväksi voidaankin asettaa heuristiikan ja justifikaation lähentäminen ("Annäherung von Herstellung und Darstellung", *Hassemer* 1978 s. 92).

on saatu selville ja täten todettu rikoksen relatiivinen rangaistavuus, koskee viimeksimainittu oppi kysymystä siitä, kuinka tätä rangaistavuutta vastaava kokonaismäärä on löydettävissä" (*Ellilä* 1949 s.56 viitteineen).

Tässä esityksessä tuota jakoa seurataan hieman soveltaen siten, että "oppi rangaistuksen määräämisestä" liitetään laajempaan oikeudellisen sääntelyn teoriaa koskevaan kokonaisuuteen. Varsinaisen mittaamisargumentaation ohella tähän kuuluu normiteoria, heurististen apuvälineiden tarkastelu sekä tehtävänjako lainsäätäjän ja lainkäyttäjän välillä. Tämän mittaamisen metateorian aineellisoikeudellisena vastineena on sitten "oppi rangaistuksen mittaamisperusteista".

2.2. *Lainsäätäjän ja tuomarin näkökulma*

Mittaaminen ymmärretään suppeimmillaan tuomarin toiminnaksi asteikon puitteissa. Laajimmillaan siihen sisällytettäisiin esimerkiksi lainsäätäjän toiminta rikosten määrittelemiseksi, asteikkojen sekä rangaistuslajien vahvistamiseksi ja soveltamiseksi.[22] Erottelu lainsäätäjän ja lainkäyttäjän toiminnan välillä ei ole tutkimuksen rajausperusteena onnistunut. Roolien erot ja tehtävien ominaispiirteet ovat ensinnäkin ex ante epäselvät ja täsmennettävissä vain tutkimuksen avulla. Mittaamisessa vaikuttavaa argumenttimateriaalia ei toisaalta voi jakaa seikkoihin, joilla on merkitys yksin lainsäädäntötasolla, ja perusteisiin, jotka vaikuttavat vain tuomitsemistasolla. Lainkäyttäjä joutuu perustamaan ratkaisunsa suurelta osin samoihin näkökohtiin, jotka ovat tai joiden tulisi olla myös lainsäätäjän toiminnan perustana.

Erottelu lainsäätäjän ja lainkäyttäjän toiminnan välillä ei kelpaa työn rajausperusteeksi. Se on yksi tutkimuksen (teoriaosan) *kohteista.*[23] Aineellisella

---

[22] *Nousiainen* rajoittaakin tutkimuksensa koskemaan erityisesti tuomarin mittaamistoimintaa oikean rangaistusmäärän tavoittamiseksi normaalilatitudin puitteissa (*Nousiainen* 1961 s.10, laajassa merkityksessä aihetta käsittelee taas esim. *Lindstedt* 1947 s.104 ss). Ero tuotiin vanhemmassa saksalaisessa mittaamisopissa esiin termein "Strafbemessung" ja "Strafzumessung" (jälkimmäinen kuvasi tuomarin toimintaa, ks. *von Eyben* 1950 s.16 alav. 56 mainitut lähteet).

[23] Erottelun suhteellisuudesta ja käyttökelpoisuudesta rajausperusteena *von Eyben* toteaakin oikein: "Realiteten i sage er, at det naeppe lönner sig at behandle disse 2 spörgsmål isolerat. I denne fremstilling söges fastslået såvel de principper, der følges eller bör følges af lovgiveren, som dem, der følges eller bör følges af dommeren. Det er nödvendigt at tage stilling til begge spörgsmål, da man her i saerlig grad står overfor en "retlig standard", hvor loven först får det rigtige indhold, når den er udfyldt med den retspraksis eller saedvane, der har dannet sig" (*von Eyben* 1950 s.17). Myös saksalaisen kielialueen uudempi mittaamisoppi korostaa toimintojen erilaisuuden sijasta niiden keskinäistä yhteyttä ("Die Koopera-

puolella on selvitettävä, mihin periaatteisiin ja konkreettisempiin perusteisiin ylipäätään tulisi kiinnittää huomio rangaistuksen käytöstä päätettäessä, ja mitkä näistä seikoista ovat erityisesti lainsäädäntötason, ja mitkä lainkäyttötason perusteita. Työn *jäsennysperusteena* lainsäätäjän ja lainkäyttäjän näkökulmien välisellä erolla on merkitystä sikäli, että tutkimuksessa kuljetaan mittaamisperiaatteiden ja perusteiden täsmentymisen myötä johdonmukaisesti kohden konkreettisempaa lainsoveltamistilannetta.

2.3. Mittaamisen osaratkaisut

Mittaamistutkimuksia on rajattu myös jakamalla rangaistuksen määrääminen eri vaiheisiin, joista vain osa valittaisiin sitten tarkastelun kohteeksi. Saksalaisella kielialueella erotetaan tätä näkökulmaa seuraten mittaaminen laajassa ja suppeassa merkityksessä.[24] Samaa systematiikkaa noudattaen Nousiainen luki mittaamiseen laajassa merkityksessä "rangaistuksen muuttamisen, ehdollisen tuomion määräämisen, reaalikonkurrenssi-ilmiön sekä rangaistuksen määräämisestä luopumisen". Suppeassa merkityksessä mittaaminen kattaisi valinnan sakon ja vankeuden välillä sekä näiden rangaistuslajien mukaisen määrän vahvistamisen valitun asteikon sisällä (ks. tarkemmin *Nousiainen* 1961 s.4 ss viitteineen). Nousiaisen esitystä hieman tarkentaen rangaistuksen mittaaminen "laajassa merkityksessä" voisi sisältää ainakin seuraavat mittaamisen osaratkaisut:

(1) perustunnusmerkistöstä päättäminen,
(2) sivutunnusmerkistön tai sivuasteikon valinta,
(3) rangaistusasteikon muuntaminen RL 3:2:n mukaan,
(4) asteikosta poikkeaminen RL 3:5[2]:n mukaan,
(5) toimenpiteistä luopumisen mahdollisuus,
(6) päärangaistuslajien valinta,
(7) rangaistuksen ehdollisuudesta päättäminen,
(8) päärangaistuksen ankaruudesta päättäminen,
(9) aikaisempien rangaistusten täytäntöönpanoa koskevat määräykset,

tion zwischen Gesetzgeber und Richter bei det Strafzumessung bedingt eine gemeinsame Verantwortung für das richtige Strafmass", *Maurach-Zipf* 1978 s.413, ks. myös mitä tekstissä seuraa).

[24] "Die Strafzumessung im engeren und weiteren Sinn", esim. *Bruns* 1974 s.38 ss ja *Maurach-Zipf* 1978 s.415. Ensin mainittu sisältää rangaistuksen "suuruudesta" päättämisen ("Fixerung des konkreten Strafmasses"). Mittaamiseen laajassa mielessä (StrZ i.w.S.) kuuluvat mm. rangaistuksen määräämisestä luopuminen (Absehen von Strafe), rangaistuksen määrääminen ehdolliseksi (Strafaussetzung zur Bewährung), tutkintavankeusajan vähentäminen sekä asteikon vahvistaminen (ks. *Bruns* 1974 s.40—46 sekä myös *Maurach-Zipf* 1978 s.483 ss).

(10) mitatusta rangaistuksesta tehtävät vähennykset,
(11) pakkolaitoslausuman harkitseminen,
(12) erityisseuraamusten määrääminen (ajokielto, konfiskaatio sekä ns. erityiset pää- ja sivurangaistukset).

Näistä neljä ensimmäistä perustuu tavallaan käytössä oleviin lainkirjoitusteknisiin järjestelyihin. Loput seitsemän (5—12) pohjaavat enemmänkin voimassa olevan seuraamusjärjestelmän sisältöön. *Nousiainen* rajasi oman tutkimuksensa kysymyksiin 6 ja 8. Rangaistuksen ehdollisuudesta päättäminen (7) jäi "rangaistuksen täytäntöönpanoa koskevana kriminaalipoliittisena ratkaisuna" varsinaisen mittaamisen ulkopuolelle (*Nousiainen* 1961 s.9).

Jos tavoitteena on tutkia perusteita, jotka vaikuttavat sekä rangaistuksen suuruudesta päättämiseen valitun asteikon sisällä että valintaan päärangaistuslajien välillä (mittaaminen suppeassa mielessä), ei voi sivuuttaa perusteita, joiden nojalla sovellettava asteikko valitaan tai joihin vedoten asteikosta poiketaan ja sitä muunnetaan. Jos nämä perusteet vaikuttavat itse asteikon muotoamiseen, sitä suurempi syy on otaksua niillä olevan vaikutusta myös ratkaisuun asteikon sisällä. Tahdottaessa tietoa mittaamiseen "suppeassa mielessä" vaikuttavista perusteista, on myös tieto mittaamista "laajassa mielessä" ohjaavista perusteista välttämätön.[25] Mitä erityisesti valintaan ehdollisen ja ehdottoman rangaistuksen välillä tulee, on siinä kyse eräästä käytännön kannalta tärkeimmästä osaratkaisuista. Kun Nousiaisen rajausperuste — oikeudellisten ja kriminaalipoliittisten kysymysten erottelu — on sitäpaitsi pettävä, ulotetaan tarkastelu lajivalintaan ehdollisen ja ehdottoman vankeuden välillä.[26] Ratkaisut 2—9 ovat tässä mielessä kaikki olennainen osa rangaistuksen määräämistä sellaisena, kuin se tässä tutkimuksessa ymmärretään. Niiden vaatima erilliskohtelu toteutetaan siten, että po. osaratkaisut ovat tutkimuksen luvun V jäsennysperusteita.

Lista tarjoaa myös mahdollisuuksia teeman varsinaiseen rajaukseen. Perustunnusmerkistön valinta oletetaan suoritetuksi (1). Ulkopuolelle jätettäviin erillisongelmiin kuuluvat edelleen pakkolaitokseen määräämisen edellytysten harkinta (11), tutkintavankeuden vähentäminen (10) sekä erityisseuraamusten määrääminen (12).

---

[25] Tätä yhteyttä on aiheesta korostettu myös uudemmassa saksalaisen kielialueen mittaamisopissa. Erottelusta onkin muotoutunut lähinnä esityksen jäsennys- ei rajausperuste. ("Rückwirkung der Strafzumessung im weiteren Sinne auf die Strafzumessung im engeren Sinne", *Maurach-Zipf* 1978 s.415 ja *Bruns* 1974 s.38 ss: "die Einheit der strafpolitischen Linie").

[26] Samalla tavoin myös *von Eyben* 1950 s.17. Myös *Heinonen* 1976 kohtelee ehdollista rangaistusta omana itsenäisenä päärangaistuslajina.

2.4. Yleinen ja erityinen

Jakoa rikosoikeuden yleiseen ja erityiseen osaan analogisesti soveltaen voidaan rangaistuksen määräämisen puolella erottaa yleisen osan kokonaisuudeksi kaikille rikoksille yhteiset ongelmat ja siirtää erityiseen osaan yksittäisten rikostyyppien tunnusmerkistöjen arvottamiseen liittyvät erityisongelmat. Yleisen ja erityisen osan välisen rajan epämääräisyys[27] tulee toisaalta täälläkin esille mm. siten, että rangaistuksen määräämisongelmien kattava tarkastelu yhdenkin tunnusmerkistön kannalta vetää nopeasti mukaansa koko mittaamisopin ''yleisen osan''. *Bruns* toteaakin erityisen osan jäävän lopulta huomattavan kapeaksi ja epäitsenäiseksi — ainakin jos sen alueeksi rajataan kysymykset, joilla on merkitystä vain tietyn yksittäisen rikostyypin arvostelussa (*Bruns* 1974 s.30—31). Jos tavoitteena on yksinomaan törkeysarvostelun perusteiden erittely, kysymyksen tarkastelu yksittäisten tunnusmerkistöjen kannalta tuskin muodostaisikaan mielekästä tutkimuskokonaisuutta. Jos sen sijaan selvityksen kohteeksi otetaan mittaamisperusteita koskevien tulkintasuositusten ohella käytännön kuvaaminen ja sen arviointi, käy ongelman lähestyminen yksittäisten tunnusmerkistöjen kannalta jo teknisistä syistä välttämättömäksi. Erityinen osa ja empiirinen analyysi kytkeytyvät siis luontevasti yhteen.

3. Tutkimuksen jäsennys

Oikeuskirjallisuudessa esitettyjä jäsennys- ja rajausperusteita on tutkimuksessa sovellettu siten seuraavasti.

Jako ''oppiin rangaistuksen määräämisestä ja oppiin rangaistuksen määräämisperusteista'' heijastuu tutkimuksen teoriaosan (luku II) ja yleisen osan (luvut III-VI) erottamisena. Ensimmäinen kirja (teoria) kattaa tavallaan välineet mittaamista koskevan normiaineksen työstämiseksi ja ratkaisujen tuottamiseksi. Keskeisiä asiakokonaisuuksia ovat:

(a) mittaamisharkinnan lyhyt aatehistoria,
(b) mittaamisnormien normiteoreettinen erittely,
(c) mittaamislähteet ja argumentaatio (oikeuslähdeoppi ja ratkaisuteoria),
(d) heuristisen apuvälineiden tarkastelu sekä

[27] Tarkkarajainen erottelu yleisten ja erityisten oppien välillä onkin usein koettu pulmalliseksi. Pohjoismaisista esityksistä voi viitata esim. *Jareborgin* yritykseen sulauttaa nämä ainekset yhteen (*Jareborg*, ''Brotten'' sarja). Tällöinkin on käynyt välttämättömäksi erottaa osa ongelmista oman ''peruskäsitteet'' otsikon alle (ks. *Jareborg* 1984 sekä myös *Lehtimaja* 1981a s.37 ss. erit. s.43-44 viitteineen).

(e) hahmotelma oikeusturvaodotuksen aineellisen ja muodollisen puolen vaatimukset optimaalisesti täyttäväksi työnjaoksi lainsäätäjän, lainkäyttäjän ja tutkimuksen välille.

Toinen kirja (yleinen osa) sisältää varsinaisen materiaalisen normiston (mittaamisperiaatteet ja perusteet), niiden soveltamiskäytännön sekä käytännön arvioinnin.[28] Yleinen osa jakaantuu neljään lukuun: III mittaamisperiaatteet, IV mittaamisperusteiden systematisointi ja tulkinta, V sanktiovalinta ja mittaamisperusteiden soveltaminen sekä VI mittaamisnormit de lege ferenda. Yleisen osan tehtävänasettelua tarkennetaan myöhemmin sen mukaan kuin teoriaosan esityksen eteneminen antaa siihen mahdollisuudet (ks. jaksot II.B.3. ja II.F.).

Erottelu lainsäätäjän ja tuomarin toiminnan välillä on osa teoriajakson tutkimuskohdetta. Toisaalta yleisen osan tarkastelut etenevät yleisestä (lansäätäjä) konkreettiseen (tuomari). Mittaamisen osaratkaisujen erottelu on taas luvun V jäsennysperusta.

Jako yleiseen ja erityiseen erottaa tutkimuksen I osan (teoria ja yleinen osa) tutkimuksen II osasta (erityinen osa ja empiria). II osan kvantitatiiviset analyysit jatkavat oikeuskäytännön kartoittamista siitä, mihin pehmeitä oikeustapausanalyyseja hyödyntänyt V luku lopetti. Tutkimusta (sen I ja II osaa) kokonaisuutena ajatellen useamman näkökulman sisällyttämisellä tarkasteluihin on pyritty saavuttamaan muutakin kuin monipuolinen kuva ongelmasta.[29] Näkökulmat eivät vain täydennä, vaan myös kasvattavat toisiaan. Normatiiviset

[28] *Alexyn* eräässä yhteydessä käyttämää käsiteparia soveltaen voi sanoa, että ensimmäisen kirjan kohteena on mittaamista koskeva oikeusjärjestyksen *aktiivinen* osa ja toisen kirjan kohteena sen *passiivinen* osa (ks. *Alexy* 1985 s.29).

[29] Kokonaisuudessaan tutkimusta voi tietyin varauksin luonnehtia ongelmakeskeiseksi. *Aarnio* kirjoittaa ongelmakeskeisestä tutkimuksesta: "Ongelmakeskeinen tutkimus valitsee kohteekseen yhteiskunnallisesti merkityksellisen asiakokonaisuuden. Kohdetta valaistaan osaksi perinteisen lainopin keinoin, tulkiten ja systematisoiden ja osaksi erittelemällä voimassaoleville järjestelyille vaihtoehtoisia lainsäädännöllisiä malleja. Kummankin tehtävän ongelmakeskeinen lainoppi pyrkii täyttämään oikeudenalakohtaiset rajat ylittäen. Oikeusjärjestys yritetään nähdä niin kokonaisvaltaisesti kuin mahdollista" (*Aarnio* 1983 s.260). Ks. myös *Kankaan* luonnehdintoja *Kangas* 1982 s.383—387 ja niiden johdosta *Aarnio* 1983 s.255-257. Näissä määritelmissä paino on lainopillisessa näkökulmassa (kyse on ongelmakeskeisestä *lainopista)*. Suhteessa tähän määritelmään käsillä oleva tutkimus on ongelmakeskeinen *metodiensa* puolesta. Teema ei ulotu eri oikeudenaloille ohi rikosoikeuden. Toisaalta kyse on muustakin kuin normien systematisoinnista ja tulkinnasta. Paljon tilaa uhrataan tärkeiksi koettujen perusarvostusten ja -tavoitteiden eksplikointiin ja perustelemiseen, oikeudellisen sääntelymallin suunnitteluun sekä—etenkin II osassa—myös käytäntöjen kvantitatiivisiin analyyseihin. Yhteisenä piirteenä on kuitenkin pysytteleminen normatiivisen ja suosittavan paradigman puolella.

suositukset rangaistuksen käytön periaatteista ovat pitävämmällä pohjalla, kun on reaalitietoa rangaistusjärjestelmän toiminnasta, tehosta ja vaikutuksista; empiirinen olemassaolevien käytäntöjen analyysi muuttuu pelkästä kuvauksesta joksikin muuksi, kun on ennakollinen kuva siitä, kuinka asioiden tulisi olla; eri mittaamisperusteiden toisistaan luontevasti erottava ja kattava systematisointi voi onnistua vain jos tiedetään, millaisia ovat todellisuudessa esiintyvät tapaukset, ja ehdotukset kysymyksen oikeudelliseksi sääntelyksi vaativat perustakseen tietoa juridisen ratkaisutoiminnan sekä mittaamisessa vaikuttavien normien luonteesta.

L U K U I I

MITTAAMINEN OIKEUDELLISEN SÄÄNTELYN ONGELMANA

A. VAPAASTA HARKINNASTA LAINKÄYTÖKSI

1. Vapaa harkinta suljetussa systeemissä

Viime vuosisadan oikeusajattelua hallitsi tänäänkin lukuisiin kysymyksenasetteluihin ja kannanottoihin vaikuttava ajatus oikeusjärjestyksestä suljettuna systeeminä sekä tuomarista lainsäätäjän työn mekaanisena jatkajana. Lainsäätäjä olisi jo ennakolta ratkaissut kaikki ongelmat ja tuomari taas löytäisi nuo ainoat oikeat ratkaisut. Näin taattaisiin kansalaisten oikeuturva niin aineellisessa (ratkaisu olisi lainsäätäjän tarkoittama) kuin muodollisessakin (kaikki saisivat yhtäläisen kohtelun) mielessä.

Nämä lähtökohdat asettivat rangaistuksen mittaamisen vaikean ongelman eteen. Oikeuskysymyksiin oli annettavissa yhtäältä aina yksi ainoa oikea vastaus, toisaalta todellisuutta koskevat havainnot ja kumoamaton arkikokemus taas osoittivat, että samanlaisiin rikoksiin saattoi liittyä hyvinkin erilaisia seuraamuksia. Tilanne jätti lähinnä kolme reagointivaihtoehtoa. Voitiin joko: (a) tunnustaa tuomioistuinten tekevän systemaattisesti vääriä ja lainvastaisia päätöksiä, (b) sulkea mittaminen lainkäytön ulkopuolelle tai (c) korostaa, että kaikki tapaukset ovat yksilöitä, eikä ratkaistaviksi tulevien tapausten joukossa voi edes teoriassa olla kahta samanlaisen rangaistuksen ansaitsevaa samanlaista tapausta.

Erilaiset oikeusrealismin virtaukset olivat taipuvaisia ensimmäisen vaihtoehdon suuntaisiin tulkintoihin. Manner-Euroopan juristikunta taas selvitti on-

gelmat korostamalla tapausten uniikkisuutta (''mittaamisperusteet ovat yhtä moninaiset kuin elävä elämä itse'') tai sulkemalla mittaamisratkaisun oikeudenkäytön ulkopuolelle. Jälkimmäinen toteutettiin turvautumalla hallintooikeudellisiin analogioihin. Luotiin oppi mittaamisharkinnasta sui generis tyyppisenä ''vapaana velvollisuusharkintana''.[1] Kun vapaan harkinnan alueella annetut ratkaisut ovat oikeudellisesti samanmerkityksisiä, ei käytännön vaihtelukaan enää ollut oikeudellinen ongelma.

Tuomarista tehtiin siis ''mittaamisen vapaa valtias'' (''Der freie Herr der Strafzumessung'', *Rosenfeld* III s.170). Rangaistuksen mittaaminen oli, jollei suorastaan yli-inhimillisiä kykyjä vaativaa toimintaa, joka tapauksessa päätöksentekoa, jonka rationaalinen ohjaaminen jo per definitionem oli mahdotonta.[2] Vielä vuonna 1947 pohjoismaisen kriminalistiyhdistyksen vuosikokouksen pääalustaja piti mittaamisnormien esittämistä ylivoimaisena tehtävänä ja näki ainoaksi mahdollisuudeksi luottaa tuomarin ammattitaitoon ja kykyyn.[3]

---

[1] ''Freies pflichtmässiges Ermessen des Richters'' (*Heilbron* 1929). Mittaamisongelman suhteesta juridisiin ongelmiin ks. viitteitä teoksissa *Nousiainen* 1961 s.2 alav.4 ja *von Eyben* 1950 s.4 alav. 15 ja 16.

Vanhemmista pohjoismaisista kirjoittajista esimerkiksi *Almqvist* puolusti 1920-luvulla latitudien säilyttämistä ainoastaan taktisin syin vetoamalla siihen, että kansa muussa tapauksessa otaksuisi tuomioistunten tuomitsevan vapaasti ''miten tahtovat'', vaikka itse asiassa - Almqvistin sanoin: ''enligt min mening är det just vad de böra göra'' (*Almqvist* 1926 s.296). *Nousiainen* luonnehtii tutkimuskohdettaan taas seuraavasti: ''. . . kun oikeusharkinnassa asetetaan kysymys Ob (onko se ja se rikos tämän tekijän tekemä), on mittaamisharkinnassa kysyttävä Wie (mikä rangaistus tälle tekijälle on annettava). *Tästä myös seuraa, että kun oikeusharkinta on sidottua, mittaamisharkinta on vapaata harkintaa''* (*Nousiainen* 1961 s.3, kursiv. tässä). Ks. myös LavM 1/1976 s.1: ''Vaikka tuomioistuimella onkin *periaatteessa oikeus vapaasti harkiten* päättää, minkälaiseen rangaistukseen tekijä on sovellettavan rangaistusasteikon rajoissa tuomittava, on tätä harkintavaltaa tietenkin pyrittävä käyttämään yhtenäisten ja yleisesti hyväksyttyjen periaatteiden mukaisesti''.

[2] Alan standarditeoksiin on yleensä kerätty joukko kirjallisuussitaatteja, joissa kilvan korostetaan mittaamisen tunteenomaisuutta ja irrationaalisuutta. Ks. esim. *Schmidt* 1954 s.9: ''Das Strafmass ist gefühlmässig nach altem Vergeltungsschema gewonnen, ist im Grunde einer rationalen Begründung gar nicht zugänglich und wird nur durch die Formel vom mildernden Geständis bzw. schärfenden Leugnen untermauert''. Viittauksista ks. tarkemmin *Haag* 1970 s.13 ss, *von Linstov* 1974 s.5 ss, *Bruns* 1974 s.16, *von Eyben* 1950 s.1 ja 5-6 sekä *Grasnick* 1977 passim. kaikki viitteineen.

[3] Ainoaksi ohjeeksi tarjottiinkin 25. tuomarinohjetta: ''Tuomarille ei mikään ole niin suuresti tarpeellinen kuin äly, niin että hän tietää milloin hänen on oltava lain puolesta ankara, milloin lempeä, sillä kaikki rangaistus pitää olla parannukseksi. . .'' (*Lindstedt* 1947 s.113-114).

2. "Verrechtlichung der Strafzumessung"

Se, millaiseksi "harkinnan luonne" määritellään on toissijainen ongelma. Tärkeintä on, mitä tästä päätellään ja *mitä oikeusvaikutuksia* määrittelyyn liitetään. Harkinnanvapaus voi merkitä esimerkiksi sitä, ettei päätöstä alisteta jälkikäteiskontrolliin.[4] Voitaisiin asettaa joko suoranainen muutoksenhakukielto, tai edellyttää vain, että vasta tietyn rajan ylittävät muutokset ovat oikeutettuja (muutoskynnys). Vapaus voi merkitä myös sitä, että ratkaisija saa *valita itse ratkaisuperusteensa*, tai jättää ainakin perusteensa julkituomatta. Mittaamisratkaisut ovatkin aina näihin päiviin saakka jääneet meillä yleensä vaille perusteita. Ongelma ei rajoitu Suomeen: *von Eyben* kuvaakin mittaamista eräänlaiseksi "rituaalioikeudenkäytöksi" ("en slags sakral rett"), jossa oikeutta jakavat osapuolet kyllä äänestävät ratkaisuista, mutta eivät esitä perusteluja kantansa tueksi (*von Eyben* 1950 s.6).

Vapaa harkinta (= muutoskynnys ja oikeus jättää päätökset vaille perusteita) vaarantaa oikeusturvan. Saksalaisen kielialueen mittaamisoppi luopuikin toisen maailmansodan jälkeen vähä vähältä hallinto-oikeudellisista analogioista. Pyrittiin kysymyksen "oikeudelliseen haltuunottoon" ("Verrechtlichung der Strafzumessung", *Zipf* 1969). Mittaaminen ei ole sen enempää vapaata, kuin velvollisuusharkintaakaan, vaan *oikeudenkäyttöä*. Yhteistä näille toisistaan poikkeaville luonnehdinnoille[5] on *näkemys oikeudellisen sääntelyn tiukentumisesta*. Rangaistuksen määrääminen ei enää ole tuomarin mielipidekysymys ("Willkür"), vaan "Würdigung eines prozessordnungsgemäss festge-

---

[4] Ks. *Makkonen* 1981 s.172 toteaa ainoaksi "vapaan" harkinnan reaalisisällöksi juuri sen, ettei päätöstä alisteta ylemmän tarkistettavaksi. Harkinnan muista merkityksistä ks. *Dworkin* 1977 s.31 ss.

[5] Esityksissä on lieviä sävyeroja. Yksi näkemys korostaa harkintamomenttia ("Rechlicht gebundene Ermessenentscheidung", *Jescheck* 1978 s.644, *Schönke-Schröder* 46 § 68), toinen oikeudenkäyttömomenttia ("Rechtsanwendung", *Zipf* 1969 s.165 ja *Bruns* 1974a s.740). Ne vastaavat melko lailla toisiaan. Milloin mittaaminen luonnehditaan "harkintaratkaisuksi", korostetaan harkinnan olevan oikeusnormein sidottua, kun taas "oikeudenkäyttöpäätöksen" todetaan olevan säädellyn lukuisin harkintaa ja arvostuksia sisältävin normein (ks. *Maurach-Zipf* 1978 s.477). Eräänlaisena jäänteenä vapaan mittaamisharkinnan dogmista on kolmas kanta, jonka mukaan mittaamisperusteiden tultua selvitetyiksi näiden arvottaminen ja etenkin konkreettisen rangaistusmäärän vahvistaminen tapahtuu edelleen vapaan harkinnan mukaan "vapaassa tilassa" (". . .Freier Raum . . . inbesonderes für ihre Umwertung in eine Konkrete Strafgrösse", *Peters* 1981 s.596). Tämä implikoi samalla edelleen voimakkaana elävän ajatuksen, jonka mukaan mittaaminen on toimintaa "die zu einem wesentlichen Teil rechtlich nicht umschreibbar (ist).." (*Peters* 1979 s.137, ks. samansuuntaisesti *Henkel* 1969 s.52, *Baumann* 1977 s.659, *Blei* 1977 s.382 sekä *Dreher* 1977 s.58).

stellten Sachverhalts nach rechltichen Geschichtspunkten" (*Maurach-Zipf* 1978 s.478). Mittaamisratkaisu on lainkäyttöpäätös, ja se on saatava hallintaan yleisin laintulkinnallisin keinoin - ei etsimällä yhteyksiä epämääräisiin hallinto-oikeudellisiin "Ermessen"-luonnehdintoihin.[6]

3. Mittaaminen ja laintulkinta

Kytkemällä mittaamisongelma osaksi yleistä laintulkintaa tahdotaan korostaa tarvetta ratkaista ongelma ensi sijassa perinteisin tulkintaopillisin menetelmin. Tulkitsijan tehtävänä on päätyä oikeuslähteistä tulkintatulokseen siten, että tämä siirtymä (transformaatio) on oikeudellisesti hyväksyttävissä. Mittaamisessa on vastaavasti kyse siitä, kuinka siirtyä teonkuvauksesta konkreettiseen rangaistukseen siten, että ratkaisu on perusteltavissa ja osoitettavissa oikeaksi.

Tulkinta on normien sisällön selvittämistä - tai tarkemmin, lakitekstissä tai muissa oikeuslähteissä ilmaistun normin kielellisen formuloinnin merkityssisällön vahvistamista ja täsmentämistä (ks. esim. *Aarnio* 1982 s.40 ja 63 ss). Tulkinnan kohteena olevat oikeusnormit liittävät määrättyyn oikeustosiseikastoon tietyt oikeusvaikutukset. Oikeustosiseikastona ovat rikoskuvaukset, oikeusseuraamuksena lain tuntemat rangaistusvaihtoehdot. Normin tulkinnanvaraisuus saattaa periaatteessa koskea oikeustosiseikastoa, oikeusseuraamusta tai näitä molempia (ks. *Aarnio* 1982 s.72-73 ja *Makkonen* 1981 s.38 ss).

Rangaistuksen mittaaminen edellyttää säännönmukaisesti sekä oikeustosiseikaston että oikeusseuraamuksen täsmentämistä ja valintaa. *Oikeustosiseikaston* puolella epävarmuus saattaa koskea jo itse tunnusmerkistöä. On selvitettävä, kuuluuko teko ylipäätään rikoskuvauksen alaan. Tapauksissa, joissa rikos on jaettu eri törkeysasteisiin, tulkinnanvaraisuus saattaa lisäksi koskea törkeysporrastusta sekä sitä, soveltuuko tapaukseen jokin lain edellyttämä mittaamisperuste. *Oikeusseuraamuksen* puolella tulkinnanvaraisuus voi liittyä rangaistuslajin valintaan (esim. tuomitsematta jättäminen, sakko/vankeus, ehdol-

[6] Hallinto-oikeudessakin siirryttiin verraten nopeasti luonnepohdinnoista itse niiden menettelytapojen kehittelyyn, joilla edistettäisiin ratkaisutapojen ennalta-arvattavuutta ja sisällöllistä mielekkyyttä. Kuten *Sipponen* toteaa, "vapaa harkinta" ilmeni siinä, että ennalta-arvattavuus oli puutteellisten ohjeiden seurauksena huono. "Sidotussa" harkinnassa ohjeet olivat paremmat, ja soveltajilta voitiin myös edellyttää suurempaa ennakoitavuutta ja yhdenmukaisuutta (ks. *Sipponen* 1965 s.208-210). Samalla tavalla kääntyvät mittamisharkinnan "luonnetta" koskevat kysymykset tulosten ja ratkaisukriteerien erittelyyn: toteutuuko muodollinen ja aineellinen oikeusturva vai ovatko mittaamisen ohjenuorat niin ylimalkaiset, ettei tuomareilta ennakolta voida vaatia ennalta-arvattavaa ja yhdenvertaista kohtelua.

linen/ehdoton rangaistus jne) sekä ''ankaruudeltaan oikeudenmukaisen rangaistuksen'' etsimiseen valitun lajin puitteissa. Yleisen laintulkintateoreettisen jaottelun mukaan mittaamisessa on siis kyse kahdesta tulkintaongelmasta.

(a) Oikeustosiseikaston puolella on selvitettävä teon törkeys ja tutkittava oikeusjärjestykseen mahdollisesti sisältyvien mittaamisperusteiden soveltuvuus tarkasteltavaan tapaukseen, arvioitava näiden paino, selvitettävä vaikutussuunta sekä punnittava niitä suhteessa toisiinsa.

(b) Teon törkeyden ja ns. relatiivisen rangaistusarvon[7] tultua vahvistetuksi on oikeusseuraamuspuolelta löydettävä tuota rangaistusarvoa laadultaan ja määrältään vastaava konkreettinen rangaistus.

Molempien ratkaisujen tulisi perustua tunnustettuihin oikeuslähteisiin tavalla, joka täyttää oikeusyhteisössä hyväksytyt oikeuslähteiden käyttösäännöt.

[7] Näihin käsitteisiin palataan tarkemmin luvun lopussa.

B. MITTAAMISNORMIT

1. Lakitekstit

Rikoslain 6 luku sisältää yleissäännöksen (RL 6:1), määräykset yleisistä koventamis- (RL 6:2) ja lieventämisperusteista (RL 6:3) sekä seuraamusten kasaantumista koskevan kohtuullistamissäännöksen (RL 6:4).

1 §. Rangaistusta mitattaessa on otettava huomioon kaikki asiaan vaikuttavat rangaistusta koventavat ja lieventävät perusteet sekä rangaistuskäytännön yhtenäisyys. Rangaistus on mitattava niin, että se on oikeudenmukaisessa suhteessa rikoksen vahingollisuuteen ja vaarallisuuteen sekä rikoksesta ilmenevään tekijän syyllisyyteen.
Rangaistuksen koventamis- ja lieventämisperusteita ovat muiden lain mukaan rangaistuksen mittaamiseen vaikuttavien seikkojen ohella tämän luvun 2 ja 3 §:ssä mainitut perusteet.

2 §. Rangaistuksen koventamisperusteita ovat:
(1) rikollisen toiminnan suunnitelmallisuus;
(2) rikoksen tekeminen vakavia rikoksia varten järjestäytyneen ryhmän jäsenenä;
(3) rikoksen tekeminen palkkiota vastaan; sekä
(4) tekijän aikaisempi rikollisuus, jos sen ja uuden rikoksen suhde rikosten samankaltaisuuden johdosta tai muuten osoittaa tekijässä ilmeistä piittaamattomuutta lain kielloista ja käskyistä.

3 §. Rangaistuksen lieventämisperusteita ovat:
(1) rikoksen tekemiseen vaikuttanut huomattava painostus, uhka tai muu sen kaltainen vaikutin;
(2) rikokseen johtanut voimakas inhimillinen myötätunto taikka poikkeuksellinen ja äkkiarvaamaton houkutus tai muu vastaava seikka, joka on ollut omiaan heikentämään tekijän kykyä noudattaa lakia; sekä
(3) tekijän oma-aloitteinen pyrkimys estää tai poistaa rikoksensa vaikutuksia taikka edistää rikoksensa selvittämistä.

4 §. Jos tekijälle on rikoksesta johtunut tai hänelle tuomiosta aiheutuu muu seuraus, joka yhdessä tässä luvussa mainittuja perusteita soveltaen määrättävän rangaistuksen kanssa johtaisi rikoksen laatuun nähden kohtuuttomaan tulokseen, tällainen seikka on rangaistusta mitattaessa otettava kohtuuden mukaan huomioon.

Ohjeet koskevat rangaistuksen *mittaamista,* siis rangaistuksen määrällistä vahvistamista sovellettavan rangaistusasteikon rajoissa. Lajin valinnasta ja seuraamuksen laadusta päättämisestä ei ole yhtenäisiä säännöksiä, vaan määräykset ovat hajallaan eri laeissa. *Ehdollisen rangaistuksen* käyttö on säädelty EhdL:ssa (13.2.1976/135). Lain 1 §:n mukaan sakko sekä korkeintaan 2 vuoden vankeusrangaistus voidaan määrätä ehdollisena. Edellytyksenä vankeuden osalta on, ettei *yleisen lainkuuliaisuuden ylläpitäminen* vaadi rangaistuksen määräämistä ehdottomana. Lain 2 § asettaa lisäehdon, jonka mukaan vankeus voidaan määrätä ehdolliseksi vain *erityisistä syistä,* jos tekijä on tuomittu rikoksen tekemistä edeltäneiden kolmen vuoden aikana yli yhdeksi vuodeksi vankeuteen. Rajoitus ei koske nuoria rikoksentekijöitä (NuorRikL 7 §). *Sakon* määrääminen ehdolliseksi on mahdollista vain "erityisistä syistä".

Ehdollinen rangaistus voi tulla myöhemmin pantavaksi täytäntöön. Lykkääntymisedun menettämistä koskevat määräykset jättävät asian tuomioistuimen harkintaan ilman lähempiä ohjeita, milloin koetusaikana tehdystä rikoksesta seuraa sakko tai ehdollinen vankeusrangaistus. Jos teosta tuomitaan yli yhdeksi vuodeksi ehdottomaan vankeusrangaistukseen, lykkääntymisetu menetetään ilman harkintaa (EhdL 4 §).

Rangaistuslajeihin voi tässä lukea myös *tuomitsematta jättämisen.* Yleissäännöksen (RL 3:5[3], 30.6.1972/498) mukaan "vähäpätöisestä" rikoksesta voidaan jättää rangaistukseen tuomitsematta, jos se on johtunut "olosuhteet huomioon ottaen anteeksi annettavasta huomaamattomuudesta, ajattelemattomuudesta tai tietämättömyydestä eikä yleinen etu vaadi rangaistuksen tuomitsemista". Nuoret rikoksentekijät voidaan jättää rangaistukseen tuomitsematta, jos teon katsotaan johtuneen "ymmärtämättömyydestä tai ajattelemattomuudesta ja perusteltua aihetta on otaksua tekijän ojentuvan, vaikkei häntä tuomitakaan rangaistukseen" (ks. tarkemmin NuorRikL 3 ja 4 § 31.5.1940/262).

2. Mittaamisen sääntely normiteoreettisena ongelmana

2.1. "Luokka- ja järjestyskäsitteet"

Mittaamisperusteille on väljyyden ja arvostuksenvaraisuuden ohella yhteistä *asteittaisuus* (syyllisyys ja vahinko voivat ts. olla suurempia tai pienempiä, painostus voimakkaampi tai heikompi) ja *erisuuntaisuus* (suunnitelmallisuus voi korottaa veropetoksen rangaistusta samalla kun teosta aiheutuneet ankarat taloudelliset seuraamukset voivat lieventää kohtelua). Lisäksi ne ovat *yleisyys-*

tasoltaan kovin erilaisia; RL 6 luku velvoittaa kiinnittämään huomiota sekä senkaltaisiin yleisperiaatteisiin kuin oikeudenmukaisuus ja kohtuus että konkreettisiin reaalimaailman ilmiöihin, kuten palkkio tai rikosten vaikutusten poistaminen.

Etenkin kaksi ensimmäistä piirrettä sopeutuu huonosti rikosoikeudelliseen ajatteluun, jossa oikeusturvasyistä ja nulla poena sine lege periaatteen vaikutuksesta on totuttu operoimaan selkein joko-tai-vaihtoehdoin. Käyttäytyminen joko on tai ei ole rangaistavaa. Rikoksentekijä on joko syyntakeinen tai syyntakeeton. Kuten Gustav *Radbruch* toteaa, järjestelmässä ei ole "väliäänille" sijaa — "kein Raum für Zwischentöne" (*Radbruch* 1938 s. 46).[1] Mittaamisen ydinongelmana onkin, ettei se sopeudu tähän juridisen sääntelyn kaksijakoiseen ideaalimalliin. Joko-tai-valintojen sijasta edellytetään pikemminkin enemmän-vähemmän vaihtoehtoja. Mittaamisen sääntely pohjaa "luokkakäsitteiden" sijasta "kohoamiskelpoisiin" ("Steigerungsfähig", *Bruns* 1974 s.81 ss) "järjestyskäsitteisiin". Tätä ei saksalaisen kielialueen mittaamisoppi koskaan ole kieltänyt, mutta juridisen sääntelytekniikan vallitseva paradigma[2] ei tarjonnut välineitä asteikollisten ilmiöiden käsittelyyn. Järjestyskäsitteiden sisällön täsmentäminen ja aineiston järjestäminen (luokittaminen) käsitteen sisällä oli ratkaisijan intuition varassa (*Radbruch* 1938 s.50). Mittaaminen jäi eräänlaiseksi anomaliaksi oikeudellisen ajattelun kentässä; sui generis tyyppiseksi harkinnaksi, joka sijoittui jonnekin "aidon" oikeudenkäytön ja hallinnon välimaille.

Kun Juha *Vikatmaa* kehotti vuonna 1970 ilmestyneessä väitöskirjassaan lieventämään dikotomisen ajattelun osuutta yleisten oppien tutkimisessa ja siirtymään "mustavalkoisen sijasta spektri-ajatteluun" (*Vikatmaa* 1970 s.8-9), pätee tämä aivan erityisesti rangaistuksen mittaamista koskevaan tutkimukseen. Vikatmaa ei kuitenkaan sen tarkemmin täsmentänyt ehdottamansa "spektriajattelun" piirteitä. Nyt siihen on mahdollisuus sääntöjä ja periaatteita koskevan uudemman oikeusteoreettisen keskustelun ansiosta.[3]

---

[1] Rikosoikeuden "klassifikatorisesta" luonteesta ks. laajemmin myös *Engisch* 1953 s.286 ss. ja kriittisesti *Hassemer* 1968 s.282 ss. sekä *Vikatmaa* 1970 s.8 ss.

[2] "Grundsätzlich klassifikatorisch Charakter der Rechtwissenschaft" (*Radbruch* 1938 s.50).

[3] Teemasta on lyhyessä ajassa kertynyt varsin massiivinen kirjallisuus (ks. esim. *Aarnio* 1987 s.11 ss. viitteineen). Seuraava esitys nojaa ensi sijassa *Alexyn, Sundbyn* ja *Dworkinin* asiasta kirjoittamaan. Kahden ensin mainitun kirjoituksiin sisältyy myös laaja katsaus aiheesta käytyyn varhaisempaan keskusteluun (*Alexy* 1985 s.14—15 ja 1985a s.72—75 sekä *Sundby* 1974 s.190 ss. viitteineen).

2.2. *Säännöt ja periaatteet*

2.2.1. *Sääntöjen ja periaatteiden ero*

Sääntöjä luonnehtii joko-tai-asetelma. Niitä joko seurataan tai ei. Säännöt antavat kaksi mahdollisuutta, ja ne myös ratkaisevat asian. *Periaatteiksi* (standardeiksi tai peukalosäännöiksi) kutsutut eivät anna ratkaisua "suoraan". Ne osoittavat suunnan johon edetä, rajaavat oikeudellisesti mahdollisen aluetta ja identifioivat seikkoja, joihin ratkaisua tehtäessä tulisi kiinnittää huomiota. Vaikka kysymykseen ei ole esittää sitovaa sääntöä, on asia oikeudellisesti säännelty.[4]

Sääntöjen ristiriitatilanteessa vain toinen soveltuu ja jää voimaan, kun taas häviävä kumoutuu ja siirtyy oikeusjärjestyksen "ulkopuolelle". Periaatekollisiossa syrjäytyvä periaate jäisi edelleen voimaan tulematta kumotuksi. Aidon ristiriidan sijasta periaatteiden tasolla olisikin parempi puhua "jännitteestä" ("Spannungslage", *Alexy* 1985 s.17-18 ja sama 1985a s.80, samoin *Sundby* 1978 s.141 ja alav. 8). Jännitteessä olevat periaatteet vaikuttavat kaikki ratkaisun tekoon — mitkä enemmän, mitkä vähemmän. Tähän asteikollisuuteen liittyy myös Alexyn periaatteille omistama keskeinen ja niiden luonnetta hyvin kuvaava ominaisuus periaatteista "*optimointikäskynä*" ("Optimierungsgebote", *Alexy* 1985 s.19—21 ja sama 1985a s.75 ss). Kun seurataan tiettyä periaatetta, pyrkimyksensä on sen vaatimusten mahdollisimman täydellinen huomioon ottaminen sen mukaan, kuin muut asiassa vaikuttavat seikat antavat myöden — siis sen optimaalinen noudattaminen. Periaate voidaan siis täyttää *eriasteisesti*.

2.2.2. *Sääntöjen ominaisuudet ja säännöistä koostuva järjestelmä*[5]

Sääntö voidaan täyttää tai jättää täyttämättä. Kun asiaan pätee sääntö, on tehtävä juuri siten kuin sääntö määrää. Muu vaihtoehto ei kelpaa. Kun sääntöjä voidaan seurata tai olla seuraamatta, sisältyy tähän myös ajatus, että niistä voidaan *poiketa*, kun siihen on varattu mahdollisuus. Sallittu poikkeminen ei kumoa sääntöä. Poikkeamista ehdottavalla on kuitenkin aina *raskas argumentointitaakka*. Säännöillä on tässä merkityksessä vahva prima facie luonne. Ne

[4] Ks. *Sundby* 1978 s.137-150, *Jareborg* 1979 s.393 sekä *Eckhoff* 1980 s.152. *Dworkin* korostaa erityisesti sääntöjen (rules) "all or nothing" - luonnetta: Niitä seurataan tai ei seurata; niiden edellyttämät asiantilat joko ovat läsnä tai eivät. Ensin mainitussa tapauksessa sääntö astuu voimaan ja asia on ratkaistu, jälkimmäisessä tilanteessa sääntöä ei voi soveltaa. Periaate ei anna suoraa vastausta kysymykseen vaan suunnan ja joukon perusteita, jotka tulee ottaa huomioon (*Dworkin* 1977 s.14 ss).

[5] Seuraava esitys perustuu suurimmaksi osaksi Alexyn kirjoituksiin 1985 ja 1985a.

pätevät, jollei muuta osoiteta. Säännöt muodostavat näin Alexyn termein oikeusjärjestyksen "kovan" alueen ("harten Teil des Rechtsordnung", *Alexy* 1985 s.20).

Säännöt eroavat toisistaan sen mukaan, kuinka sääntöjen sisältö saadaan selville, ja millä ehdoin niistä voidaan poiketa. Näitä sääntöjä erottavia ominaisuuksia Alexy kutsuu *sitovuusvahvuuden* ja *sisällönvahvuuden* ominaisuuksiksi ("Bindungstärke", "Festlegungsgehalt" 1985 s.20). Ensin mainittu viittaa prima facie luonteen voimakkuuteen; siihen *kuinka vankkoja perusteita tarvitaan säännöstä poikkeamiseen*. Sisällönvahvuus viittaa lähinnä siihen *täsmällisyyteen ja tarkkuuteen, jolla säännön sisältö on kuvattavissa*. Normeilla, joissa käytetään ilmaisuja kuten "kohtuullinen", "erityiset syyt", "hyvät tavat" tms. on heikko sisällönvahvuus. Tämä ei kuitenkaan tee niistä periaatteita, joskin soveltamisehtojen täyttämistä harkittaessa on turvattava periaatteille ominaiseen argumentaatioon[6]. Sen jälkeen, kun joustavin ja normatiivisin käsittein määritelty säännön soveltamiskynnys on ylitetty, on sääntöä seurattava.[7]

2.2.3. Periaatteet ja periaatteista koostuva järjestelmä

a) *Periaatteiden kollisiot ja etusijajärjestys.*—Siitä, että sääntöjä sovellettaessa

---

[6] "Denne avveiningen styres ytterligere av *retningslinjer* om hva er relevant - og irrelevant -å legge vekt på under bedömmelsen av rimligheten, ks. *Sundby* 1978 s.142). Tämä on johtanut osan kriitikoista harhaan (ks. *Sundby* 1978 s.137 ss, *Eckhoff* 1980 s.152 erit. alav. 8). Arviointikriteerein samankaltaisuus ei muuta tosiasiaa, että sääntöä seurataan tai ei seurata ja se antaa selkeän joko tai vastauksen kattamaansa oikeuskysymykseen. Sen sijaan voi kyllä *Jareborgin* tavoin kysyä, miksi se "normatiivinen ratkaisu", jonka normin katsotaan sanelevan tulisi tulkita juuri päätökseksi, *soveltaako normia vai ei* (jolloin kyseessä olisi sääntö). Sehän voisi koskea myös sen pohtimista, *mihin seikkoihin* tulisi kiinnittää huomio päätettäessä soveltaako normia vai ei (jolloin kysessä olisi periaate, ks. *Jareborg* 1979 s.394). Molemmat ovat normatiivisia ratkaisuja, kuten Jareborg kritiikissään totesi (Jareborg mts). *Eckhoffin* vastauksessa tähän kritiikkiin onkin jotakin oireellista: "Jeg holder imilertid fast ved at det er inholdmessige forskjeller mellom regler og retningslinjer. Men jeg har forelöpig ikke funnet noen helt treffende karakteristikk av hva som saerpreger *regelnes* innhold i motsetning til retnlingslinjenes. I denne artikkelen nöjer jeg derfor med å beskrive *retningslinjenes* innhold . . . Regler kan definieres som generelle normer som har et *annet* innhold enn dette". (*Eckhoff* 1980 s.154). *Aarnion* mukaan riidan ratkaisu piilee siinä, tarkastellaanko tulevia sovellutuksia vai jo tulkittuja normeja. Jälkimmäisessä tapauksessa voidaan aina sanoa, onko normi luokitettavissa säännöksi vai periaatteeksi (*Aarnio* 1987 s.12). Samoista pohdinnoista teeman "luokka- vai järjestyskäsitteet" yhteydessä ks. *Zippelius* 1969 passim.

[7] Ks. *Alexy* 1985 s.20-21 ja samoin *Sundy* 1978 s.141-142. Samankaltaisuus periaat-

ratkaisu seuraa suoraan säännöstä, ollaan yksimielisiä. Sen sijaan epävarmempaa on, mitä tapahtuu periaatteita sovellettaessa.[8] Miten periaatteet lopultakin vaikuttavat ratkaisun tekemiseen? Mitä merkitsee kun sanotaan, että ne ''otetaan huomioon'' tai ne ''vaikuttavat lopputulokseen, mutta eivät määrää sitä''? Näiden kysymysten valottamiseksi on palattava periaatekollisioon ja siihen, kuinka menetellä kahden periaatteen osoittaessa eri suuntiin.

Periaatekollisiossa ratkaisun sanelee Alexyn mukaan periaatteiden *etusijajärjestys*. Tuo järjestys voi olla vahvempi tai heikompi. Heikoimmillaan periaatteista olisi koottu vain luettelo seikoista, jotka ''olisi otettava huomioon''. Vahvimmillaan etusijajärjestys määrittäisi kaikkien periaatteiden suhteet kaikkiin muihin siten, että jokainen yksittäistapaus saisi yksiselitteisen ratkaisun[9]. Alexy torjuu vahvan etusijajärjestyksen mahdollisuuden viittaamalla periaatteiden ja arvojen samankaltaisuuteen-tai paremminkin huomauttamalla siitä yhtäläisyydestä, joka vallitsee arvojen ja periaatteiden kollision välillä. Periaatteiden etusijajärjestyksen ongelma vastaakin arvojen järjestyksen ongelmaa - tai konkreettisemmin - periaatteiden etusijajärjestys vastaa niiden taustalla olevien arvojen etusijajärjestystä (*Alexy* 1985 s.23-24). Jos arvoille olisi mahdollista vahvistaa intersubjektiivisesti kontrolloitavissa oleva järjestys, olisi myös periaatteiden vahva järjestys (ja sitä myötä suljettu systeemi) mahdollinen. Tällaista mahdollisuutta pohdittaessa on muistettava, ettei arvojen vertailuksi riitä ordinaalitason vertailu (esimerkiksi yksityisyyden suoja on julkaisuvapautta tärkeämpi). On myös otettava huomioon arvon ''toteutumisvoimakkuus'' (''Verwirklichungsintesität'', *Alexy* 1985 s.25). Arvot tulisi voida sijoittaa siis abstraktin asemansa ja konkreettisten toteutumisasteittensa edellyttämille paikoille intersubjektiivisesti kontrolloitavissa olevalle kardinaaliasteikolle (joka siis osoittaa yksiselitteisesti paitsi arvojen järjestyksen myös niiden *etäisyydet*

teille ominaiseen argumentaatioon voisi kuitenkin oikeuttaa käyttämään termiä ''periaatepohjainen sääntö''.

[8] Dworkin esim. tuntuu ajattelevan, että tällöinkin ratkaisu lopulta syntyy jossain mielessä ''suoraan'' siitä periaatteesta, jolla on suurempi paino (dimension of Weigth, *Dworkin* 1977). Tässä Alexyn esitys etenee selvästi pidemmälle.

[9] Tämä vastaisi Dworkinin ''parasta mahdollista teoriaa'' (''Soundest theory of Law'', *Dworkin* 1977 s.66, 81-82), johon myös sisältyy ajatus yhden ainoan ratkaisun mahdollisuuksista (kritiikistä *Aarnio* 1982 s.154 ss). Sama pätisi tietysti kaikki poikkeukset sisältävään sääntöjärjestelmään. Se ratkaisisi kaikki asiat ennakolta ja olisi siis suljettu systeemi. Puettaessa ratkaisun premissit siis säännöiksi olisi seurauksena deduktiivinen ja loogisesti sitova (analyyttis-looginen) argumentaatio, jonka ehtolauseet koskisivat vain mahdollisten tosiasioiden käsillä oloa. Myös tämä ajatus sisältyy Dworkinin teoriaan, mutta kuten Alexy huomauttaa, tilanteita, joissa säännöstä poikkeaminen pohjaa periaatteeseen, ei käy ennakolta sitovasti luettelminen (*Alexy* 1985a s.67—71 ja sen johdosta *Aarnio* 1987 s.12).

toisistaan). Alexylla on hyvät syyt epäillä tällaisen järjestelyn mahdollisuutta.[10]

b) *Etusijaehdot ja ratkaisu heikon etusijajärjestyksen vallitessa.*—Vahvan järjestyksen sijasta periaatteille voidaan siis vahvistaa vain heikko etusijajärjestys. Tuo järjestys on kuitenkin jotakin muuta kuin pelkkä argumenttien katalogi. Vaikka periaatteet eivät yksiselitteisesti määrää lopputulosta, *vaikuttavat* ne siihen jollakin tavalla. Tarkentaakseen, mitä tämä "vaikuttaminen" ("Beeinflussen") on ja merkitsee Alexy esittelee kolme uutta käsitettä: (1) etusijaehdot, (2) punnintasäännön ja (3) prima facie etusijat (seuraavan johdosta ks. *Alexy* 1985 s.25 ss).

Etusijaehtojen ja prima facie etusijan konstruointia voi kuvata esimerkiksi tilanteella, jossa vastakkain ovat oikeudenmukaisuuden tavoittelu ja rangaistusten käytön haittavaikutusten vähentäminen. Saadaan optimointikäskyt: (P1) määrää rangaistus siten, että se on mahdollisimman oikeudenmukaisessa suhteessa rikoksen törkeyteen ja (P2) määrää rangaistus siten, että siitä on mahdollisimman vähän haittaa syytetylle. Näiden välille voidaan konstruoida prima facie etusijajärjestys esim. siten, että suhteellisesta oikeudenmukaisuudesta tehdään mittaamisen pääperiaate (prima facie etusija). Saadaan etusijaehto e1:

> e1 Milloin syytetyn edut ja suhteellinen oikeudenmukaisuus asettuvat ristiriitaan, tulee ensi sijassa seurata suhteellisuusperiaatteen vaatimuksia.

Tilannetta voidaan kuitenkin tarkentaa *lisäämällä tapausfaktoja* ja *täsmentämällä oikeusseuraamuksen* laatua. Ratkaisuksi voidaan jälkimmäisessä suhteessa kuvitella valinta ehdollisen ja ehdottoman vankeuden välillä. Tapausfaktoiksi voidaan lisätä esim. syytetyn nuoruus ja vaara opintojen keskeytymisestä.[11] Päädytään siten uuteen etusijaehtoon (e2), joka *kääntää prima facie järjestyksen*:

[10] Ks. *Alexy* 1985 s.25 ja mitä myöhemmin jaksossa C.3.2.3. esitetään. Tässä yhteydessä lienee syytä muistuttaa siitä, että periaatteiden sisällyttäminen oikeusjärjestykseen merkitseekin samalla oikeusjärjestyksen avoimmuuden tunnustamista. Periaatteiden soveltamisen lopputulos jää aina argumentaation varaan ilman, että niiden soveltamisehtoja ja niistä poikkeamisia voi ennalta tyhjentävästi luetella. Periaatteista argumentointi ei voi muodostaa suljettua systeemiä muutoin kuin sitovan objektiivisen arvoteorian myötä (ks. erit. *Sundby* 1974 s.198-199). Periaatteiden tunnustaminen on yksi muoto oikeuspositivismin ja suljetun systeemin kritiikistä (tämä oli myös Sundbyn teoksen keskeinen sanoma, ks. *Sundby* 1978 s.145 sekä myös *Alexy* 1985 s.21-22). Periaatteiden sisällyttäminen oikeusjärjestykseen tekee siitä moraalin suhteen avoimen järjestelmän. Samalla juridinen argumentaatio kääntyy osaksi yleistä moraaliargumentaatiota (*MacCormick* 1978 s. 272 ja *Alexy* 1985 s.22).

[11] Esitystä olisi ollut mahdollista täsmentää vielä lukuisin yksittäisperustein (esim. tekotapa, uusiminen, tekijän terveydentila jne), sekä ottamalla mukaan muita periaatteita (esim. yleisestävyys ja kohtuus). Viittaan esimerkkiin jaksossa 4.

e2 Milloin rangaistuksen täytäntöönpano vakavasti heikentäisi syytetyn tulevia sosiaalisen selviytymisen mahdollisuuksia, on lupa määrätä ehdollinen rangaistus myös tilanteissa, joissa suhteellisuusperiaate edellyttäisi normaalisti ehdotonta vankeutta.

Etusijaehdot sisältävät *kollisionormin* ja toimivat keinona *periaatteiden suhteellisen painon osoittamiseksi* (ks. *Alexy* 1985 s.26). Olennaista on, että henkilö, joka tietää aikaisemmat etusijaehdot *tietää enemmän* näiden periaatteiden painosta kuin henkilö, joka ei näistä etusijaehdoista ole selvillä (*Alexy* 1985 s.26). Niin kauan, kuin tapaus eroaa yhdenkin piirteen osalta aikaisemmista, ei aikaisempien etusijaehtojen tunteminen sanele "suoraan" tehtävää päätöstä. Sen sijaan selvyys niiden olemassaolosta *antaa mahdollisuuden sellaiseen argumentaatioon, joka muutoin puuttuisi*: uuden tapauksen saaman ratkaisun perusteeksi voidaan näet nyt esittää, ettei se eroa kuin "sen ja sen verran" tapauksesta A, joka sai ratkaisun Y. Vastaavasti voidaan käänteisesti argumentoida, kuinka tapaus C eroaa "niinkin paljon" tapauksesta D.[12] Siihen, *kuin-*

[12] *Punnintasääntö* nojaa periaatteiden ominaisuuteen vaatia täyttämistään niin pitkälle kun oikeudelliset ja tosiasialliset mahdollisuudet antavat myöden (*Alexy* 1985 s.27). *Tosiasiallisen* mahdollisuuden puolella optimointikäskystä seuraa Pareto-optimina tunnettu vaatimus: Jos menettely M1 ei ole omiaan edistämään periaatetta P1 mutta on omiaan haittaamaan periaatetta P2, on se asetelmassa "P1 ja P2" kielletty. Toiseksi: Jos menettelyyn M1 on vaihtoehto M2, joka vähintään yhtä hyvin edistää periaatetta P1 muttaa haittaa vähemmän periaatetta P2, on M1 asetelmassa "P1 ja P2" kielletty. Eli yksinkertaisesti: jos rangaistuksella ei tilanteessa ole tavoiteltua yleisestävää tehoa (P1) mutta se tuottaa vältettävää kärsimystä (P2) ei sitä nämä molemmat arvot huomioon otettaessa saa käyttää. Toinen osa kuuluu taas: Jos korkea sakko (M1) ja lyhyt vankeus (M2) ovat molemmat yleisestävyyden kannalta (P1) yhtä tehokkaita, mutta sakko (M1) tuottaa vähemmän kärsimystä (P2), on vankeuden (M2) käyttö kielletty.

Oikeudellisella puolella punnintasääntö saa muodon: Mitä korkeampaan periaatteen Pj täyttymättömyyteen tai estymiseen periaatteen Pk soveltaminen johtaa, sitä tärkeämpää on periaatteen Pk soveltamisen oltava. Eli mittaamistermein: mitä enemmän tuomittu rangaistus poikkeaa siitä, mikä katsotaan suhteellisen oikeudenmukaisuuden vaatimukseksi (Pj), sitä varmempina ja kohtalokkaampina on pidettävä niitä haittoja, joita vankeusrangaistuksen täytäntöönpanon arvellaan aiheuttavan tuomitulle (Pk). Punnintalaki ottaa tässä muodossa siis samanaikaisesti huomioon yhden periaatteen toteutumisen ja toisen loukkaamisen *tärkeyden* ja *määrän*. Molemmat ovat asteikollisia. Vaikka niitä ei voi kvantifioida objektiivisesti, osoittaa punnintalaki esim. tilanteessa, jossa on perusteltavana edellä etusijaehdon e2 muotoon puettu kollisionormi, että argumentaatiossa tulee ottaa huomioon sekä se *kuinka suuressa määrin* tärkeämpää prima facie periaatetta loukattiin että se, *kuinka tärkeänä* menettelyä oli pidettävä toisen periaatteen kannalta (*Alexy* 1985 s.27—28). Siihen *kuinka* loukkauksen määrä ja intressien tärkeys arvioidaan, ei ole yhteistä ohjetta. Tässä astuvat mukaan jälleen yleiset argumentaatiota koskevat näkökohdat. Olennaista vain on, että argumentaatio olisi jäänyt vaille tätä rakennetta ja näitä ulottuvuuksia, jos operoitaisiin yksin säännöin (ks. *Alexy* 1985 s.28-29).

ka painavia itse ne syyt ovat, joihin tässä vedotaan (kuinka paljon on "näinkin paljon"), ei nyt käsiteltävä normiteoria tietenkään anna vastausta. Sen määrittävät ensi sijassa oikeuslähdeoppi ja argumentaatioteoria yhdessä. Etusijaehtojen erittelyn merkitys on siinä, että argumentaatio olisi niiden puuttuessa toinen, ja todennäköisesti harvempiin perusteisiin ja kiintopisteisiin tukeutuva, kuin ilman etusijaehtoja (ks. *Alexy* 1985 s.27).

2.3. Mittaamisnormit sääntöinä ja periaatteina

Osa mittaamisessa huomioon otettavista normeista edustaa tyypillisiä sääntönormeja, osalle voidaan taas antaa luontevammin periaatetulkinta.[13] *Säännöt* voidaan jakaa neljään ryhmään. (1) Normeista "vahvimpia" ovat ehdottomasti sitovat sisällöltään täsmälliset säännöt. Tähän kuuluisivat esimerkiksi vankeus- ja sakkorangaistuksen yleiset minimi-ja maksimimääräykset sekä päiväsakon vähimmäismäärää koskevat määräykset. Niiden sisältö on selvä eikä niistä saa missään olosuhteissa poiketa. (2) Toiseksi tulevat sitovuudeltaan heikommat (ehdollisesti velvoittavat), mutta sisällöltään täsmälliset normit. Tiedämme mitä ne vaativat, mutta niistä voi määräehdoin myös poiketa. Näitä ovat esim. rikoskohtaiset rangaistusasteikot rangaistusminimiensä puolesta. Poikkeaminen on mahdollista RL 3:5[2]:n nojalla. (3) Kolmantena ovat ehdottomasti sitovat, mutta sisällöltään epämääräiset säännöt. Emme ole aivan varmoja niiden sisällöstä, mutta kun asia on selvitetty, ei ratkaisijalla ole myöskään poikkeamisen mahdollisuutta[14]. Tähän kuuluvat useat rangaistavuuden edellytyksiä koskevat määräykset. Voi olla vaikeata arvioida, milloin henkilö on syyntakeeton tai tehnyt teon oikeudenmukaisessa hätävarjelutilanteessa, mutta milloin näin katsotaan tapahtuneeksi, on rangaistus poissuljettu. (4) Viimeisen ryhmän muodostavat sitovuudeltaan heikommat ja sisällöltään epämääräiset normit[15]. Tä-

[13] Samalle kielelliselle ilmaukselle voidaan siis antaa sääntö- ja periaatetulkinta (*Sundby* 1978 s.149). Tässä yhteydessä ei kiinnosta niinkään, onko ero todella laatu- vaiko vain astero (eri tulkinnoista ks. *Alexy* 1985 s.14—15). Mittaamisessa vaikuttavat normit ovat *joka tapauksessa* periaatteen luontoisia ja päähuomio kiinnittyy tämän normityypin ominaisuuksien esittelyyn.

[14] Epämääräisyys on tietysti suhteellista: Joku voisi pitää syyntakeisuuden ikärajaa täsmällisenä. Toinen voisi lukea sen epätäsmällisten joukkoon ja kysyä, kuinka menetellä 15-vuotissyntymäpäivänä tehdyn rikoksen suhteen.

[15] Ero edelliseen ryhmään on usein kosmeettinen (esim. valinta ilmaisujen "voidaan määrätä" ja "on määrättävä" välillä on tuskin aina harkittu, vrt. RL 3:9, jossa käytetään eri ilmauksia ilman järkevää selitystä). Lopputuloksen kannalta tekniikalla ei tässä ole myöskään asiallista eroa. Sisällön ollessa joka tapauksessa epätäsmällinen, voi tuomioistuin vält-

hän kuuluvat useat lajivalintaa koskevat normit. Vankeus "voidaan" määrätä ehdolliseksi, jos "yleinen lainkuuliaisuus" ei muuta vaadi (EhdL 1 §). Tuomioistuin "saa" jättää rangaistuksen tuomitsematta, jos rikos on "vähäpätöinen" ja johtunut "olosuhteet huomioon ottaen anteeksi annettavasta ajattelemattomuudesta jne "(RL 3:5[3]). Samaan kuuluu myös asteikosta poikkeamista koskeva normi. Tuomioistuin "saa" alittaa vankeudelle asetetun erityisminimin tai tuomita vankeuden sijasta sakkoon, jos tähän on "erityisiä syitä" (RL 3:5[2]).

Varsinainen mittaamisproblematiikka kytkeytyy periaatenormeihin ja rikoslain 6 luvun määräyksiin. Ne osoittavatkin havainnollisesti, kuinka normi voidaan tulkita vuoroin säännöksi ja vuoroin periaatteeksi. Mittaamisen pääsääntö - RL 6:1[1] 2-lause — on tulkittavissa säännöksi siten, että rangaistus on mitattava *juuri* oikeudenmukaiseksi suhteessa syyllisyyteen, vahinkoon ja vaaraan. Optimointikäskynä se taas kuuluisi seuraavasti (P1).

> P1 rangaistus on mitattava *mahdollisimman oikeudenmukaisessa* suhteessa rikoksen vahingollisuuteen, vaarallisuuteen sekä tekijän teosta ilmenevään syyllisyyteen.

Lain 2 ja 3 §:n koventamis- ja lieventämisperusteiksi otetut kriteerit voivat yleensä toteutua eriasteisesti. Näissä tapauksissa optimointikäskyyn liitetään perusteiden asteikollisuuden ohella myös vaikutuksen suunta. Koventamisperusteita yhteisesti koskeva optimointikäsky kuuluisi esimerkiksi:[16]

> P2 mittaa rangaistus *sitä ankarammaksi, mitä suunnitelmallisemmasta* toiminnasta on kyse, *mitä vakavampia* ovat ne rikokset joiden tekemistä varten ryhmä on järjestäytynyt (ja mitä kiinteämpi on järjestäytymisen aste) ja *mitä ilmeisempää piittaamattomuutta* lain kielloista ja käskyistä uusiminen tekijässään osoittaa.

Lieventämisperusteissa asteikollisuus voidaan kytkeä useampaan kohtaan. Kyse on seikoista, jotka ovat "vaikuttaneet" tai "johtaneet" rikokseen. Asteikollisuus voi koskea joko *vaikuttamisen astetta*, itse *kriteereitä* tai molempia. Saadaan vaihtoehtoiset formulat:

> P3 mitä *enemmän* rikokseen on vaikuttanut huomattava painostus, uhka tms. vaikutin, sitä lievemmäksi on rangaistus mitattava, tai
> P3' mitä *huomattavampi* on rikokseen johtanut painostus, uhka tms. vaikutin . . .;

---

tää ehdottomaksi muotoillun säännön tuoman jäykkyyden katsomalla, etteivät sen soveltamisen ehdot vielä ole täyttyneet.

[16] Optimointikäskyjen sisällön muotoilu on tietysti tulkintakysymys. Tässä suhteessa tekstissä esitetyt versiot ovat vain esimerkkejä.

P4 mitä *voimakkaampi* on rikokseen johtanut inhimillinen myötätunto taikka mitä *poikkeuksellisempi ja äkkiarvaamattomampi* on ollut rikokseen johtanut houkutus tai muu sellainen seikka, joka on ollut omiaan heikentämään tekijän kykyä noudattaa lakia, sitä lievemmäksi on rangaistus mitattava, tai

P4' mitä *enemmän* rikokseen on johtanut (voimakas) inhimillinen houkutus ja mitä enemmän poikkeuksellinen ja äkkiarvaamaton houkutus tai muu vastaava seikka on ollut omiaan heikentämään tekijän kykyä noudattaa lakia, sitä . . ., sekä

P5 mitä oma-aloitteisemmin ja menestyksellisemmin tekijä on pyrkinyt estämään tai poistamaan rikoksensa vaikutuksia tai edistämään rikoksensa selvittämistä, sitä lievemmäksi on rangaistus mitattava.

Myös lakiin sisältyvän kohtullistamislauseke voidaan tulkita periaatteeksi. Olettaen, että kohtuullistaminen merkitsee aina lieventämistä (ks. jakso III.C.2.), saadaan seuraava formula.

P6 *mitä kohtuuttomampaan* lopputulokseen rikoksesta normaalikäytännön mukaan määrättävä rangaistus yhdessä teosta tekijälle aiheutuvien muiden seurausten kanssa johtaa, *sitä enemmän* on tuota normaalirangaistusta lievennettävä.

Verrattaessa yllä muotoiltuja malleja lainsäätäjän käyttämään, havaitaan lain edustavan usein säännön muotoon puettu normia (vrt. erit. RL 6:1 ja 6:4). Taajaan pohdittuun kysymykseen, kumpi normityyppi on parempi ei ole yleistä vastausta (ks. *Kennedy* 1976 s. 1701 ss).[17] "Paras" vaihtoehto on suhteellinen sen mukaan *kenen kannalta* asiaa tarkastellaan, *mihin tavoitteisiin* pyritään ja *mitkä tausta-arvot* hyväksytään. Eri vaihtoehtojen hyviä ja huonoja puolia

[17] Tämäkään ei ole joko-tai-valinta, vaan molempia normityyppejä käytetään rinnan. Rangaistuksen mittaamiseen liittyvistä järjestelyistä voi mainita päiväsakon rahamäärän vahvistamista koskevat normit: RL 2:4a[1] velvoittaa vahvistamaan rahamäärän sellaiseksi, jota tuomitsemisen aikana on pidettävä sakotettavan maksukykyyn nähden *kohtuullisena*. Tämä on *periaate* (optimointikäsky—määrää mahdollisimman kohtuullinen päiväsakko). Jo seuraava momentti sisältää sisällöltään verraten epämääräisen *ehdollisesti sitovan säännön:* kohtuullista on kolmasosa keskimääräisestä kokonaispäivätulosta. Sitä seuraa heti määräys, joka oikeuttaa poikkeamaan tästä säännöstä elatusvelvollisuuden tai muiden maksukykyyn vaikuttavien seikkojen perusteella. Ne voidaan ymmärtää *periaatteiksi* (ota mahdollisimman tarkasti huomioon myös maksukykyyn vaikuttavat seikat), mutta niitä täsmennetään vuorostaan jälleen asetukseen otetuilla *säännöillä*: Esimerkiksi elatusvelvollisuus alentaa rahamäärää 8 mk/elätettävä. Näiden ohella laki sisälsi myös kaksi *sisällöllisesti täsmällistä ja ehdotonta sääntöä*: Päiväsakon rahamäärä ei saa ylittää verotuksen jälkeen käyttöön jäävää päivätuloa eikä alittaa 20 markkaa (RL 2:4a sekä SakkoA).

voi tarkastella esimerkiksi sen mukaan, millaisia mahdollisuuksia ne tarjoavat vuoroin käytännön säilyttämiseen tai sen muuttaamiseen (periaatteet sallivat usein sääntöjä joustavammin käytännön muuntumisen). Voidaan myös pitää silmällä sitä, millaisia keinoja eri mallit tarjoavat lainkäyttäjän toiminnan kontrolloimiseksi, tai miten niillä taataan muodollinen oikeusturva ja ennakoitavuus. Valinta on aina oikeuspoliittinen ja perustellun ratkaisun tekeminen on mahdollista vasta tiedettäessä mm. ne *tavoitteet,* johon sääntelyllä pyritään sekä valitun keinon *mahdollisuudet edistää tuon tavoitteen saavuttamista.* Vaaditaan myös tieto siitä, kuka normeja *soveltaa,* kuka ne *säätää* ja miten ne voidaan *muuttaa* jne.

Huomautukset pätevät myös pohdittaessa yksittäisten mittaamisnormeja koskevien formulointien paremmuuttaa. Sääntelytekniikkaa pohdittaessa on otettava huomioon esim. RL 6 luvun tavoitteet ja tausta-argumentit ja toisaalta se, että periaateformuloinnit korostavat usein argumentin suhteellisuutta, kun taas säännöillä on kovemmalta kalskahtava paino. Kun lainsäätäjä esimerkiksi on formuloinut RL 6:1:n säännön muotoon, on se puolustettavissa tilanteessa, jossa tahdottiin selvästi irtautua erityispreventiivistä tavoitteenasetteluista oikeudenmukaisuusajattelun hyväksi. Sääntelyteknisiin kysymyksiin palataan lähemmin jaksoissa II.F. ja VI.

3. Normiteoria ja mittaamistutkimus

3.1. Yleistä

Periaatteiden sisällyttäminen oikeusjärjestykseen vapauttaa siitä mustavalkoisesta oikeusajattelusta, joka pitää asiaa oikeudellisesti avoimena siihen saakka, kunnes kysymyksestä on annettu sitovin oikeuslähtein selvä sääntö. Periaatteet tunnustava ajattelu näkee oikeudellista sääntelyä siellä, missä sääntöhakuinen lähestymistapa otaksuu kentän avoimeksi vapaalle harkinnalle. "Harmaatkin alueet" ovat oikeudellisesti säädeltyjä, joskin normatiivisuus on heikompaa.

Konkreettisen mittaamistutkimuksen kannalta periaatehakuisuus merkitsee ensinnäkin (1) *lopullista irtautumista vapaan harkinnan dogmista.* (2) Toiseksi periaatteiden tunnustaminen johtaa *etsimään painotuksia sieltä, missä ensinäkemältä on vain joko-tai valintoja.* Päädytään näin rikkaampaan argumentaatioon pohjaaviin ja siten yleensä myös asiallisesti parempiin ratkaisuihin. (3) Kolmanneksi mittaamisargumentaation normatiivista perustaa voidaan täs-

mentää ja rikastuttaa periaatteiden etusijaehtojen erittelyn avulla. Teknisessä mielessä tämä tapahtuu konstruoimalla oikeustosiseikaston ja oikeusseuraamuksen yhteen kytkeviä heikosti velvoittavia *mittaamispresumptioita.*

3.2. Mittaamisperusteiden analyysi

3.2.1. Koherenssi ja systeemiyhteys

Periaatteiden etusijajärjestystä hahmottavia presumptioita päästään muotoamaan vasta kun tiedetään, mitkä tapauksia identifioivat seikat ovat minkäkin periaatteen kannalta relevantteja. Tässä on hyödyksi käsitteellinen jako *yleisiin mittaamisperiaatteisiin* ja *yksittäisiin mittaamisperusteisiin.*[18–19] Mittaamisperusteita erittelemällä konkretisoidaan yleisempien periaatteiden sisältöä ja vaatimuksia. On osoitettava, että ratkaisussa vaikuttava spesifimpi normi on osa yleisemmästä periaatteesta siten, että se konkretisoi tuon periaatteen vaatimuksia po. yksittäistapauksessa. Kyse on näytön esittämiseksi siitä, että tarkasteltava yksittäinen peruste tukee ja edistää yleisen periaatteen mukaisia arvoja ja tavoitteita—on siis koherenssissa yleisen periaatteen kanssa.[20] Koherenssin ja systeemiyhteyden osoittaminen edellyttää vuorostaan *merkityssisällön* vahvistamista yleisemmille periaatteille. Vasta kun tämä on tiedossa, on mahdollista osoittaa konkreettisen perusteen yhteys näin määriteltyyn yleisempään periaatteeseen.

> Esimerkiksi käy suositus, jonka mukaan suhteellisuusperiaate vaatii, että teolla aiheutettu vahinko otetaan huomioon törkeysarvostelussa. Ottamatta kantaa aineellisiin kysymyksiin on joka tapauksessa aina edellytettävä, että suhteellisuusperiaatteelle (ja vahingolle) on annettu jokin perusteltu ja eksplikoitu sisältö. Toiseksi vaaditaan osoitus siitä, että vahinkoon tulisi kiinnittää huomio *juuri niistä syistä*, jotka voidaan esittää suhteellisuusperiaatteen taakse sille keskustelussa annetussa merkityksessä. Voisi päteä esim. seuraava päättely: (a) suhteellinen oikeudenmukaisuus edellyttää rikoksen törkeyden ja rangaistuksen ankaruu-

---

[18–19] Termiä "periaate" käytetään nyt tietysti aikaisemmasta poikkeavassa merkityksessä. Kyse ei ole säännön vastineparista, vaan "yleinen mittaamisperiaate" on yksinkertaisesti *sovellutusalaltaan laajempi* kuin sitä konkretisoiva "yksittäinen mittaamisperuste". Molemmat ovat yleensä periaatteen tyyppisiä normeja, joskaan tämä ei ole välttämätöntä. - Periaatteelle annettavista mahdollisista merkityssisällöistä ks. erityisesti *Sundby* 1974 s. 190 ss. (vrt. esim. yleinen periaate, asia on "periaatekysymys", "periaatteessa" olen kyllä sitä mieltä (mutta käytännössä) jne).

[20] Koherenssin ("coherence") ja "tukemisen" ("support") käsitteistä ks. tarkemmin *Peczenik* 1983 s.88—90, sama 1986 s.107—114 ja *Alexy* 1985a s.112-114 sekä myös *Aarnio* 1982 s.164 viitteineen.

den välille oikeustajunnan vaatimaa suhdetta, (b) on riittävät perusteet uskoa, että yleisö arvottaa rikoksen niillä aiheutettujen vahinkojen mukaan, (c) vahinko on suhteellisuusperiaatteen edellyttämä mittaamisperuste (kysymyksen asiallisesta puolesta ks. jakso III.C.).

Periaatteisiin vetoaminen jää argumentaationa sisällöltään tietysti epätarkaksi, mutta argumentaatiota voidaan krittisesti eritellä ja jatkaa, sen mukaan kun on aikaa ja mahdollisuuksia.[21] Vaikka päätösperusteluissa voidaan viitata löyhästi vain siihen, että rangaistus on oikeudenmukaisessa suhteessa rikokseen sen mukaan kuin "ansainnan periaate" edellyttää, saadaan konkreettiset perusteet esille kysymysketjua jatkamalla. Samalla formuloidaan perusteita, joita on mahdollista käyttää mittaamispresumptioiden raaka—aineena. Asian havainnollistamiseksi voidaan kuvitella vastauksia kysymykseen, miksi törkeästä veropetoksesta langetettiin juuri 1 vuoden 6 kk:n rangaistus? Vastauksina voisivat olla esim:

1 Tekijä ansaitsi tämänsuuruisen rangaistuksen.

2 Rangaistus on oikeudenmukaisessa suhteessa rikoksen vahingollisuuteen ja tekijän syyllisyyteen.

3 Rangaistus on oikeudenmukaisessa suhteessa teon törkeyteen ottaen huomioon valtiolta pidätettyjen verojen suuren määrän ja tekijän suunnitelmallisuuden.

4 Rangaistus on oikeudenmukainen, ottaen huomioon pidätettyjen varojen määrä sekä erityisesti se, että tekijä on pitkäaikaisin valmistelutoimin pyrkinyt takaamaan tekonsa onnistumisen ja estämään sen paljastumisen.

5 Rangaistus on oikeudenmukainen, ottaen huomioon varojen määrä, valmistelutoimet sekä vastaavanlaisista veropetoksista kuin myös muista omaisuusrikoksista langetettujen rangaistusten taso.

---

[21] Sen jälkeen kun ratkaisu on tehty ja perusteet eritelty, palaaminen taustalla olevaan periaatteeseen on tietyssä mielessä turhaa (näin *Makkonen* 1981 s.220 ja 225, vrt. myös *Aarnio* 1982 s.92). Voisi jopa sanoa, että etusijaehtojen erittelyn tavoitteena on juuri alkuperäisen periaatteen korvaaminen tarkemmin argumentein. Tämä ei kuitenkaan merkitse, etteikö tuon periaatteen ja sen ilmentämiä arvovalintoja tarvittaisi *jossakin toisessa*, toistaiseksi jäsentymättömässä ratkaisutilanteessa. Yleisten mittaamisperiaatteiden puolustukseksi voi myös esittää niiden *keskustelua ja mielipiteenvaihtoa helpottavat ominaisuudet*. Rikosoikeudessa niissä tiivistyvät keskeiset ja monitahoiset ihmisten kohtelua koskevat eettis-poliittiset kannanotot. Niitä käyttämällä voidaan lyhyesti ja ytimekkäästi tuoda esiin erilaisiin järjestelyihin liittyvien oikeusvaikutusten olennaiset piirteet. Myöhempään esitykseen viitaten (jakso II.C.3.2.3.) voi myös sanoa, että yleiset periaatteet edustavat epätarkkaa, mutta välttämätöntä intuitiivista tasoa. Niiden erittely ja konkretisointi yksittäisiksi perusteiksi ja spesifimmiksi periaatteiksi merkitsee taas siirtymistä intuitiiviselta kriittiselle tasolle. Yleiset oikeus-ja moraaliperiaatteet ovat juridisessa ajattelussa välttämättömiä paljolti samoista syistä, kuin moraalissa joudutaan tyytymään epätarkkoihin intuitiivisiin periaatteisiin.

Mitäänsanomatonta ansainnan perustelua täsmennettiin ensin käsitteellisin selvennyksin ja osoittamalla mihin "ansainta" on perustunut. Tästä edettiin näiden kriteereiden tarkentamiseen, ja lopulta otettiin huomioon myös oikeuskäytännön aikaisemmat ratkaisut.

3.2.2. Punninta ja periaatteiden välinen jännite

Edellisen jakson veropetosta koskeva esimerkki selvensi vain yhden "yleisen mittaamisperiaatteen" sisältöä ja niitä syitä, joihin tuota periaatetta käytettäessä tosiasiallisesti vedotaan. Todellinen tilanne on kuitenkin tätä mutkikkaampi, sillä ratkaisut tehdään yleensä *eri periaatteita toisiaan vasten punniten.*[22] *Yleisten mittaamisperiaatteiden* punninnassa on kysymys siitä, kuinka painottaa eri suuntiin vetäviä periaatteita (esimerkiksi yleisestävyyttä, erityisestävyyttä, oikeudenmukaisuutta ja kohtuutta). Periaatteiden painon määräävät niiden edustamien tausta-arvojen ja tavoitteiden merkitys. *Konkreettisempien mittaamisperusteiden* tasolla kysymys on siitä, onko ratkaisussa lupa kiinnittää huomiota—ja jos niin kuinka paljon— esim. sellaisiin seikkoihin, kuten vahinko, vaara, tavoitteet, heikentynyt lainnoudattamiskyky, aikaisempi rikollisuus, teosta aiheutuneet ylimääräiset kärsimykset, rangaistuksen tuottama epä-

[22] Anglosaksisissa esityksissä mittaamisessa vaikuttavien periaatteiden toimintaa ja painoarvoa on yleensä havainnollistettu joko yksi- tai kaksiulotteisin asetelmin. Päätöksentekovaihtoehtoina ovat yleensä vankeus ja vapaudessa täytäntöönpantavat rangaistukset. Mittaamisperusteina (-periaatteina) ovat vuorostaan aikaisempi rikollisuus sekä teon törkeys. Näiden eri yhdistelmiä vastaavat sitten presumptiot vankeuden puolesta tai vastaan (in-out line, tekniikasta erityisesti *von Hirsch* 1985 s.21 ss). Ratkaisuun vaikuttaa kuitenkin kahta useampi periaate. Lähemmäksi todellisuutta päästäneen, jos eri suuntiin vetäviä periaatteita kuvataan kolmion sivuina ja niiden painoarvoa pistein (ks. myös *Svensson* 1976). Tapauksen sijoittuminen kuution sisällä olisi periaatteiden painoarvojen projektio. Ratkaisussa vaikuttavat *samanaikaisesti* useat *erisuuntaiset ja eritasoiset* periaatteet. Kuten *Engisch* kirjoittaa: "Ich würde daher nicht von einer *Reduktion* der mehrdimensionalen Ordnung der Strafzumessungsründe auf eine Reihe dieser Gründe sprechen, sondern von einer *Projektion* jener mehrdimensionalen Ordung auf eine Skala der Strafmasse" (*Engisch* 1953 s.289). Lopulliseen rangaistukseen päästään vasta usean vaiheen kautta. Vaikka mittaamisperiaatteet (kuution sivut) säilyisivät samoina, näitä mittaamisperiaatteita arvioidaan jokaisessa osaratkaisussa uudestaan. Periaatteiden painotus voi muuttua ja itse periaatteetkin voivat vaihtua. Toisin sanoen, eri osaratkaisut voivat perustua eri periaatteisiin ja periaatteita voidaan painottaa eri tavoin.—Täydentämällä kuva kaikilla mittaamisessa vaikuttavilla periaatteilla ja säännöillä yleisimmistä spesifisimpiin, analysoimalla tilanteet rikostyypeittäin ja ottamalla huomioon kaikki määräämisen osaratkaisut, saadaan tuntuma niiden ongelmien laatuun ja laajuuteen, johon rangaistuksen mittaaja yksittäistapauksissa ja mittaamisoppi yleisesti joutuu ottamaan kantaa.

tavallinen haitta jne. Niiden painoarvon määrää yhteys taustalla oleviin periaatteisiin ja se, missä määrin ne edustavat ja tukevat eri periaatteiden edustamia arvoja ja tavoitteita. *Samalla* kun periaatteita punnitaan *toisiaan vasten,* niiden vaatimuksia myös *konkretisoidaan yksittäisin perustein.* Edetään tavallaan samanaikaisesti horistonaalisessa (oikeudenmukaisuus < > yleisestävyys) ja vertikaalisessa (perusteiden johtaminen yleisistä periaatteista) tasossa.

3.3. Mittaamispresumptiot ja ratkaisun normatiivinen perusta

Mittaamisperiaatteiden ja -perusteiden erittely ei sinänsä vie ratkaisijaa oikeusseuraamuspuolelle, mutta tuottaa tietoa tilanteen varalle, jossa ratkaisijalla ajatellaan olevan jo käytössään tietty lähtötaso (tyyppitapaus ja sitä vastaava rangaistusvyöhyke) johon tuomittavana olevaa tapausta verrataan. Lähtötason luominen edellyttää taas oikeustosiseikaston puolella muotoiltaviksi mittaamisperiaatteiden ja mittaamisperusteiden *yhdistelmiä,* joille etsitään vastineet oikeusseuraamuksen puolelta. Tämä tapahtuu mittaamispresumptioin. Mittaamispresumptioiden ajatuksena on, että tiettyä faktayhdistelmää varten varataan tietty määrältään, laadultaan tai molempien osalta presumoitu sanktio. Tuota sanktiota olisi prima facie käytettävä, jollei siitä olisi hyvät syyt (sen mukaan kun argumentaatio ja oikeuslähdesäännöt edellyttävät) poiketa. Tällöin olisi luotu jälleen uusi edellistä spesifimpi presumptio. Mittaamispresumptiot ilmaisevat kollisionormin, joilla täsmennetään mittaamisessa vaikuttavien periaatenormien välisiä suhteita (tarkannetaan etusijaehtoja).

Mittaamispresumptiot ovat todellisuutta toimivassa oikeuskäytännössä. Esimerkin tästä tarjoavat useat viime aikoina annetut ehdollista rangaistusta koskevat päätökset. KKO on esimerkiksi ratkaisussaan 3864/1982 perustellut ehdollisen rangaistuksen käyttöä esimerkiksi seuraavasti:

> "H:n syyksi luettujen rikosten *lukuisuus, osittainen suunnitelmallisuus ja se, että H on ollut johtavassa asemassa rikollisessa toiminnassa, johon on osallistunut monia muitakin henkilöitä,* perustelevat sitä, että yleisen lainkuuliaisuuden ylläpitäminen vaatii rangaistuksen tuomitsemista *ehdottomana.*
>
> *Toisaalta* vuonna 1916 syntyneen H:n terveydentilasta esitetty selvitys osoittaa hänen sairastavan niin vakavaa sydänsairautta, että vankeusrangaistuksen täytäntöönpano ja täytäntöönpanon jatkuva uhka saattavat pahentaa hänen sairauttaan ja johtaa suoranaiseen hengenvaaraan. Näin viimeksi mainitut seikat puoltavat rangaistuksen määräämistä ehdolliseksi niin voimakkaasti, että yleisen lainkuuliaisuuden ylläpitäminen ei *tässä tapauksessa* vaadi rangaistuksen tuomitsemista ehdottomana."

Ensimmäinen vaihe kuvasi tekotapaan ja teko-olosuhteisiin pohjaavan presumption ehdottoman vankeuden puolesta. Toisessa vaiheessa se kumottiin vetoamalla tekijän henkilökohtaisiin oloihin. Näin luotiin uusi, subjektiiviseen rangaistuskärsimykseen perustuva presumptio ehdollisen puolesta.

Mittaamistutkimuksen lopullinen tavoite on tämänkaltaisten presumptioiden tiivistäminen. Näin luotaisiin eräänlainen ''verkko'' seuraamusjärjestelmän ja rangaistusasteikkojen päälle. Tuon verkon ''silmät'' edustaisivat systemaattiseen muotoon saatettuja presumptioita. ''Verkonsilmien'' pienentäminen samalla vahvistaisi mittaamisen normatiivista perustaa ja johtaisi, paitsi yhtenäisempään, myös sisällöllisesti oikeudenmukaisempaan mittaamiskäytäntöön.

Mittaamispresumptioiden rakentelu on siten *mittaamistutkimuksen toinen vaihe*. Sekin voi edetä yleisestä yksityiskohtaisempaan, sillä presumptioiden spesifisyysaste vaihtelee sen mukaan, kuinka tarkkaan niillä rajataan oikeustosiseikaston materiaali, ja kuinka laaja on niihin liitetty mahdollisten oikeusseuraamusten valikoima. Sen mukaan kuinka spesifiin analyysiin tahdotaan päästä, vaihtelevat myös metodit. Perinteiset tulkintajuridiset välineet ja pehmeät oikeustapausanalyysit riittävät yleisemmällä tasolla. Edettäessä kohden yksityiskohtaisempia presumptioita mukaan tulevat kovat kvantitatiiviset analyysit.

4. Mittaamispresumptioiden formulointi: eräs argumentointiesimerkki

Seuraavassa eritellään ja tarkennetaan esimerkinomaisesti ehdollisen vankeusrangaistuksen käyttöä säänteleviä mittaamispresumptioita asian teknisen puolen havainnollistamiseksi.[23] Ratkaisussa vaikuttavina periaatteita (optimointikäskyjä) olisivat: (1) *pienimmän puuttumisen periaate* (epätietoisessa tapauksessa käytä lievintä keinoa, aiheuta niin vähän kärsimystä kuin mahdollista jne), (2) *yleisestävyys* (käytä rangaistuksia siten, että mahdollisimman tehokkaasti ehkäiset rikosten tekemisen), (3) *suhteellinen oikeudenmukaisuus* (määrää rangaistus mahdollisimman oikeudenmukaisessa suhteessa rikoksen törkeyteen, pyri riittävässä ja tarpeellisessa määrin noudattamaan yleisen oikeustajunnan vaatimuksia) ja (4) *haittaminimointi ja erityisprevention negatiivinen tulkinta* (käytä mahdollisimman vähän haittaa aiheuttavia seuraamuksia). Näistä pre-

[23] Argumentaatiossa vaikuttavat periaatteet ja perusteet oletetaan teknisistä syistä jo justifioiduksi. Tämä pätee yleisemminkin luvun II tarkasteluhin, joissa eri periaatteita käytetään ottamatta toistaiseksi kantaa niiden justifikaatioon.

misseistä voitaisiin ehdollisen rangaistuksen käyttöä ohjaavien mittaamispresumptioiden sarjaa rattijuopumustapauksissa hahmottaa seuraavasti:

Argumentin sisältö	*Argumentin selitys*
I. Lähtötilanne:	
1 *Ehdollinen vankeusrangaistus:*. Perusteena EhdL 1 §: Vankeusrangaistus tulisi määrätä lähtökohtaisesti ehdolliseksi, jollei yleisen lainkuuliaisuuden ylläpitäminen muuta vaadi.	*Lievimmän kohtelun prima facie etusija*, yleisestävyyden etusija seuraaviin periaatteisiin nähden.
2 *Ehdoton vankeusrangaistus:* Yleisestävyys ja suhteellinen oikeudenmukaisuus vaativat, että *vakavista* rikoksista tuomitaan ehdoton vankeusrangaistus.	*Yleisestävyyden ja oikeudenmukaisuuden* mukaantuonti käyttäen yksittäisenä perusteena *rikoksen vakavuutta*.
II. Ensikertalaisuuteen perustuvan ehdollisuuspresumption justifiointi:	
3 *Ehdollinen*: Vaikka kyseessä olisikin vakava rikos, josta edellämainituin syin tulisi tuomita ehdoton vankeus, ovat *laitosrangaistuksen haitat* ensikertalaiselle niin suuret, ettei ehdotonta vankeutta tulisi vielä näissä tapauksissa tuomita pelkästään rikoksen vakavuuden perusteella.	*Negatiivisen erityisprevention* mukaantuonti, käyttäen *vankilan haittavaikutuksia* perusteena, joka ohitti painossaan rikoksen vakavuuteen perustuvat yleisestävät- ja oikeudenmukaisuusargumentit.
4 *Ehdoton*: Yleisestävyys on tavallista tärkeämpi päätöksentekokriteeri rattijuopumuksen yhteydessä, jonka vuoksi ehdotonta on syytä käyttää silloinkin, kun ensikertaisuus muiden rikosten yhteydessä oikeuttaisi rangaistuksen määräämiseen ehdolliseksi.	Yleisprevention aseman vahventaminen vetoamalla rikostyypin erityisasemaan.
5 *Ehdollinen*: Mitään rikosta ei EhdL:n esitöiden mukaan saisi asettaa erityisasemaan, vaan ehdollisen rangaistuksen kynnyksen tulisi olla sama kaikissa rikoksissa.	Edellisen torjunta *esityötulkinnan* nojalla.
6 *Ehdoton*: Esityöt eivät voi kumota sitä tosiseikkaa, että rangaistuksella on rattijuopumuksen ehkäisyssä erityinen pelotusvaikutus, joka heikkenisi ratkaisevasti jos ensikertalaiset tuomittaisiin ehdolliseen rangaistukseen.	Esityöargumentin riitauttaminen *realisten preventioargumenttien* nojalla.

7 *Ehdollinen*: Yleisprevention pelotusvaikutus on marginaalinen eikä sen tehoon vaikuta se, määrätäänkö ensikertalaiselle rattijuopolle ehdollinen vai ehdoton vankeusrangaistus.

Edellisen riitauttaminen *empiiriseen tutkimustietoon* vedoten.

8 *Ehdoton*: Asiasta voi teoretisoida miten tahtoo. Laki edellytti, että ratkaisu tulee tehdä yleisprevention nojalla eikä sen todistamiseksi, että ankarammat rangaistukset pelottavat lieviä tehokkaammin tarvita tutkimuksia. Siihen riittää terve järki, joka sanoo, että rattijuopumusten kasvu on pysäytettävissä ottamalla käyttöön ehdottomat vankeusrangaistukset

"Terve järki" *manipulatiivisena argumenttina*.

9 *Ehdollinen*: Terve järki kertoo, että kovemmat rangaistukset ovat lieviä tehokkaampia, mutta se ei todista, että ensikertalaisen rattijuopon tuomitseminen ehdottomaan vankeusrangaistukseen vähentäisi rattijuopumuksesta aiheutuvia haittoja tavalla, joka oikeuttaisi tämän rikoksen yhteydessä poikkeamaan muutoin yleisesti hyväksytystä periaatteesta, jonka mukaan ensikertalaiselle rikoksentekijälle voidaan tuomita ehdoton vankeus vasta, kun kyse on huomattavan törkeästä rikoksesta. Väite rikosten lisääntymisestä on perätön. Yleisestävyys ehdollisen vankeuden käyttökriteerinä viittaa ensi sijassa integraatioprevention, joka vuorostaan perustaa paljossa oikeustajunnan vaatimuksiin. Asenteet rattijuoppoja kohtaan ovat yleisön keskuudessa kovat, mutta perustuvat suurelta osin virhetietoihin. Rangaistusvaatimuksia tulkittaessa on otettava huomioon myös tiedon taso ja käsitysten rationaliteetti.

"Terveeseen järkeen" pohjaavan argumentin torjuminen osoittamalla sen epämääräisyys sekä vetämällä mukaan rangaistuksiin liittyvät haitat, käytäntöjen johdonmukaisuus ja teoreettinen erittely yleisestävyydelle lajivalintaperiaatteena annettavasta sisällöstä; samanaikainen argumentointi *haittaminimoinnin, yhdenvertaisuuden ja yleisestävyyden* avulla.

III. Ensikertalaisuuteen perustuvan ehdollisuuspresumption kumoaminen ja rikoksen vakavuuteen perustuvan presumption justifiointi:

10 *Ehdoton*: Normaalitilanteessa voidaan hyväksyä ensikertalaisten tuomitseminen ehdolliseen rangaistukseen, mutta etenkin tapauksissa, joissa rikoksesta on vakavat seuraukset, yleisestävyys ja suhteellisuusperiaate edellyttää rikoksesta ehdotonta vankeusrangaistusta.

Tapausfaktoja kasvattamalla luotiin *uusi tilanne*, jossa ehdottoman vankeusrangaistuksen käyttö perustellaan *yleisestävyyteen ja oikeudenmukaisuuteen* vedoten.

IV. Rikoksen vakavuuteen pohjaavan ehdottomuuspresumption kumoaminen poikkeusargumentein:

11 *Ehdollinen*: Myös vakaviin seurauksiin johtavissa tapauksissa voidaan vielä käyttää ehdollista vankeutta, mikäli ehdottoman vankeuden käyttöön liittyy tekijän ikä, tai henkilökohtaiset olot huomioon ottaen poikkeuksellisen vakavia haittoja tai kärsimyksiä tai jos tekijälle on teon johdosta aiheutunut muita vakavia seurauksia.

Rikoksen vakavuuteen perustuvan ehdottomuuspresumption kumoaminen vetomalla *reaalisiin tavoite- ja arvoargumentteihin*; siis periaatteiden tasolla *kohtuuteen ja erityisprevention negatiiviseen tulkintaan.*

Esimerkki tuo esiin sen mutkikkaan ja monivivahteisen tavan, jolla yleiset mittaamisperiaatteet ja yksittäiset mittaamisperusteet kietoutuvat keskustelussa toisiinsa silloinkin, kun tarkasteltavana on verraten yksinkertainen asetelma (ehdollinen vaiko ehdoton vankeusrangaistus). Havaittiin myös, kuinka eteneminen kohden vähänkin yksityiskohtaisempia mittaamispresumptioita johtaa nopeasti *erimielisyyksiin*. Suositettava vaihtoehto on *argumentoitava*, ja tässä saatetaan joutua hyvinkin pitkiin argumenttiketjuihin. Esimerkissä sellainen konstruoitiin vaiheeseen II.[24] Tavoitellun yksimielisyyden esteenä voivat olla esim. käsitteelliset erimielisyydet, tosiasioita koskevat erimielisyydet tai yksinkertaisesti perustelemattomat arvostuserimielisyydet. Argumentaatiossa saattaa vielä esiintyä psykologisia manipulaatioon perustuvia yrityksiä, jotka tulee rationaalisuuteen pyrkivässä keskustelussa torjua. — Mitä itse lopputuloksen sekä argumentaatiossa esitettyjen käsitysten *hyväksyttävyyteen* sekä *pitävyyteen* tulee, on sen todistaminen olennaisesti justifiointia, argumentaatiota ja lähteitä koskeva sisällöllinen ongelma.

[24] Argumentoinnilla voidaan toistaiseksi tarkoittaa lähinnä *keskustelua, jossa relevanteihin oikeuslähteisiin vedoten saadaan vastapuoli vakuutettua oman kannan oikeutuksesta.*

C. LÄHTEET JA ARGUMENTAATIO

1. Mittaaminen ja oikeudellisen ratkaisuteorian ongelmat

1.1. Perusteoria - kuvaus ja kritiikki

Saksalaisen kielialueen ns. vallitseva kanta määrittää rangaistusasteikon joustavaksi oikeusnormiksi, joka edustaa kaikkia tietystä rikostyypistä mahdollisesti seuraavia rangaistuksia. Tunnusmerkistössä ilmauksensa saanut rikostyyppi vuorostaan edustaa kaikkia rikoksen mahdollisia ilmenemismuotoja. Rikosten oletetaan olevan ajatuksellisesti järjestettävissä asteikolle siten, että rikoksen törkeintä ilmenemismuotoa vastaa asteikon maksimi ja lievintä sen minimi (*Frisch* 1971 s.191-192 ja *Henkel* 1969 s.21). Tuomarin tehtäväksi jää konkreettisen rikoksen sijoittaminen näiden ääripäiden väliin sen mukaan, kun rikoksen rangaistusarvo edellyttää.

Päätöksen eteneminen on kuvattu siten, että tuomioistuin kuvittelee mielessään ensin kaikki rikostyypin eriasteiset mahdolliset ilmenemismuodot, asettaa ne järjestykseen lievimmästä ankarimpaan, "täyttää" kuvitelmissaan rangaistusasteikon po. tapauksilla ja lopuksi katsoo, minkä paikan asteikolta nyt tuomittavana oleva tapaus on saanut (*Frisch* 1971 s.193-194). Saman mallin mukaan ratkeaa myös ratkaisun justifiointi. Asteikko muodostaa oikeudellisesti sitovan mittapuun - arvoasteikon ("Wertskala") - josta kullekin rikokselle on löydettävissä oma paikkansa. Tämä paikka selviää lainsäätäjän tarkoitusta tutkimalla (*Bruns* 1974 s.91-94 sekä *Frisch* 1971 s. 161). Rangaistuksen määrääminen on siis lakiin sisältyvän arvostuskannanoton konkretisointia lain tarkoituksen toteuttamiseksi yksittäistapauksissa.[1]

Siitä huolimatta, että tuomarilla on käytettävissään joukko arvostusta vaativia joustavia oikeusnormeja, ei hänellä kuitenkaan ole aitoa valinnanvapautta. Vaikka lainsäätäjä on asettanut tuomarin käytettäväksi yhdestä ja samasta te-

[1] "Konkretisierung der gesetzlichen Werturteile und Vollziehung der gesetzlichen Ziele im Einzelfall" (*Bruns* 1974 s.91). Ratkaisuun sisältyvien arvostusnäkökohtien tunnustaminen ei kuitenkaan aseta rangaistuksen määräämistä tällä perusteella muusta oikeudenkäytöstä poikkeavaan asemaan: "Auch Wertungen sind . . . aber kein spezifisches Problem der Strafzumessung, sondern der gesamten Rechtsanwendung" (*Maurach-Zipf* 1978 s.478).

osta useamman rangaistuksen, eivät nämä rangaistukset ole oikeudellisesti tasaveroisia. Kullakin rikoksella on tällä asteikolla oma paikkansa ja näin kutakin rikosta saattaa vastata vain yksi ja ainoa oikea rangaistus.[2] Rangaistuksen määrääminen on klassisen mittaamisdoktriinin mukaan lainsäätäjän arvostusten konkretisointia (ei esimerkiksi tuomarin henkilökohtaisten näkemysten esittelyä). Lainkäyttäjä toimii vain lainsäätäjän jatkeena (''Als verlängerter Arm des Gesetzgebers'', *Bruns* 1974 s.93), ja tuomarin löytämä rangaistus on oikea, koka se on lainsäätäjän tahtoma. Kun lainsäätäjän tahto on selvillä, oikean rangaistuksen löytäminen perustuu loogis-deduktiiviseen päättelyyn.

Mittaamisratkaisu on ts. puettavissa syllogismiin, jossa ylälauseen muodostavat rangaistuksen määräämisperusteet (mittaamista ohjaavat normit) ja alalauseen tosiasiakuvaus (*Frisch* 1971 s.186—187). Edellyttäen, että premissit ovat oikein vahvistetut, ylälauseen normit tulkittu lainsäätäjän tarkoituksen mukaisesti, seuraa tästä loogisella välttämättömyydellä aina yksi ja sama ainoa oikea ratkaisu (=lainsäätäjän tarkoittama rangaistus in concreto, *Frisch* 1971 s.179-189). Näitä lopputuloksia voi olla vain yksi sen vuoksi, ettei lainsäätäjän voida ajatella tarkoittaneen samaan oikeuskysymykseen annettavaksi kahta samanaikaisesti voimassa olevaa keskenään ristiriitaista ratkaisua.[3]

Subsumptioteoriaan kohdistettava kritiikki on kotimaista oikeusteoreettista keskustelua seuranneelle jo perin tuttu, joten pääkohtien kirjaaminen riittänee. Tulkinnassa on viime kädessä kyse kielen ilmaisujen selittämisestä. Näille ei ylipäänsä ole mahdollista vahvistaa oikeata sisältöä, sillä kielellisten ilmaisujen tehtävänä ei juridiikassa ole todellisuuden kuvaaminen (*Aarnio* 1975 s.295 ss. sekä *Makkonen* 1981 s.100-101). Termeillä ei ole *aitoa*, etsinnän jälkeen *löydettävissä olevaa* merkityssisältöä; niille voidaan vain eri perusteluihin nojautuen *antaa* jokin sisältö, joka vuorostaan saa taakseen suuremman tai pie-

[2] ''Theoretisch kann es für eine bestimmte Tat nur eine konkret bestimmte Endstrafe geben, mehrere gleich-richtige Entscheidungen darüber sind nicht denkbar'' (ks. *Bruns* 1974 s.91-92 viitteineen).

[3] Ks. *Frisch* 1971 s.188. Yhden ainoan oikean rangaistuksen teorian (''pisterangaistuksen'', ''Punktstrafe'') rinnalla kannatetaan myös suuremman liikkumavaran sallimaa ''Rahmenstrafe''-oppia. Perustelut ovat kuitenkin käytännölliset. Inhimillisen tiedon vajavuudesta johtuen ei meidän useinkaan ole mahdollista löytää ainoata oikeata ratkaisua. Sitä on ainoastaan mahdollista suuremmassa tai pienemmässä määrin lähestyä (ks. *Gallas* 1931 s.12, *Kaufmann* 1961 s.66, ja laajemmin *Bruns* 1974 s.271 ss). Tätä aluetta kuvataan Spielraum-teorian mukaisella ''syyllisyysvyöhykkeellä'' (''Schuldrahmen''). Huomattakoon, että sen käyttö perustuu siis ''ausschliesslich an der menschlichen Unvollkommenheit, nicht im Wesen des Strz-Aktes'' (*Bruns* 1974 s.92). Kuten Zipf huomauttaa eivät nämä episteemiset ongelmat oikeuta teoreettiseen valintamahdollisuuteen kahden ratkaisun välillä. Vain toinen näistä voi olla oikea (*Zipf* 1969 s.161 ss).

nemmän yksimielisyyden. Ratkaisija voi kyllä esittää mielipiteensä tueksi hyvinkin laajat perustelut. Nämä ovat kuitenkin ensi sijassa vain osoituksena siitä, kuinka *hän* on ratkaisuunsa päätynyt (*Makkonen* 1981 s.124). Eli Brunsin esitystä kritisoineen *Grasnickin* sanoin: "Rangaistuksen määrääminen voi hyvinkin olla "lainsäätäjän arvokannanoton konkretisointia" (". . . konkretisierung eines Werturteils. . ."), mutta: "Diese Konkretisierung ist . . . inhreseits nicht anderes als ein Werturteil. Das ist das Entscheidende" (*Grasnick* 1977 s.10). Siinä tapauksessa, että rangaistuksen määräämisestä tahdotaan rakentaa subsumptioratkaisu, voi se tapahtua vain muodossa: jos annetut tosiseikat (teonkuvaus) soveltuvat oikeusnormin (mittaamislähteiden) sovellutuspiiriin, rangaistus on oleva se ja se (ks. *Makkonen* 1981 s.139).

Mikäli normin sisältö ja tosiseikasto olisivat aina yksiselitteisesti vahvistettavissa, ei ilmeisestikään olisi esteitä sidotun ratkaisun idean hyväksymiseen. Päästyämme näet sopimukseen kriteereistä, voimme aina ottaa myös kantaa ratkaisun oikeellisuudesta (ks. *Makkonen* 1981 s.247). Ongelma onkin näiden lähtökohtien oikeuttamisessa ja siinä, milloin premissit on oikein valittu ja säännöstekstit "oikein" tulkittu. Tulkinta taas nojaa arvostuksiin, ja jollei käsillä ole keinoa arvoratkaisun ehdottoman oikeellisuuden todistamiseksi, putoaa pohja myös suljetulta systeemiltä.

1.2. Argumentaatioteorian vaihtoehto

Argumentaatioteorian lähtökohdista tuomarin tulisi siis pyrkiä *oikean ratkaisun löytämisen* sijasta *parhaan ratkaisun tekemiseen ja perustelemiseen*. Tältä kannalta klassinen mittaamisoppi on asettanut rationaliteettitavoitteensa erheellisesti. On etsitty keinoja, joilla rangaistuksen oikeellisuus tulisi riidattomasti verifioiduksi samaan tapaan kuin matemaattisia tai luonnontieteellisiä totuuksia todennetaan.[4] Juridiikan ja moraalin "totuudet" ovat kuitenkin toisenlaisia. Niiden todistaminen ei tapahdu osoittamalla asioita tosiksi/epätosiksi vaan *uskottaviksi*. Näin ongelmaa kehottavat lähestymään myös vallitsevan saksalaisen kielialueen mittaamisopin kriitikot, joiden mukaan rationaalisen mittaamisen ehdoksi onkin asetettava ". . . Bereitschaft zur kritischen diskussion mit Hilfe von Argumenten" ja tavoitteeksi ". . .ein argumentativ erzielten Konsensus" (*Grasnick* 1977 s. 12 ja 13).[5]

---

[4] "Nichtverifiziebarkeit", *Bruns* 1974 s.19, vrt. von Linstovin teos "*Berechnebares* Strafmass" (*von Linstov* 1974).

[5] Kysymys juridisten väittämien totuusarvosta jää lopulta avoimeksi. Aarnio puhuu totuuden sijasta tulkintojen *hyväksyttävyydestä* (*Aarnio* 1982 s.34). *Alexy* seuraa lähinnä

Loogis-deduktiivinen ratkaisuteoria kiinnittää huomionsa itse päättelyn kulkuun ja sen loogisiin aspekteihin unohtaen premissien oikeuttamista koskevan (ulkoisen) ongelman. Jälkikäteinen mahdollisuus liittää johtopäätös loogisen syllogismin tarkoittamassa mielessä premisseihin ei riitä, jos tahdomme *ennakolta* varmistautua päättelyn rationaliteetista. Tässä mielessä on hyvinkin lähellä *Ostermeyerin* ajatus mittaamisesta "kontrolloimattomana loikkauksena" tunnusmerkistöltä rangaistusasteikolle.[6] Tämä ei kuitenkaan tee siitä mielivaltaista ratkaisijan henkilökohtaisia mieltymyksiä heijastelevaa toimintaa. "Loikka" on näet perusteltavissa. Sen tueksi voidaan esittää - joskaan ei tyhjentävää loogista päättelysääntöä - kuitenkin *riittävät syyt*. Se on *justifioitavissa* argumentaatioteorian ymmärtämässä mielessä (ks. *Peczenik* 1983 s.49-52).

Argumentaatioteorian lähtökohdan mukaan oikeudellinen ajattelu ei operoi osoittamalla ratkaisuja oikeiksi tai vääriksi, vaan käyttämällä enemmän tai vähemmän painavia perusteita jonkin kannan tueksi tai sitä vastaan. Tulkintatulos liittyy tässä teoriassa tiettyyn kokonaisuuteen (oikeuslähteisiin) ei loogisesti, mutta uskottavasti. Tälle uskottavuudelle voidaan muotoilla erilaisia mittoja. *Aarnion* näkemyksen mukaan riittävän uskottavuuden mitta on "rationaalinen hyväksyttävyys". Justifioitu mittaamistransformaatio on tämän mukaan ymmärrettävissä *sellaiseksi siirtymäksi mittaamislähteistä konkreettiseen rangaistukseen, joka on rationaalisesti harkittu ja samalla yleisesti hyväksyttävissä*. Mittaamistulos, jonka valistuneet, yleisiin rationaliteettiehtoihin sitoutuneet ihmiset olisivat valmiit hyväksymään yhteisten arvojensa pohjalta on ts. oikeudenmukainen (ks. *Aarnio* 1982 s.86-87 ja 200-201).[7]

---

habermasilaisen "konsensusteorian" mukaista tulkintaa totuudesta "ideaalisena rajana, johon vääristymätön kommunikaatio lopulta johtaisi" (ks. *Habermas* 1973 s.211 ja 218 ss, *Alexy* 1978 s.134 ss sekä totuusteorioista yleisesti *Niiniluoto* 1984 s.108 ss). *Peczenik* on tavallaan valmis hyväksymään niin korrespondenssi, konsensus- kuin koherenssiteoriatkin; *ei* kuitenkaan *juridisen totuuden määritelmänä*, vaan osana *kriteerijoukkoa*, jonka pohjalta päätellään väittämän "oikeellisuus" (*Peczenik* 1986 s.148).

[6] "Die Zumessung einer Strafe ist ein Sprüng über eine Schwelle; der Richter springt bei der Tat ab, durcheilt eine Sphäre den Ungewissen und landet irgendwo zufällig im gesetzlichen Strafrahmen. Es ist ein unkontrollierbarer un irrationaler Schritt, den die Erkenntnis nicht steuern kann, weil eine Ortung nicht möglich ist" (*Ostermeyer* 1971 s.79).

[7] Lähemmin argumentaatio on luonnehdittavissa tietyn keskusteluryhmän puitteissa tapahtuvaksi dialogiksi. Esitettyjen perustelujen pätevyys myös rajoittuu tämän ryhmän - auditorion - piiriin. Vaikka siitä, kuinka argumentointi tapahtuu ei ole yleispäteviä sääntöjä (kuten ei keskustelusta yleensäkään), on argumentoinnin rakenteen ymmärtämiseksi välttämätöntä erottaa toisistaan *tulkintaperusteet* ja *tulkintaperiaatteet*. Ensin mainitut ovat perusteita, jotka ratkaisija esittää ratkaisunsa tueksi (oikeuslähteet). Jotta ratkaisu seuraisi näistä tulkintaperusteista asianmukaisesti, on näitä lähteitä käytettävä määrätyllä tavalla. Näitä "pelin

Tulos, jonka mukaan ratkaisu nojaa vain enemmän tai vähemmän uskottaviin argumentteihin ilman, että mitään vaihtoehtoa voidaan varmuudella asettaa yksinomaiseksi, voi myös käytännön ratkaisijasta tuntua helpottavalta: kun kerran muitakin vaihtoehtoja on, ei asia niin perinpohjaisen pohtimisen arvoinen ehkä olekaan. Tällöin on kuitenkin huomattava, että moraaliargumentaatiossa ongelmia tarkastellaan useimmiten eräässä mielestä "ulkoisesta" lähtökohdasta. Tehtävänä on ratkaista, kuinka ja millä varmuudella voidaan useiden ratkaisijoiden esittäessä omia kantojaan, tai yhden ratkaisijan punnitessa useita vaihtoehtoja, päättää siitä, mikä vaihtoehto on "oikea". Tulkinnan arvosidonnaisuudesta, arvostusten määrätynasteisesta relatiivisuudesta, fakta- ja normipremissien selvittämisen epävarmuudesta yms. sidotun ratkaisun kritiikin aineksista[8] ei käsittääkseni kuitenkaan seuraa, *etteikö tulkitsijan itse omassa ratkaisuheuristiikassaan tulisi tavoitella vain yhtä ja ainoata oikeaksi mieltämäänsä lopputulosta*. On täysin paikallaan lähteä *Holopaisen* toteamuksesta, jonka mukaan "yhden ratkaisijan kannalta ratkaisu kuitenkin on joko toinen tai toinen mutta ei samalla kertaa kumpainenkin" (*Holopainen* 1961 s.178).[9] Kun siis uudempi Saksan liittotasavallan mittaamisoppi kirjoittaa: "Sicherlich kann die "richtige" Strafe nur eine eintzige sein, ebenso zwangsläufig aber müss ihre Bemessung mit Spielräumen arbeiten"[10], on tämäkin hyväksyttävissä, edellyttäen, että lähtokohtana on tuomarin oma näkökulma. Muunlainen ratkaisu ei oikeusturvasyistä ole mahdollinen. Vain yhden oikean vaihtoehdon tavoittelu merkitsee, että kaikki asiaan vaikuttava on otettava myös huomioon. Useamman oikean vaihtoehdon salliminen oikeuttaisi asiallisesti ratkaisijan syrjäyttämään harkinnassaan osan perusteista.[11] Suljetun systeemin ja

---

siirtoja määrittäviä sääntöjä" voidaan kutsua joko transformaationormeiksi, oikeudellisiksi tulkintaperiaatteiksi tai oikeuslähteiden käyttöperiaatteiksi (ks. *Aarnio* 1982 s.99 ss sekä *Peczenik* 1983 s.59).

[8] Näitä kritiikin aineksia on koottu listaksi esim. esitykseen *Alexy* 1978 s.17, ks. myös tällaisten listojen problematisoinnista mts.18 alav.7.

[9] Ks. myös *Sipponen* 1965 s.207: "Voitaneen lähteä siitä, että oikeuselämässä itsekukin asian ratkaisija pyrkii "oikeaan" ratkaisuun, kymppiin."

[10] *Hassemer* 1978 s.94 ja *Jareborg—von Hirsch* 1984 s. s. 96. On epäselvää miten nämä kirjoittajat suhtautuisivat useiden ratkaisijoiden välisiin tulkintaerimielisyyksiin (Hassemer viittaa Kaufmannin kirjoitukseen, joissa puolustetaan on sidotun ratkaisun heikkoa varianttia; epistemologisella tasolla useita oikeita, ontologisella tasolla yksi oikea ratkaisu, *Kaufmann* 1976 s.66 ja 260).

[11] Sidotun ratkaisun ideaa onkin usein perusteltu juuri oikeusturvasyin (ks. *Merkikoski* 1958 s.48 ja *Aarnio* 1975 s.122, vrt. myös *Dworkin* 1977 "Taking Rights Seriously"). Oikeuspoliittisin argumentein ei voida kuitenkaan määrätä juridisen ratkaisutoiminnan yleisiä ontologisia ja epistemologisia ehtoja. Nämä perusteet ovat kuitenkin päteviä esitettäessä vaa-

sidotun ratkaisun mahdottomuus ei siis estä pyrkimästä tähän ideaaliin *omassa ratkaisutoiminnassa*. Toisaalta sidotun ratkaisun hyväksyminen subjektiivisessa ratkaisuheuristiikassa toiminnan päämääräksi ei vaikuta siihen, että ratkaisu voi edelleen tulla *muiden arvioimaksi ja muuttamaksi*. Jos ratkaisun tueksi esitetyt argumentit ovat puutteelliset, eivätkä siis "vakuuta", tekee ylempi instanssi asiassa (toivottavasti) paremmin perustellun tulkinnan. Selvää on, että esimerkiksi *perustelujen kirjaaminen* tukee alemman instanssin tekemän päätöksen uskottavuutta ja pysyvyyttä. Uskottavuus on vuorostaan sitä parempi, mitä vakuuttavammin perustelut liittyvät relevantteihin oikeuslähteisiin.

2. Mittaamislähteistä

2.1. Yleistä

Käsitys oikeuslähteistä ja käsitys oikeuden voimassaolosta muodostavat erottamattoman kokonaisuuden (kyse on tavallaan saman asian eri puolista). Alf *Rossilta* peräytyvää ja usein lainattua käsiteparia idealismi/realismi (*Ross* 1966 s.79 ss. ja *Aarnio* 1975 s.21 ss. ja sama 1982 s.58 ss) soveltaen erot kulminoituvat etenkin suhtautumisessa empiriaan. *Idealismi* irroitti normit empiriasta ja kokemustodellisuudesta. Normien voimassaolo ei ole havaintojen asia, ellei tällaiseksi sitten katsota lakikirjan lukemista. Pääsuuntauksen - lakipositivismi (Kelsen) - mukaan normi on voimassa silloin, kun se on pätevästi (= valtiosäännön mukaisessa järjestyksessä) annettu, eikä sitä ole kumottu. Tieto oikeudesta saatiin lakikirjaan ladottuja normeja (tai paremminkin normin ilmaisevia kielellisiä lauseita) tarkastelemalla. Muulla empiirisellä tiedolla ei ole sijaa voimassaolevan oikeuden tarkasteluissa. Empiria oli myös lähteenä irrelevantti.

Realismin voimassaolokäsitys asettaa havainnot ja todellisuuskokemukset oikeudellisen tiedon perustaksi. Oikeus on pätevää vasta, kun se on saatettu tehokkaasti toteutumaan yhteiskunnassa. Voimassaolo on ts. tehokkuutta. Voimme siten saada tietoa oikeudesta ainoastaan käytännön oikeuselämää tarkastelemalla. Tässä mielessä käytäntö on samalla oikeuden "lähde".[12] Oikeus-

---

timuksia, kuinka tuomareiden *tulisi* toimia ja millaista ratkaisuideaalia heidän tulisi tavoitella.

[12] Tässä yhteydessä on syytä muistuttaa siitä sekaannuksen mahdollisuudesta, joka liittyy *oikeuslähteen* käsitteen erilaisiin käyttötapoihin. Termi voi viitata (a) konkreettisiin esineisiin (lainvalmistelutyöt), (b) ulkoisiin kielellisiin ilmauksiin (RL 6:1) (c) normisisältöön tai (d) mahdollisesti kaikkiin näihin (ks. *Strömholm* 1981 s.297). Eri merkitysvaihtoehdois-

realismin vaatimuksiin kuului siis luonnostaan tieteen ja käytännön lähentäminen; olisi otettava huomioon myös reaalimaailman ilmiöt ja suunnattava huomio tuomioistuinten arkirutiineihin sekä yleisemminkin empiriaan. Tehtävänä oli normien sekä yhteiskunnan vuorovaikutusten selvittäminen yleisten yhteiskuntatieteiden keinoin.[13]

Valintaa ei tule eikä tarvitse tehdä akselilla idealismi/ realismi. Idealismi irroittaa säännöt kokemustodellisuudesta tavalla, joka estää näkemästä, kuinka oikeus toteutuu. Muodollinen pätevyys ei takaa vielä normin tehokkuutta, sen enempää kuin oikeudenmukaisuuttakaan. Empiirinen näkemys oikeudesta tehokkuutena ja pelkkinä säännönmukaisuuksina on oikeusjärjestystä *sitovien* normien kokonaisuutena tarkastelevalle myös riittämätön. Tuomarin käyttäytymistä koskevat ennusteet - jollaisia realismi tarjoaa - eivät anna tuomarille itselleen ohjetta siitä, miten *hänen tulee* toimia.

Vaihtoehtoa idealismille ja realismille edustaa *argumentaatioteorian* tapa vaatia voimassaololta paitsi pätevyyttä ja tehokkuutta myös *hyväksyttävyyttä*

---

ta juontuvaa sekavuutta on mahdoton täysin välttää: Onhan tarkasteltavana kysymys, kuinka sitovana määrätyistä *ulkoisista lähteistä* ilmenevää *normisisältöä* tulisi pitää.

[13] Ks. *Jyränki* 1969 s. 889. Empiirisyyden vaatimusta voi selittää rakenteellisesti. Yhteiskuntarakenteiden kiihtyvät muutokset eivät enää 1960-luvulle tultaessa mahdollistaneet laajojen suunnitelmien ja laajakantoisten päätösten tekoa pelkästään arkikokemukseen nojaten. Menestyksekäs suunnittelu edellytti kokemustiedon systematisointia. Oikeudellinen sääntely (lainsäädäntö) tarvitsee perinteisen normitulkinnan rinnalle systemattista empiiristä tutkimusta.

Konkreettisen tutkimuksen tasolla metodikeskustelun tulokset tuskin ovat täyttäneet empiristien toiveita (ks. *Kivivuori* 1982 s.168 ja *Riepula* 1981 s.47-48). Tutkimusyhteisössä on päinvastoin aistittavissa voimistuva halu palata empirismin harharetkiltä takaisin perinteisen lainopin paradigmaan. Empiirisen tiedon integrointi normatiivisiin tarkasteluihin on osoittautunut "odotettua vaikeammaksi" (*Helin* 1982 s.159). Parjattu käsitelainopillinen ajattelukin on saamassa osakseen osittaisen rehabilitoinnin. Tässä tilanteessa olisi ehkä pysähdyttävä pohtimaan, oliko vaatimus integroivan tutkimuksen harjoittamiseksi todella virhepainotteinen (tai peräti väärä), vaiko vain liian vaativa. Empiiristen aineistojen kytkeminen juridisiin tarkasteluihin edellyttää tietysti tutkijalta muutakin kuin virallisen tilaston sisälukutaitoa. Kaikki ongelmat eivät nekään sovellu kvantitatiivisten tai kvalitatiivisten yhteiskuntatieteellisten analyysien kohteeksi. Itsestään selvää on, ettei arkikäytäntöä koskevaa tietoa sellaisenaan voi istuttaa vanhaan lakipositivistiseen oikeuslähdeoppiin. Realistille ajatus, että kenttäkäytännön tutkiminen paljastaa "oikean" lainsäätäjän tavoitteita peilaavan oikeuden on absurdi. Koska sosiologiset suuntaukset ymmärtävät paitsi oikeuslähteet, myös sen mikä tekee jostakin ilmiöstä oikeutta, aikaisemmasta poikkeavalla tavalla "uudet" lähteet eivät voi antaa tietoa "vanhasta" oikeudesta. Arkikäytännön tutkimustuloksia ei tietenkään voi siirtää sitovaksi oikeudeksi. Toisaalta niiden ei tarvitse myöskään jäädä puhtaaksi deskriptioksi. Jo yksin moraalin alalla argumentaatio on sitä vankempaa, mitä tarkempi ja pitävämpi on faktaperusta ja sitä koskeva havaintoaines (ks. tältä osin jakso II.C.3.2.3.).

(*arvoperusteinen* voimassaolo). Vain sellainen normi on voimassa, joka tulisi yleisesti hyväksytyksi, jos asioita tarkasteltaisiin rationaalisesti (*Aarnio* 1982 s.58). Se, että normit ovat pätevästi annetut ja että ne tehokkaasti toteutuvat ovat hyväksyttävyyden ja voimassaolon välttämättömiä, mutta eivät riittäviä ehtoja. Argumentaatioteoria *laajentaa relevanttien oikeuslähteiden luetteloa.* Hyväksyttävyyden myötä mukaan tulevat myös arvostukset. Sen sijaan, että operoitaisiin dikotomialla sitova/ei-sitova, oikeuslähteet ymmärretään sitovuudeltaan *eriasteisina.* Aarniota seuraten voidaan erottaa kolme ryhmää (ks. *Aarnio* 1982 s.94-96 lähteineen sekä *Helin-Kangas* 1986 s.520 ss).

a) Lähteet, joihin *pitää* vedota virkavastuun uhalla. OK 1:11:sta mukaan tähän kuuluvat laki ja lain puuttuessa maantapa, jollei se ole kohtuuton.

b) Lähteet, joihin on *"heikko velvollisuus"* vedota. Niiden sivuuttaminen ei johda virkavastuuseen, mutta niiden sivuuttaminen on aina perusteltava. Oikeusyhteisö ts. odottaa, että niihin vedotaan ja poikkeuksen sattuessa tulkitsijan on esitettävä menettelylleen puolustus. Tähän kuuluvat Aarnion mukaan *lainvalmistelutyöt ja tuomioistuinratkaisut.*

c) Lähteet, joihin *saa* vedota. Näitä ei *tarvitse* käyttää argumentaatiossa eikä niiden sivuuttaminen tuo mukanaan erityisvelvoitteita. Niihin kuitenkin saa vedota ja usein niillä on vahva tosiasiallinen teho. Tähän ryhmään kuuluvat loput merkitykselliset lähteet, *yleiset oikeus- ja moraaliperiaatteet, oikeustiede ja reaaliset argumentit.*

Oikeuslähteiden luettelointi niiden velvoittavuuden mukaan osoittaa asiallisesti niiden keskinäisen prioriteetin, joka siis olisi (ks. *Aarnio* 1982 s.101-103): (1) lakitekstit, (2) maantapa, (3) lainvalmistelutyöt, (4) tuomioistuinratkaisut ja (5) muut lähteet. Ylemmän lähteen puuttuessa tai jättäessä ongelman avoimeksi, rationaalisen ja hyväksyttävän argumentaation tulisi perustua seuraavaan (seuraaviin) lähteisiin. Viimeisen ryhmän lähteitä ei enää ole mahdollista asettaa yleiseen etusijajärjestykseen. *Aarnion* mukan niiden arvon määrää yksinkertaisesti "perusteluvoima" (*Aarnio* 1982 s.103).[14]

[14] Peruskysymys tietysti kuuluu, mihin kuvattu etusijajärjestys pohjaa. Pulma vastaa kelseniläistä perusnormidilemmaa siinä, ettei lähteiden käyttöperiaatteita voi justifioida viittaamalla muihin oikeuslähteisiin (esim. OK1:11). Näin siksi, että nämä periaatteet ovat samalla osa juuri mainittua lähteistöä. Ne sääntelevät itse itseään. Tulkintasääntöjen johtaminen ylemmistä periaatteista onkin vastoin argumentaatioteorian perusajatusta. Ne ovat eideduktiivisia, ei-analyyttisiä materiaalisia päättelysääntöjä (*Peczenik* 1983 s.59 alav.35). Sen sijaan *jonkinlaisen* prioriteettijärjestyksen tarve on itsestään selvä ja on johdettavissa näkökohdasta, jonka mukaan tulkintasäännöt tuovat argumentaatioon yhdenmukaisuutta, jolla vuorostaan on oikeus- ja yhteiskuntaoloja stabilisoiva vaikutus. Jollekin tämä stabiliteetin säilyttäminen sinänsä jo riittää perusteeksi, toinen saattaa vaatia vielä syvempää perustelua. Syväjustifikaatioksi tässä riittänee viittaus Peczenikin huomautukseen, kuinka tilan-

2.2. Vahvasti velvoittavat lähteet—laki ja maantapa

Oikeuslähteitä tarvitaan sekä oikeustosiseikaston että -seuraamuksen vahvistamiseen ja täsmentämiseen. Lain tasoisista lähteistä rikoslain 6 luku on ohjeena ensi sijassa teon moitittavuuden määrittelyssä. Normit täsmentävät keskeisiä rikoksen törkeysarvostelun perusteita ja keskittyvät siten *oikeustosiseikaston* puolelle. RL 6 luvun määräysten sisältöön ei juuri vaikuttaisi, vaikka seuraamusjärjestelmän struktuuria muutettaisiinkin. *Oikeusseuraamukseen* valintaa varsinaisesti ohjaavat kirjoitetun lain normit ovat niukkasanaiset ja sisällöltään väljiä. Valintaa sakon ja vankeuden välillä ei ole säädelty lainkaan. Ehdollisen rangaistuksen käyttö, tuomitsematta jättäminen ja asteikosta poikkeaminen on säädelty taas hyvin joustavin sanonnoin.

OK 1:11 säätää oikeuslähteeksi kirjoitetun lain puuttuessa maantavan, jollei se ole kohtuuton. Honkasalo samasti maan tavan oikeuskäytäntöön (*Honkasalo* I s.52). *Brusiinin* mukaan säännöksen syntyhistoria osoittaa kuitenkin selvästi, ettei maantavalla tässä tarkoiteta oikeuskäytäntöä, vaan kansalaisten piirissä syntynyttä oikeustapaa (*Brusiin* 1938 s.171 ss.).[15] Oikeuskäytännön velvoittavuutta lähteenä ei voi ts. ainakaan muodollisessa suhteessa legitimoida OK 1:11:n nojalla. Toinen asia on, että näiden molempien velvoittavuus on perustettavissa samoihin tai samantyyppisiin aineellisiin kriteereihin. Tavan velvoittavuuden perusteena on sen toistamisen kautta syntynyt odotus ja siten viime kädessä *oikeusvarmuus* (ks. *Alanen* 1965 s.58 ja *Aarnio* 1982 s.88-89). Siltä osin kuin oikeuskäytäntö on kiteyttänyt vakaita, yleisesti tunnettuja ja selvärajaisia linjoja, voi sen puolesta argumentoida samoista aineellisista lähtökohdista.

2.3. Heikosti velvoittavat lähteet

2.3.1. Lainvalmisteluaineisto

Aarnio lukee lain esitöihin mm. komiteanmietinnöt ja muut vastaavanlaiset lainuudistuksen taustalla olevat perusselvitykset, hallituksen esitykset eduskun-

---

teesta, jossa yksilöt saisivat päättää asioistaan minkäänlaisten sääntöjen heitä sitomatta seuraisi "mindre enighet, mindre förutsebarhet, mindre effektivitet och mer våld". Tämän kaaoksen välttäminen on moraalisesti hyväksyttävää, mikä tekee viimekätisestä justifiointiperusteesta moraalisen: "det är moralisk försvarbart att institutionaliserade rättskällor finns som på ett förutsebart (dvs "rättsäkert") sätt hjälper till att lösa konflikter" (*Peczenik* 1983 s.69-71).

[15] Vuoden 1734 lakiin otettu määräys pyrki vain takaamaan, että tietyin edellytyksin paikalliset oikeustavat jäisivät voimaan myös tapahtuvan kodifikaation jälkeen (*Klami* 1986 s.168-169). Toisaalta Brusiin toteaa - Wreedeen vedoten - että OK 1:11:tä voi soveltaa myös

nalle, valiokuntien pöytäkirjat, "joissakin tapauksissa" valiokuntien mietinnöt sekä eduskunnan täysistuntokeskustelut (ks. *Aarnio* 1982 s.88). Mittaamisessa on käyttöä etenkin rikoslain 6 luvun yksityiskohtaisilla hallituksen esityksen perusteluilla. Esityksestä mietintönsä laatinut lakivaliokunta totesikin, että "hallituksen esityksen perusteluilla samoin kuin muilla lakiehdotuksen esitöillä tulee olemaan tärkeä merkitys käytännön tuomareiden ohjaamisessa lain tarkoituksen mukaiseen ja yhdenmukaiseen laintulkintaan" (LavM 1/1976 s.2).[16]

Myös lainvalmisteluaineisto keskittyy oikeustosiseikastopuolelle. Oikeusseuraamusten puolella rangaistusta koskevana ratkaisuohjeena voidaan jossain määrin käyttää *seuraamusjärjestelmän osittaisuudistusten* myötä 1970-luvulla syntynyttä esityöaineistoa (lähinnä EhdL:n sekä sakkouudistuksen esityöt HE 108/1975 II vp ja HE 110/1975 II vp). Koska rangaistustason sääntely tapahtuu viime kädessä *erityisiä rikoksia* koskevin uudistuksin, olisivat nämä luontevin kanava tiedottaa lainsoveltajalle lainsäätäjän tarkoittamasta rangaistustasosta. Vuoden 1972 varallisuusrikosuudistuksen perusteluista onkin pääteltävissä lainsäätäjän tavoittelema rangaistuskäytännön kulkusuunta (HE 23/1972 vp.). Konkreettisimmat ohjeet löytyvät liikennejuopumusuudistuksen esitöistä, joiden pohjalta oli mahdollista jopa tiivistää lainsäätäjän tarkoittamiksi tulkittavia tuomitsemislinjoja (ks. HE 109 /1975 II vp. sekä *Svinhufvud* 1977).

2.3.2. Oikeuskäytäntö

Oikeuskäytäntö joka ei ole kiteytynyt tavanomaiseksi oikeudeksi ei Suomen oikeudessa edusta virkavastuun uhalla toteutettavaa sitovuutta. Tavanomaiseksi oikeudeksi kiteytynyttä käytäntöä ei varsinaisen mittaamisharkinnan alalla myöskään esiinny. Tästä huolimatta oikeuskäytännöllä on mittaamisessa muuhun lainkäyttöön nähden erityisen keskeinen asema. Tästä on tavallaan osoituksena jo RL 6:1:n määräys, jolla tuomari velvoitetaan ottamaan huomioon myös rangaistuskäytännön yhtenäisyys. Tilannetta on syytä tarkastella erikseen KKO:n ja alempien oikeusistuinten päätösten kannalta.

---

tuomioistuinpraksikseen edellyttäen, että käytäntö on kiteytynyt tavanomaiseksi oikeudeksi. Perustelu on kuitenkin kehäpäätelmä, sillä esitys jatkuu: "Tuomioistuinten käytäntöhän on meidän päivinämme tärkeimpiä tavanomaisen oikeuden lähteitä" (ks. *Brusiin* 1938 s.171-172).

[16] Hallituksen esityksen ja lakivaliokunnan mietinnön ohella (LavM 1/1976) RL 6 luvun esityölähteenä on myös laintarkastuskunnan asian johdosta antama lausunto (Laintarkastuskunta 1/1976, ks. myös lausuntoja *Koskinen* 1976a sekä *Lahti* 1977a).

a) *Prejudikaateista.*—Oikeuslähteistä keskusteltaessa käytännöllä ymmärretään yleensä KKO:n (ennakko)päätöksiä. Vuodesta 1922 käytössä ollut prejudikaattidispenssi tavallaan edellyttääkin, että KKO:n ratkaisuilla on merkitystä muutoinkin kuin asianomaisessa yksittäistapauksessa; että niillä toisin sanoen on yleisempää lainsoveltamista ohjaavaa vaikutusta (*Brusiin* 1938 s.171, *Alanen* 1965 s.88 ss. ja Ruotsin osalta *Strömholm* 1981 s.340) Muutoksenhakusäännösten uudistamisen yhteydessä vuonna 1981 prejudikaattidispenssistä tuli tärkein muutoksenhakuperuste. Tämän odotettiin myös lisäävän KKO:n ratkaisujen tosiasiallista ennakkotapausarvoa, mutta kuten Aarnio huomauttaa, ei tämä lainmuutos sinänsä tee päätöksistä ennakkotapauksina sitovia (*Aarnio* 1982 s.90 av. 115).[17] Tällaiseen muutokseen ei ole asiallisia perusteita. Lainsäätäjäksi ryhtyvän tuomioistuimen tulisi toimia lainsäätäjän metodein ja vastuulla. KKO ei kuule ratkaisuja tehdessään eri intressiryhmiä eikä suorituta sääntelytarvetta koskevia selvityksiä ja kartoituksia. Se ei laadi systemaattista arviota ehdottamansa normin yhteiskunnallisista ja taloudellisista vaikutuksista, eikä sillä ole käytössään oikeussosiologista mittaamiskoneistoa, jolla voidaan arvioida eri tilanteitten ja ratkaisuvaihtoehtojen yleisyys ja yhteiskunnalliset seuraukset (ks. *Kivivuori* 1985 s.49 sekä *Klami* 1986 s.164-165).[18]

---

[17] Oikeustieteellisessä keskustelussa 1980-luvun puolivälissä esitetyt tähän suuntaan tähtäävät väitteet tulivatkin yksimielisyydellä torjutuiksi. Keskustelun aloitti KKO:n presidentti Olsson, joka mm. KKO:n työjärjestyksen 22 §:ään ja prosessiekonomisiin näkökohtiin vedoten esitti, että KKO:n ratkaisuista poikkeava alituomari olisi saatettavissa päätöksestään virkavastuuseen (*Olsson* 1984 s.1192-1195 ja sama 1985 s.246-247).Kriitikot huomauttivat, ettei työjärjestyksen tasoisella normilla voi muuttaa vakiintunutta oikeuslähdehierarkiaa. Sitä paitsi vastaavista työjärjestysten määräyksistä ei hovioikeustasolla ole milloinkaan esitetty tehtäväksi samanlaisia päätelmiä (ks. *Aurejärvi* 1985 s.458-462 sekä *Saraviita* 1985 passim). Kun työjärjestyksen 22 § nimenomaan säätää sen järjestelyn, jota seuraten KKO voi *kumota* omat ennakkopäätöksensä, ei tästä mitenkään voi päätellä, että KKO (ja alemmat instanssit) ovat *sidottuja* näihin ratkaisuihin (ks. *Jääskinen* 1986 s.43-44).

Toisaalta jos sitovuuden mitaksi asetetaan virkavastuun mahdollisuus, ja kun tällaisen vastuun toteuttamisesta viime kädessä päättää KKO itse, on sillä tosiasiallinen mahdollisuus ottaa itselleen valta tässä mielessä sitovien prejudikaattien antamiseen (ks. myös *Aurejärvi* 1985 s.461-462). Onkin ilmeistä, ettei tilanteesta selvitä muodollisin perustein, vaan vaihtoehtoja on arvioitava sisällöllisistä argumenteista käsin.

[18] Sitovat ratkaisut muuttuvat lainsäädäntötoimiin rinnastettaviksi yhteiskunnallisen vaikuttamisen välineiksi, ja tuon vaikutuksen kohteilla tulee olla samat mahdollisuudet kuin kansalaisilla yleensäkin vaikuttaa näiden ratkaisujen sisältöön ja heidän asioista päättävien poliittisten elinten toimintaan. Muuttuva rooli edellyttää siten oikeutta arvostella avoimesti näitä ratkaisuja (näin erityisesti *Träskman* 1986 s.861—862) - eikä pelkästään oikeutta arvostella - vaan oikeutta saada tarpeen vaatiessa myös *muutos* yleisöä tyydyttämättömiin ratkaisuihin ja ratkaisijoiden kokoonpanoon.

KKO:n ratkaisujen oikeuslähdearvo perustuukin yleisen pohjoismaisen oikeusideologian mukaisesti päätösten perusteluiden vakuuttavuuteen, ei tuomioistuimen muodolliseen auktoriteettiasemaan.[19]

Ratkaisujen sitovuudesta käydyn vilkkaan keskustelun taustalla lienee vaikuttanut ennen kaikkea atk-järjestelmien kehittymiseen kytkeytyvä huoli siitä, että KKO:n (ja HO:n) ratkaisuja ryhdytään niiden saatavuuden olennaisesti parantuessa soveltamaan mekaanisesti päätösperusteluja ja niiden painoa suhteessa muuhun oikeudelliseen argumenttiaineistoon enää sen tarkemmin punnitsematta (esim. *Kivivuori* 1985 s.46). Teknisen kehityksen tässä vaiheessa onkin kieltämättä hyvät syyt painottaa prejudikaattikeskeisen ajattelun vaaroja. Rekisterien käyttöönoton tuomien hyötyjen ja haittojen jakautumaan tulee käsittääkseni ratkaisevasti vaikuttamaan myös se, *kuinka juridisen sääntelyn oletetaan toimivan. Sääntöhakuinen* ajattelu, joka näkee oikeusjärjestyksen kaksi vaihtoehtoa tarjovien sääntöjen kokoelmana ja joka käsittelee lähteitä kaksiarvoisesti sitovina ja ei-sitovina, luo riskin seurata ylempien oikeuksien ratkaisuja sitovina ja asian lopullisesti ratkaisevina sääntöinä. *Periaatteet tunnustavan* oikeusajattelun kannalta tapausmateriaalin kertyminen on vain eduksi. Näin saadaan lisää materiaalia painoarvoltaan vaihtelevia lähteitä ja ratkaisuperusteita punnitsevaan argumentaatioon. *Tutkimuksen kannalta* rekisterijärjestelmien kehittyminen ja päätösten saatavuuden olennainen paraneminen edellyttää joka tapauksessa käytännön entistä tiiviimpää kriittistä analysointia. Pahin virhe tässä tilanteessa olisi tuon käytännön sivuuttaminen.

b) *KKO:n ratkaisuista mittaamislähteenä.*—KKO:n ratkaisujen painoa arvioitaessa on lähtökohtana siis perustelujen analyysi. Perustelujen vakuuttavuus ratkaisee päätöksen yksittäistapauksellisen merkityksen lähteenä. Tämän ohella on esittää myös eräitä *yleisiä kriteereitä*, joiden nojalla voidaan arvioida oikeuskäytännön keskimääräistä painoarvoa suhteessa muihin lähteisiin erityisesti rangaistuksen mittaamisessa.

Oikeusvarmuus ja ennakoitavuus.—Muodollinen oikeusturva edellyttää, etteivät ratkaisut poikkea ilman painavaa perustetta aikaisemmasta linjasta. Tästä seuraa, että samat näkökohdat, jotka tuodaan esiin oikeudenkäytön ennakoitavuutta ja oikeusvarmuutta korostettaessa, puoltavat myös aikaisempien ratkaisujen ottamista huomioon ratkaisukriteerinä (ks. *Brusiin* 1938 s.174-176, *Alanen* 1965 s.90-91 ja *Jääskinen* 1986 s.48). RL 6:1 mainitessaan käytännön yhtenäisyyden eräänä mittaamisessa erityisesti huomioon otettavana seikkana,

[19] Ajatus ratkaisujen otsikoiden erityisasemasta (mm. *Heinonen* 1985) yleisenä normina sai myös kriittisen vastaanoton. Kuten Miettinen toteaa, ei otsikko edusta itse asiasta irrallista abstraktiota. Ratkaisevana ovat edelleen itse päätöksen perustelut (*Miettinen* 1985 s.31).

lisää näiden näkökohtien painoarvoa (tekemättä kuitenkaan yhtenäisestä rangaistuskäytännöstä ehdottomasti velvoittavaa sääntöä).

Ennakoitavuus on sidoksissa käytännöstä saatavaan *tietoon*. Kun käytäntö on tiedossa, osataan sen mukaisia ratkaisuja odottaa tulevaisuudessakin. Näin myös KKO:n ratkaisujen julkistaminen ja tehokkaampi tiedottaminen on reaalisena perustana näille päätöksille annettavalle suuremmalle painoarvolle (ks. myös *Brusiin* 1938 s.170, *Vilkkonen* 1979 s.54-55 ja *Strömholm* 1981 s.333). Tämä näkökohta asettaa julkaistut KKO:n ratkaisut muista poikkeavaan asemaan. Oikeustapausrekisterien käyttöönoton voi myös otaksua lisäävän ratkaisujen tosiasiallista merkitystä. *Tuomioistuimilla* onkin entistä paremmat mahdollisuudet saada tietoja KKO:n (ja muidenkin ratkaisujen) sisällöstä. Tämä johtanee käytännössä siihen, että näillä ratkaisuilla on suurempi tosiasiallinen paino. Oikeusvarmuuden ja ennakoitavuuden intressi ratkaisujen velvoittavuuden normatiivisena perustana ei kuitenkaan tarkoita niinkään relaatiota KKO:n ratkaisu/alioikeustuomari, vaan suhdetta KKO:n ratkaisu/yleisö. Kyse on viime kädessä *kansalaisten* tiedollisista käsityksistä ja heidän mahdollisuuksistaan ennakoida viranomaisreaktioiden laatu. Automaattisen tietojenkäsittelyn rekisterit eivät ole yleisön käytössä, eikä ratkaisujen julkistaminen ole kokenut sellaisia olennaisia muutoksia, että tämä näkökohta edellyttäisi KKO:n päätöksille aikaisemmasta poikkeavaa asemaa.

Luottamus tietyn ratkaisulinjan jatkuvuuteen (ennakoitavuus ja oikeusvarmuus) on toiseksi riippuvainen ratkaisujen lukumäärästä. Poikkeaminen kahden aikaisemmin julkistetun ratkaisun osoittamasta linjasta on tavallaan pienempi yllätys ja vähemmän ennakoitavissa, kuin poikkeaminen useiden kymmenien tai satojen ratkaisujen viitoittamasta linjasta. Usean saman oikeusohjeen sovellutuksen sisältävä ennakkopäätösten sarja on yleisesti otettuna vakuuttavampi "näyttö" kuin yksi ainoa tapaus (*Vilkkonen* 1979 s.66-67). Tältä kannalta on KKO:n merkitys rikosoikeuden lähteenä ilmeisesti heikkenemässä. Rikosjuttujen määrä on muutamassa vuodessa pudonnut vain osaan entisestään (*Takala* 1985). Mitä erityisesti mittaamiseen tulee, itse rangaistusvyöhykkeiden kartoittamiseen vaaditaan useampia ratkaisuja. Mahdollisuudet ratkaisusarjojen antoon ovat vähäiset, mikä antaa aiheen otaksua, että seuraamuspuolella KKO:n päätösten arvo mittaamislähteenä jää melko vaatimattomaksi.

Laatutaso.—Hyväksyttäville ratkaisuperusteille on asetettava myös määrätyt sisällölliset laatuvaatimukset. Niiden tulee olla tulosta huolellisesta, rationaalisesta ja tosiasiatietoihin pohjaavasta harkinnasta. Näihin näkökohtiin on usein perustettu myös KKO:n ratkaisujen erityinen painoarvo. Korkeim-

milla oikeusinstansseilla on paremmat mahdollisuudet muodostaa itselleen perusteltu käsitys tietyn ratkaisun yhteiskunnallisista vaikutuksista. Korkeimman oikeuden palveluksessa oleva työvoima on keskimääräistä kvalifioituneempaa, ja se uhraa ratkaisuihin huomattavan paljon aikaa (ks. *Strömholm* 1981 s.341-342). KKO:n ratkaisut perustuvat myös useamman ratkaisijan harkintaan (ks. *Alanen* 1965 s.91). On siis syytä otaksua, että ratkaisut ovat perusteellisemmin harkittuja ja ne sisältävät myös tarkoituksenmukaisuusnäkökohtien vaatimat arvioinnit edustavammin kuin ehkä enemmän rutiininomaisten ratkaisujen parissa työskentelevien alioikeuksien päätökset. Tämä antaa KKO:n ratkaisusta poikkeavaan kantaan argumentaatiossa päätyvälle tuomarille aiheen käydä asia vielä kertaalleen mielessään läpi (ks. myös *Jääskinen* 1986 s.47).

Päätösten laadukkuus lisää niiden reaalista painoa. Toisaalta eräissä asiaryhmissä tapaukset valikoituvat siten, että korkeimpien instanssien asiantuntemus ei välttämättä ole paras mahdollinen. Tapaus, joka alioikeudessa saattaa edustaa vain erästä rutiiniongelman varianttia, jonka monipuolisesta ratkaisemisesta oikeudella on runsaasti kokemuksia ja päteviä vertailukohtia, saattaa KKO:ssa osoittautua varsin atyyppiseksi erikoistilanteeksi, jonka arvioinnissa KKO on enemmän "ilmassa". Siltä puuttuvat edellytykset suhteuttaa ratkaisu tapausta läheisesti muistuttavien oikeuskysymysten käsittelyyn. Oman lisänsä tapausten arviointiin voi tuoda myös se, *kuinka lähellä itse tilannetta ollaan*. Tällä saattaa olla merkitystä ratkaisujen sisällölliseen arviointiin. Mielipidemittausten tuloksethan osoittavat suhtautumisen säännönmukaisesti ankaroituvan sen mukaan mitä kauempana todellisesta tilanteesta arvioija on (ks. tältä osin esitystä jaksossa III.C).

> Englannin ylemmät oikeusistuimet ovatkin Ashworthin mukaan menettäneet tuntuman arkielämän rutiinijuttuihin. Tottuneena eteensä tulleista poikkeuksellisen törkeistä tapauksista langetettuihin pitkiin vankeusrangaistuksiin, ja tietämättömänä rutiinijuttujen rangaistuskäytännöstä, Court of Appeal on perusteluissaan saattanut kehottaa alioikeuksia tuomitsemaan nykyistä lievempiä rangaistuksia, langettaen kuitenkin itse jutussa tuomion, joka selvästi ylittää senhetkisen alioikeustason (*Ashworth* 1983 s.40-42).
>
> Vaikka rangaistustilastointi meillä on (esim. Englantiin verrattuna) varsin hyvällä tolalla, ovat samat pelot perusteltuja myös Suomessa. KKO on esimerkiksi rattijuopumusjutuissa toistaiseksi antanut ratkaisuja vain rikostyypin törkeimmästä päästä (ks. myöhemmin V.D.4). Tapaukset eivät edusta normaalitilanteita, ja vaikka ne sellaista edustaisivatkin, olisi hyvin odotettavissa, että tottuneena langettamaan rangaistuksia henki- ja väkisinmakaamisrikoksista, KKO pohtiessaan sakon ja vankeuden rajaa tyypillisessä kioskimurrossa joutuu vertailukohteittensa valinnassa tur-

vautumaan vaihtoehtoihin, jotka eivät anna realistista kuvaa arkikäytännöstä.

Käytännöllisiä näkökohtia.—KKO:n ratkaisujen merkitystä tukee se, että alempien instanssien "kannattaa" noudattaa ylemmän instanssin linjaa jo sen vuoksi, että ratkaisu muutoksen myötä kuitenkin muuttuisi. Prejudikaateista poikkeavat ratkaisut vain aiheuttaisivat ylimääräistä työtä ja tarpeetonta haittaa kaikille osapuolille. Tämän "prosessiekonomisen" (*Strömholm* 1981 s.342 ja myös *Olsson* 1984 s.1193-1194) näkökohdan ohella voi myös tuomioistuinlaitoksen arvovalta kärsiä, mikäli alempien instanssien ratkaisuja taajaan joudutaan korjaamaan. Tämänkin näkökohdan merkitys on mittaamisessa jälleen keskimääräistä pienempi. Rangaistuksen määrää koskeviin ratkaisuihin on yleensä tehty vain varoen muutoksia (oppi niin sanotusta "muutoskynnyksestä", ks. osa II).

Viimeksi voidaan viitata siihen *käytännön etuun*, jonka aikaisemmat ratkaisut tuovat muassaan. Niihin nojaava tuomari *vapautuu perinpohjin uudelleen harkitsemasta* tapausta, jonka kanssa olennaisesti yhtäpitävät tapaukset on jo aikaisemmin perusteellisesti harkittu. Tuomari noudattaa hyväksi koettua mallia. Ratkaisujen laadullisesti huonontumatta oikeuskäytäntö muodostuu siten joutuisammaksi (*Brusiin* 1938 s.175). Näin ollaan kuitenkin viemässä keskustelua justifikaatiosta heuristiikkaan; enää ei ole kyse KKO:n ratkaisujen sisällöllisestä painoarvosta, vaan apuvälineistä ratkaisua tehtäessä. Se, että ratkaisun tekeminen näin on helpompaa, ei tee tällaisesta käytännöstä oikeudenmukaisempaa, joskin on tärkeä reaalinen näkökohta etsittäessä toimivaa heuristiikkaa[20].

KKO:n ratkaisujen asema mittaamislähteenä osoittautui useassa suhteessa pulmalliseksi. KKO voi - ja on näin myös menetellyt - antaa määrättyjen mittaamisperusteiden soveltamisedellytyksiä koskevia ennakkopäätöksiä. Ongelmat alkavat siirryttäessä rangaistusmäärää koskeviin kysymyksiin ja oikeusseuraamuksen vahvistamiseen. Pulma ei koske yksin kotimaista käytäntöä. *Ashworthin* mukaan ylemmät oikeusasteet eivät edes common law maissa ole kyenneet mittaamisen alalla kehittämään samanlaista oikeutta kuin muilla

[20] *Alanen* kirjoittaakin samasta asiasta (1965 s.92 alav. 1): "Helpotus tuomarintoimessa ei ole tietenkään oikeutta etsivän yleisön kannalta relevantti seikka, mutta alituomarin kannalta on merkittävänä etuna pidettävä sitä, että oikeaan tulokseen päästään niin vaivattomasti kuin mahdollista. Työn säästö huolellisuuden siitä vaarantumatta on huomattava etu kaikessa inhimillisessä toiminnassa." Mallin seuraaminen on sitä helpompaa, mitä enemmän mallitapauksia on. Tässä kaikki oikeusinstanssit ovat lähtökohtaisesti samanarvoisia. Näkökohta onkin tärkeä pohdittaessa alempien oikeusistuinten käytännön asemaa apuvälineenä.

oikeudenaloilla (*Ashworth* 1983 s.38). Vaikeudet liittyvät säädeltävään tilanteeseen itseensä ja viime kädessä mittaamisnormien periaateluontoisuuteen. Ratkaisuissa on aina otettava huomioon *lukuisia samanaikaisesti vaikuttavia* näkökohtia ja on mahdotonta kiteyttää ennakolta tietyt faktat huomioon ottavaa normia, joka näiden faktojen toistuessa aina *yksin* riittäisi ratkaisun perustaksi. Mittaamisessa vaikuttava materiaali on yksinkertaisesti *liian monitahoinen* ja vallitsevia kriminaalipoliittisia ja moraalisia arvostuksia peilaavana *jatkuvasti uusiutuva*, jotta se olisi puristettavissa sitoviin joko-tai tyyppisiin ohjeisiin. Asian voi sanoa myös toisin päin: mittaamisessa vaikuttavia faktoja ei voi rajata siten, että ennakkopäätöksestä löytyisi sellainen oikeusohje, jonka tiukka noudattaminen olisi oikeusvarmuuden ja yhdenvertaisuuden periaatteista seuraavaa (ks. myös *Jääskinen* 1986 s.51). KKO voi antaa vain ratkaisuja, joilla osoitetaan mihin *suuntaan* eri *tyyppisissä* tilanteissa olisi syytä edetä. Jotta ratkaisuista saisi konkreettista apua, vaadittaisiin yksittäisten päätösten sijasta *ratkaisujen sarjoja*, jotka vähä vähältä kartoittaisivat ja loisivat toimintalinjoja myös oikeusseuraamuksen puolella. Mahdollisuudet tällaisten ratkaisusarjojen antamiseen ovat KKO:n osalta huonot (*Heinonen* 1986a s.50).

Sitovia ennakkopäätöksiä on mahdollista antaa ensi sijassa oikeuskysymyksistä, joiden sääntely pohjaa joko- tai ratkaisuihin ja sääntöihin.[21] Eräässä mielessä tällaiseksi ratkaisuksi voidaan ymmärtää myös valinta ehdollisen ja ehdottoman vankeuden välillä (ja vastaavasti valinta sakon ja vankeuden välillä). Näistä kysymyksistä onkin jo jonkin verran oikeuskäytäntöä. Sen sijaan rangaistusmäärää koskevat kannanotot ovat aina periaattein säänneltyjä "enemmän tai vähemmän" ratkaisuja. Jos tällä saralla tahdotaan luoda prejudikaattioikeutta, vaaditaan ratkaisujen sarjoja, ja silloinkin on ilmeisen aiheellista käyttää varsin avoimia ilmaisuja.[22]

c) *Alempien instanssien käytännöstä.*—Rikosten rangaistuskäytäntö muovautuu tosiasiassa - hieman rikostyypin törkeyden mukaan - joko alioikeuksissa tai viimeistään hovioikeuksissa. Lähdemateriaaliksi näitä ratkaisuja on siis riittämiin. Myös tapausten eri vivahteet tulevat tarpeellisissa määrin esille.

---

[21] Kuten Jääskinen toteaa, KKO:n prejudikaateille voi hyvin perustein antaa "sitovan" vaikutuksen tilanteissa, joissa "prejudikaattia pyritään noudattamaan sääntönä", eli "annettu esimerkkipäätös on riittävä ohje tapauksen ratkaisulle" (*Jääskinen* 1986 s.51). Mittaamisessa tällaiset tilanteet ovat kuitenkin äärimmäisen harvinaisia.

[22] Näin onkin menetelty toistaiseksi ainoassa *rangaistuksen ankaruutta* koskevassa ennakkotapauksessa. KKO 1986 II 65. Ratkaisun otsikko kuuluu: "Kun törkeästä huumausaineen salakuljetuksesta tuomittu 6 vuoden 6 kuukauden vankeusrangaistus ei ollut *olennaisesti* lievempi kuin mitä oikeuskäytännössä oli tuomittu *selvästi* törkeämmistä huumausainerikoksista, rangaistusta alennettiin 4 vuodeksi 6 kuukaudeksi vankeutta".

Vaikka alioikeuskäytäntöön on oikeuslähteenä yleensä kuitenkin suhtauduttu torjuvasti, on sen merkitys mittaamista tosiasiallisesti ohjaavana yleisesti tunnustettu. *Nousiainen* puhuu mittaamista hallitsevasta "taksatiivijärjestelmästä", tarkoittaen pitäytymistä aikaisemmin jo vakiintuneisiin tuomiolinjoihin (*Nousiainen* 1961 s.175 ss.). Myös *Aarnio* katsoo, että niissä tapauksissa, joissa asian käsittely keskittyy alioikeusportaaseen (mihin ryhmään mittaaminen eittämättä kuuluu), myös alempien instanssien ratkaisuille olisi myönnettävä ennakkotapauksellista merkitystä (tai ainakin merkitystä "ratkaisuperusteena", *Aarnio* 1982 s. 90).

Rutiinikäytännön asema näyttäytyy selvästi erilaisena sen mukaan, tarkastellaanko tätä lähdettä justifikatoriselta tai heuristiselta kannalta.[23] Taksatiivijärjestelmän myönnetään tosiasiallisesti ohjaavan käytäntöä, ja tuomioistuinten etenkin nuoremmat jäsenet eittämättä kokevat, että tieto, etenkin *oman* tuomioistuimen, aikaisemmasta käytännöstä *helpottaa* ratkaisua. Justifikatoriseen kysymykseen, missä määrin tuomioistuin on *velvollinen* seuraamaan alempien instanssien yleisiä linjoja, vastaukset ovat jo epäröivämpiä; ja muuttuvat helposti kieltäviksi, milloin kyse on jonkin *muun*, kuin tuomioistuimen *oman* käytännön kartoitukseen perustuvista tuloksista. Kuten Rovaniemen hovioikeuden presidentti asian ilmaisi:". . . ei ole eikä voikaan olla mitään elintä, joka hovioikeuksille voisi ilmoittaa, minkä hovioikeuden rangaistuskäytäntö on se, johon muiden tulee omansa sopeuttaa. . ." (*Ståhlberg* 1985 s.58).[24]

Kyse on viime kädessä siitä, kuinka tulee suhtautua oikeuskäytännön epävarmuuteen ja tuomiolinjojen vaihteluun auktoriteettilähteiden vaietessa asi-

[23] Saksalaisen kielialueen mittaamisopin kanta oikeuslähteen asemaan on hapuileva. Sitä ei mainita "aitojen" oikeuslähteiden joukossa. Näihin "harkintavallan rajoitteisiin" ("Rechtliche Schranken des richterlichen Ermessens", *Schöch* 1973 s.14, vrt. vapaan mittaamisharkinnan dogmi) luetaan lainsäädäntöön sekä oikeuskirjallisuuteen pohjaavat mittaamisperusteet, rangaistusasteikot sekä rangaistuksen tarkoitus (ks. *Jescheck* 1978 s.699-700 sekä *Schöch* 1973 s.14). Oikeuskäytänö on tässä vain heuristinen apuväline ("Strafzumessungspraxis als Hilfsmittel", *Schöch* 1973 s.67-68). Se ei ole "aito" lähde, mutta se antaa kuitenkin "tietoa oikeuslähteistä" ("Sie ist nicht Rechtsquelle, sondern "Rechtserkenntnisquelle", *Schöch* 1973 s.76 viitteineen). Tällaisen "hakulähteen" konstruointi käy kuitenkin pulmalliseksi mikäli oikeuslähde ymmärretään kohteeksi, joka antaa "tietoa oikeudesta". Käytäntö on siis "oikeuslähteen oikeuslähde."

[24] Pyrkimykset erojen tasoittamiseen rangaistuskäytäntörekistereiden avulla saavat esim. Ståhlbergilta melko torjuvan tuomion: vaikka käytännössä tosin saattaa olla eroja, "pyrkimykset tiedotuksen kautta yhtenäistää käytäntöä kaatuisivat kuitenkin siihen, että eri puolilla tehtäisiin toisistaan tietämättöminä korjauksia, jotka vain kumoaisivat toistensa vaikutukset". Ståhlberg pehmentää kuitenkin kantaansa todeten, että FHOR rekisteriä kyllä Rovaniemenkin hovioikeudessa käytetään, joten "kai siitä jotakin hyötyä on" (*Ståhlberg* 1985 s.58).

asta. Kun sääntöhakuinen ajattelu oli ylempien instanssien ratkaisujen yhteydessä vaarassa johtaa niiden mekaaniseen seuraamiseen, johtaa akselilla sitovamerkityksetön operoiva laintulkintaoppi alempien instanssien tasolla taas helposti siihen, että yksiselitteisen ohjeen puuttuessa mikä lopputulos hyvänsä on "lain mukainen" : ". . .Sellaisissa tapauksissa, joihin soveltuvaa prejudikaattia ei ole, on mielestäni aivan luonnollistakin, että hovioikeuksien ratkaisut saattavat poiketa toisistaan, olla jopa täysin päinvastaisia" (*Takala* E. 1985 s.53).— Siis vasta kun KKO (tai lainsäätäjä) on ilmaissut asiassa kantansa, kysymys on saanut oikeudellisen ratkaisun. Sitä ennen tilanne on avoin. Näin tuntuu ajattelevan myös *Viljanen*: ". . .on jokseenkin merkityksetöntä, vaikka jopa lukumääräisesti suurin osa alioikeuskäytännöstä poikkeaisi KKO:n kannasta", sillä ilman KKO:n ratkaisua kysymys "olisi vielä arvovaltaisinta käytännön kantaa vailla ja siinä mielessä avoin".[25]

Tämän tutkimuksen lähtökohdista ei sitovienkaan auktoriteettilähteiden puuttuessa ole "jokseenkin merkityksetöntä" kuinka asiat ratkaistaan. Joutuisimme muuten väittämään, että on samantekevää kuinka rangaistuksen määrääminen ylipäätään tapahtuu. Sitovien lähteiden puuttuessa hyväksyttävän ratkaisun tulee perustua alemmanasteisiin lähteisiin. Pulmana vain on, että näiden aseman prioriteettijärjestys jää yleisen tulkintateorian tasolla avoimeksi. Ratkaisevana on lähteiden "perusteluvoima". Siihen mikä tämä "perusteluvoima" on, ei löydy yleistä vastausta. Sen määrää *tulkinta-asetelma* kokonaisuudessaan sekä ratkaistavana oleva *yksittäistilanne*. Jotain asiasta voidaan kuitenkin sanoa, kuvaamalla mittaamisessa vaikuttavan tulkinta-asetelman yleispiirteet. Näin saadaan lopulta esiin myös *arvostusten osuus* mittaamisargumentaatiossa.

3. Mittaamisargumentaatio

3.1. Lähtökohta — RL 6:1

Asetelman lähtökohdat annetaan RL 6:1:ssä. Sen mukaan rangaistuksen tuli olla oikeudenmukaisessa suhteessa rikoksen vahingollisuuteen ja vaarallisuu-

Rekisterien käyttöä koskeviin varaumiin on hyvät syyt. Toisaalta on huomautettava, että vaikka tiedottaminen ja sen pohjalta tehdyt korjaukset kyllä *saattavat* johtaa siihen, ettei käytäntö muodostuisikaan entistä yhtenäisemmäksi, on toisaalta *varmaa*, ettei tilanteen säilyttäminen sellaisenaan sitä ainakaan paranna. Onnistuneen lopputuloksen saavuttaminen edellyttääkin yhteistyötä sekä *koordinoitua tiedotus- ja koulutustoimintaa*.

[25] Tämä oikeuttaakin kirjoittajan päättelemään, että "alioikeuskäytännöllä ei tutkimuksessa ole itsenäistä merkitystä" (*Viljanen* 1984 s.17).

teen sekä teosta ilmenevään tekijän syyllisyyteen. Tämä edellyttää *arvostuksiin* tukeutumista; kuinka muuten olisi mahdollista vahvistaa lain edellyttämä oikeudenmukainen suhde. Toiseksi tämä edellyttää *oikeuskirjallisuuteen* tutustumista. Laki itse ei täsmennä sellaisia seikkoja kuten syyllisyys, vahinko ja vaara. Yleissäännöksessä edellytetään edelleen kiinnitettävän erityistä huomiota rangaistuskäytännön yhtenäisyyteen. Jo tämän perusteella myös *oikeuskäytäntö* on asetettu ratkaisussa huomioon otettavaksi perusteeksi. Tuon käytännön merkitystä ei kuitenkaan ole perustettu sen ennakkotapausominaisuuksiin, vaan siihen, että näin menettelemällä taattaisiin *yhdenvertaisuus*, *oikeusturva* ja *ennustettavuus*.[26] Myös yleiset *oikeus- ja moraaliperiaatteet* tulevat näin mukaan ratkaisumateriaaliin.

> Tulkinta-asetelman ominaispiirteitä havainnollistaa *von Eybenin* ja *Andenaesin* käymä keskustelu mittaamisessa vaikuttavasta "rationaalisesta", "traditionaalisesta" ja "emotionaalisesta" elementistä (*Andenaes* 1953 s.199 ss. ja 1958 s.62 ss. sekä *von Eyben* 1950 s.245 ss. ja 1953 s.214 ss). Ensimmäinen viittasi lähinnä rangaistuksen vaikutusten arviointiin, traditionaalinen elementti korosti oikeuskäytäntöä ja emotionaalinen arvostuksia (mm. oikeus-ja moraalikäsityksiä ja periaatteita)[27]. Suositukset näiden "ratkaisuelementtien" osuudesta olivat oikeuspoliittisia ja pohjasivat suurelta osin reaalisiin näkökohtiin. Rangaistuksen tarkoitusta painottava mittaaminen oli esimerkiksi Andenaesin mukaan perusteetonta puuttuvan empiirisen tiedon vuoksi (*Andenaes* 1958 s.61). Emotionaalista ja arvostuksiin perustuvaa mittaamista oli von Eybenin mielestä rajoitettava, koska se johti pinnallisiin intuitiopäätöksiin ja myötäilisi yleisön lynkkausmielialoja (*von Eyben* 1950 s.214-215). Toisaalta Andenaes huomautti puolestaan moraaliarvostelmien tunnustamisen päinvastoin tuovan niiden merkityksen esiin ja samalla kriittisen tarkastelun kohteeksi. Arvostelmia erittelemällä ehkä havaitaan, etteivät ne kaikilta osin kestäkään kritiikkiä, ja ettei oikeuskäytäntöä niiden pohjalta voidakaan rakentaa. Tämä taas johtaisi käytännön kehittymiseen aiempaa rationaalimpaan suuntaan (*Andenaes* 1953 s.228).

---

[26] Kirjoituksessa *Heinonen* 1985 oikeuskäytännön massa-analyysien tarpeellisuus perustetaankin ennakkopäätösominaisuuden sijasta mahdollisuuteen toteuttaa tällä tavalla yhdenvertaisuusperiaatetta rangaistuksen mittaamisessa.

[27] Emotionaalinen viittasi Andenaesin mukaan tunteeseen siitä, mikä on kohtuullista ja soveliasta (rimelig). Tämä tuntemus taas rakentuu ajatuksillemme sekä niiden oikeushyvien tärkeydestä, joita tahdotaan suojata että rangaistuksen sisältävälle kärsimykselle panemastamme painosta (*Andenaes* 1953 s.199 ja 1958 s.62 ja 68). Termin "emotiivinen" käyttö on siten jonkin verran harhauttavaa, koska Andenaes kuitenkin pyrki esittämään tuon tuntemuksen rationaaliset perusteet. Viittaan tältä osin tekstissä seuraavaan arvoteoreettiseen erittelyyn.

Mittaamislähteiden sitovuus on suhteellista ja lähteiden keskinäinen paino ja merkitys ratkeaa viime kädessä rationaalin argumentaation perusteella. Vaikkei mittaamisargumentaatiota voi vangita ennakollisiin sääntöihin, on tälläkin mahdollisuus jonkinasteisen heikomman etusijajärjestyksen vahvistamiseen. Seuraavassa asetelmassa onkin pyrittyy hahmottamaan eri lähteiden keskinäistä asemaa sen mukaan, kuin niitä on tässä tutkimuksessa käytetty. Asetelmassa erotetaan myös lähteiden referenssialueet akselilla oikeustosiseikasto/oikeusseuraamus. Ne kuvataan edelleen osin konkreettisina "esinelähteinä" (a-d), osin normisisältöinä (f-g). Lähinnä pedagogisista syistä mukaan on liitetty arvio lähteen merkityksen voimakkuudesta (+ +/+/).

Lähteet	Referenssialue: Tosiseikasto	Seuraamus
Ulkoinen muoto		
a) Lakitekstit		
- tunnusmerkistö	+ +	
- asteikko		+ +
- lajivalinta		+ +
- mittaamisperusteet	+ +	(+)
b) Lainvalmistelutyöt		
- mittaamissäännöstö	+ +	
- seuraamusjärjestelmä	+	+
- erityinen osa	+	+
c) Oikeuskäytäntö		
KKO		
- mittaamisprejudikaatit	+ +	+
- muut perustellut mittaamisratkaisut	+ +	
Hovioikeudet		
- perustellut yksittäiset mittaamisratkaisut	+ +	+
- muu käytäntö (massa-analyysi)		+
Alioikeudet		
- perustellut yksittäiset mittaamisratkaisut	+	
- muu käytäntö (massa-analyysi)		+ +
d) Oikeuskirjallisuus	+ +	(+?)
Normisisältö		
e) Kriminaalipolitiikan arvot ja tavoitteet	+(+)	+ +
f) Arvostukset ja reaaliset argumentit	(+)	(+ +)

Lakitekstin tulkinnalla saadaan tietoa rikoksen tunnusmerkistöstä ilmenevistä (erityisistä) ja kaikkia rikoksia koskevista (yleisistä, RL 6 luku) mittaamisperusteista. Nämä operoivat oikeustosiseikaston puolella. Asteikko sekä lajivalintanormit antavat sen sijaan jonkin verran ohjetta myös oikeusseuraamuksen täsmentämisessä. *Lainvalmistelutyöt* auttavat pääasiassa teon törkeysarvostelussa.

Oikeuskäytännön asema näyttää kaikkein monitahoisimmalta. *KKO:n mittaamisprejudikaatit* vaikuttavat etenkin törkeysarvostelun perusteisiin, mutta myös jonkin verran oikeusseuraamuksen valintaan. Kaikilla KKO:n perustelluilla mittaamisratkaisuilla on merkitystä argumenttimateriaalina. Ratkaisun julkaiseminen lisää tietysti käytännön ennakoitavuuteen perustuvaa painoarvoa. Perustelemattomilla ratkaisuilla voi olla jonkinasteinen merkitys tapauksissa, joissa KKO on muuttanut alempien oikeuksien ratkaisua ja tapaukseen liittyy määrättyjä erityispiirteitä, joihin nuo muutokset voidaan perustellusti kytkeä.[28] *Hovioikeuden antamat yksittäiset perustellut mittaamisratkaisut* antavat tietoa ennen kaikkea törkeysarvostelun perusteista. Jos tavoitteena on selkeisiin joko-tai ratkaisuihin perustuvan toiminnan ohjaaminen (esimerkiksi ehdollinen/ehdoton vankeus), voi yksittäisistä perustelluista mittaamisratkaisuista tehdä jonkin verran päätelmiä myös sovellettavaan rangaistustasoon. Muutoin hovioikeuskäytännöllä on merkitystä rangaistuspuolella vasta kun kvantitatiivisin keinoin on saatu systemaattinen kuvaus käytännön sisällöstä. Tällöinkin on otettava osaksi huomioon, että hovioikeuksiin valikoituneet tapaukset eivät välttämättä vastaa rikosten normaalimuotoja. *Alioikeuksiin* edettäessä paino siirtyy oikeusseuraamuspuolelle. Myös hyvin perustellut mittaamisratkaisut toisivat tässä portaassa esiin niitä syitä, joita olisi syytä pohtia rangaistuksen mittaamisessa. Näiden näkökohtien paino mittaamisperusteina perustuu kuitenkin niiden itsensä tueksi esitettäviin muihin argumentteihin. Tällä portaalla laaditut rangaistuskäytäntöä koskevat systemaattiset esitykset antavat sen sijaan luotettavimman kuvan rikostyypin rangaistuskäytännöstä.

Oikeuskirjallisuus voidaan ymmärtää ensinnäkin *muodoksi*, jonka kautta muuta materiaalia tuodaan esille. Kirjoittajan omien suositusten merkityksen ratkaisee perustelujen paino. Kirjallisuudessa esitettäviä pelkästään muiden auktoreiden näkökantoihin vetoavia tulkintasuosituksia ilman, että niiden tueksi voidaan esittää legitiimejä mittaamislähteitä ei siis tarvitse kunnioittaa asiaargumenttina.[29] Tilanne muuttuu toiseksi milloin mielipiteet *huolellisesti pe-*

[28] Tämäntyyppisestä tarkastelusta ks. esim. *Lahti* 1974 s.429 ss.

[29] Sikäli kuin ratkaisujen pohjaksi tulee panna *yhteisesti* hyväksytyt arvot, voi tosin auktorien lukumäärälläkin olla oma rajoitettu merkityksensä. Toisaalta se, mikä oli "yhtei-

rustellaan. Oikeuskirjallisuuden kannanotot ovat muuta lähdemateriaalia hyödyntävänä toistaiseksi liikkuneet samoilla alueilla kuin tuo muukin lähdeaineisto, eli lähinnä *mittaamisperusteissa ja törkeysarvostelussa*. Sen mukaan kuin lähdeaineisto tarjoaa argumentteja keskustelulle oikeusseuraamusten sisällöstä ja tasosta, vaikuttaa se myös tutkimuksen kiinnostavuuteen ja käyttöarvoon soveliasta rangaistustasoa etsittäessä.

Esitys on jättänyt *arvostusten* aseman ja suhteen muuhun aineistoon jossain määrin epäselväksi. Arvostukset tulevatkin mukaan *kautta linjan* tulkittaessa normatiivisin käsittein ilmaistuja mittaamisperusteita ja periaatteita, päätettäessä siitä mitä esimerkiksi yhdenmukaisella rangaistuskäytännöllä tarkoitetaan, arvioitaessa rangaistuksen ankaruutta ja pohdittaessa sen mahdollisia preventiivisiä vaikutuksia jne. Sama epämääräisyys koskee myös *reaalista argumentaatiota* (jolla ei muuta nimeä ole juuri sen vuoksi, ettei sitä voi puristaa yhtenäiseen kaavaan). Arvot ja reaalinen argumentaatio muodostavat tavallaan argumentaation päätepisteen, jossa lopullinen rangaistusmäärä lyödään lukkoon. Mittaamisongelma kiteytyy näin pisteessä, jossa muut argumentit loppuvat, ja ratkaisija turvaa reaalisiin syihin ja omiin arvolähtökohtiinsa. Rangaistuksen mitannut tuomari voikin puolustautua lopputulokseen kohdistuvalta kritiikiltä vain toteamalla, että tulos on *hänen* käsityksensä oikeudenmukaisuudesta; muilla saa olla asiasta omat mielipiteensä. Mahdollisuus rangaistuskäytännön yhtenäistämiseen palautuukin lopulta arvostusten rationaliteettia, perusteltavuutta ja yhdentymistä koskeviin yleisiin arvoteoreettisiin ongelmiin.

3.2. Arvot ja argumentaatio

3.2.1. Peruslähtökohdat

Arvostusten osuus tulkinnassa ei merkitse mielivaltaa. Suuri joukko ratkaisutilanteista selviää ilman, että joudutaan vastatusten arvostusongelmien kanssa (*Alexy* 1978 s.24—25). Arvostuksissa vallitsee toiseksi varsin suuri *yksimielisyys*. Tietty yhtenevyys on jo sosiaalisesti välttämätöntä. Voidaksemme tulla toimeen ympäröivän yhteisön kanssa, on meidän hyväksyttävä tietyt perusarvot yhteisiksi.[30] Kolmanneksi on korostettava arvostusten *rationaliteettia*. Mo-

---

sesti hyväksyttyä" esim. vuosisadan alkuvuosikymmenten saksalaisten oikeustieteilijöiden keskuudessa ei sitä välttämättä ole tämän päivän Suomessa. Lähtökohtana siis on "Counting heads has nothing to do with validiating moral reasons" (*Rongione* 1976)

[30] Eläessämme yhteydessä muihin ihmisiin ja tahtoessamme kommunikoida toisten kanssa, on meidän otettava huomioon myös ympäristön arvojärjestelmät. Arvot eivät ole

raalijärjestelmä on viime kädessä ympäröivien olojen kehittämiseen tähtäävä järjestelmä, jonka mielekkyys ja sisältö on varsin pitkälle alistettavissa tiettyjä aineellisia sekä muodollisia peruslähtökohtia ja oletuksia kunnioittavan rationaalisen keskustelun kohteeksi.

Arvostuksia ei siis tarvitse ottaa selittämättöminä intuitioina tai irrationaalisina tunteenpurkauksina.[31] Intuition argumenttivoiman riitauttaminen ei toisaalta merkitse sen sosiologisen tosiseikan riitauttamista, että moraalinen ajattelu toimii usein intuitiivisella tasolla. Kysymys on vain siitä, että tuo intuitio voidaan ja se tulee alistaa kriittisen erittelyn kohteeksi (joka ehkä johtaa toisensisältöisiin "intuitioihin"). Vaikka tosiasiallinen mittaamistoiminta nojaakin enemmän tai vähemmän intuitiiviseen kokemukseen siitä, mikä on oikea rangaistus (näin esimerkiksi *Andenaes* 1953 s. 204), on tuon rangaistuksen justifikaatiota kysyttäessä kyettävä esittämään intuitiota mahdollisimman pitkälle kaventavat rationaaliset syyt. Rationaalinen ja kriittisen tarkastelun kestävä moraaliargumentaatio edellyttää intuition taustasyiden erittelyä. Rationaalisten argumenttien nostaminen esille intuition takaa vastaa asiallisesti kriminaalipoliittisessa kielenkäytössä tunnettua "rinnakkaispäättelyä". Tämä tekniikka pyrkii osoittamaan oikeudenmukaisen ratkaisun (intuitiivis-moraalisen kannan) usein täyttävän myös tarkoituksenmukaisuuden vaatimukset (olevan siis perusteltavissa pragmaattis-rationaalisin syin, ks. *Törnudd* 1971 s. 5 ja sama 1983 s. 71 viitteineen sekä myös *Lahti* 1974 s. 275—276).

3.2.2. Mittaaminen ja arvostelmien vapaus

Toisaalta on pidettävä mielessä yleisen moraaliargumentaation ja mittaamisargumentaation välillä vallitseva olennainen ero. Rangaistuksen mittaamisessa ei ole kyse pelkästä omien moraalikannanottojen esittelystä, vaan ennen kaikkea *vakavasta puuttumisesta ihmisille normaalisti kuuluviin perusoikeuksiin.*

---

objektiivisia, mutta tämä ei estä niiden intersubjektiivisuutta (*Alexy* 1978 s.26 ss, *Aarnio* 1982 s. 178 ss ja *Hare* 1981 s. 228: "Moral thinking is thus revealed as something that we have to do in concert, though each individual has to play his own part").

[31] Asetettaessa intuitio ensisijaisen tietolähteen asemaan, on mahdoton ratkaista kahden väittelijän erimielisyyttä, jos molemmat väittävät tietävänsä asian intuitiivisesti. Ristiriitatilanteessa ei mikään argumentti olisi relevantti, sillä se mikä oivalletaan intuitiivisesti oivalletaan nimenomaan ilman argumentteja. Koska argumentaatio ei voi korvata intuitiota, ainoa keino ristiriidan ratkaisemiseksi olisi väittää, ettei toinen osapuoli ole oivaltanut oikeata intuitiota. Siihen kumman intuitio on oikea, ei kuitenkaan ole ratkaisukeinoa. Intuitio ei tähän ymmärrettävästi enää kelpaa, koska juuri sen oikeellisuudesta on kyse (ks. *Hartnack* 1971 s. 258-259). Juuri se on tässä asetettu kyseenalaiseksi ja kelvottomaksi todentamiskeinona (ks. *Nowell-Smith* 1957 s.36—47 ja myös *Jareborg* 1975 s. 124).

On periaatteessa väärin rinnastaa mittaamisratkaisu mihin moraalikannanottoon hyvänsä ja olettaa, että moraalisissa kysymyksissä vallitseva erimielisyys oikeuttaa myös tässä ratkaisijan toimimaan miten tahtoo. "Pelissä on paljon enemmän" kuin pelkästään velvollisuus kunnioittaa keskustelukumppanin mielipiteitä.[32] Oikeusturvasyistä tällä saralla on pyrittävä poistamaan vallitsevia arvostuseroja niin pitkälle kuin mahdollista.

Kun kysymys on toisaalta arvostusratkaisusta, on selvä, ettei tämä voi jäännöksettömästi onnistua. On ts. mahdoton muotoilla ohjeista sitovaa systeemiä. Enin mihin voi pyrkiä, on "perusteltu arvostusten yhdenmukaisuus ("intersubjektiver Wertungskompromiss", "intersubjektive Übereinstimmung", ks. *Streng* 1984 s.301-302 viitteineen). Arvostusten yhdentyminen tapahtuu tässä samalla tavoin kuin (moraali)argumentaatiossa yleensäkin. Olettaen, että käsitteellisistä syistä johtuvat näennäiset erimielisyydet on karsittu, sitä lähempänä perusteltua arvostusten yhtenevyyttä ollaan, mitä suurempi yksimielisyys on saavutettu johtavista periaatteista, mitä tarkemmin keskustelu noudattaa rationaalisen diskurssin yleisiä ehtoja, mitä täydellisempi ja luotettavampi on asiaan vaikuttavaa fakta-aineistoa koskeva tieto ja mitä tarkemmiksi yksittäistapauksia koskevat, yleisempien periaatteiden kanssa yhtenevät ja niistä johdettavissa olevat mittaamisperusteet kyetään muotoilemaan.[33]

3.2.3. Eräitä arvoteoreettisia tarkennuksia ja täydennyksiä (Exuurs)

a) *Moraalin funktiot.* — Moraaliarvostelmat eivät ole pelkkiä indikatiivisia ajatustoimintoja, sen enempää kuin kyselemättä hyväksyttyjä, päämäärättömiä intuitiivisia tuntemuksia. Moraalisia leimasimia ei käytetä niiden itsensä vuoksi. Toiminnalla on jokin tarkoitus, jokin *käytännön tehtävä*.[34] Sellaiseksi voidaan yleisesti määritellä ihmisen elinolojen ko-

[32] Voi siis sanoa, että vaatimuksella jatkuvasti keskustella arvostustemme rationaliteetista on pakkovaltaa edustavassa juridiikassa ja erityisesti rikosoikeudessa *painavampi* merkitys kuin moraalissa yleensä (samansuuntaisesti *Alexy* 1985 s.22).

[33] Erimielisyys voi perustua (1) käsitteelliseen sekaannukseen (näennäinen erimielisyys), (2) erilaiseen tosiasiataustaan, (3) keskustelijoiden erilaiseen kykyyn tehdä merkityksellisiä erotteluja ja (4) erimielisyyteen siitä, onko jokin tiettyä väitettä vastustava/puoltava peruste ratkaiseva vai ei (*Jareborg* 1980a s.37 ja *Victor* 1977 s.21 ss). Yksimielisyys kolmen ensimmäisen osalta saavutetaan helpoimmin. Jareborgin mukaan viimeinenkin — arvoja koskeva ongelma — kääntyy tosiasioiden kielelle, mikä tekee mahdolliseksi arvo-objektivismin (mutta ei arvoabsolutismia, *Jareborg* 1975 s. 222 ss. ja sama 1980 s.37-38 sekä kritiikistä *Aarnio* 1979 s. 118 ss).

[34] Kuten *Warnock* kirjoittaa: "There is . . . some general practical end in view; and if so . . . the general object must be to bring it about, in some way or another, that rational beings act, in some respects or other, *better* than they would otherwise be liable to do".

hentamisen. Tavoitteena on "hyvä elämä" ("Good Life"). *Mackie* luonnehtii tuon tavoittelemisen arvoisen tilan seuraavasti (*Mackie* 1977 s. 170): ". . . jokaisen yksilön hyvä elämä koostuu suurelta osin mahdollisuuksista harjoittaa niitä toimintoja, jotka hän itse kokee harjoittamisen arvoiseksi joko siksi, että ne ovat itsessään hänelle arvokkaat, tai sen vuoksi, että ne suoraan hyödyttävät niitä, joista hän välittää, tai koska hän tietää ne tehokkaiksi keinoiksi, joilla parantaa itsensä tai hänen läheistensä hyvinvointia."[35]

Moraalilla on siten ihmisiä ja yhteiskuntaa hyödyttävä tehtävä. Moraaliperiaatteiden rationaliteetti tulee arvioida myös tuon tehtävän täyttämisen kannalta. Moraalia on myös jatkuvasti muokattava uudelleen siten, että se entistä paremmin täyttää pragmaattisen tehtävänsä. Moraali, sen enempää kuin oikeuskaan, ei uinu jossakin valmiina löytäjäänsä odottaen. Samalla tavalla kuin oikeus, myös moraali on tahdon asia.

b) *Moraalisen ajattelun tasot — intuitiivinen ja kriittinen.* — Pragmaattisesta funktiostaan huolimatta moraalijärjestelmä ei ole läpikotaisin tarkoituksenmukainen, rationaalin ajattelun vaatimuksia seuraava järjestelmä. Kaikkien arvostelmien ja tulkitseminen yrityksiksi vaikuttaa ihmisten toimintaan johtaisi ensinnäkin masentavaan ihmiskuvaan, jossa kiitollisuuden ihailun ja sympatian taustalla nähtäisiin vain kylmää harkintaa ja laskelmointia.[36] Vielä selvempänä moraaliarvostelmiemme ara-

---

Tämä moraalin käytännöllinen tehtävä on "ihmisen onnettoman aseman parantaminen: . . . the general object of moral evaluation must be to contribute in some respects . . . to the amelioration of the human predicament — that is, of the coditions in which these rational beings, humans, actually find themselves" (*Warnock* 1971 s. 16. Samoin *Nowell-Smith* 1957 s. 200-201 ja *Hartnack* 1971 s. 266-267). Näistä esityksistä löytyvät myös *Jareborgin* lähtökohdat: "Moralens syfte kan grovt beskrivas på detta sätt: att bidra till att förbättra mänskligheten besvärliga situation eller motverka försämring därav" (*Jareborg* 1980 s. 30).

[35] Tämän esityksen tehtäviin ei saata kuulua niiden periaatteiden tarkempi muotoilu, jotka tuosta tavoitteenasettelusta olisivat johdettavissa.Selvää on, että niihin kuuluvat sellaiset perustavaa laatua olevat moraaliperiaatteet kuten vaatimus pakkovallan justifioimiseksi. Jokainen, joka ryhtyy keskusteluun oikeutuksesta pakkovallan avulla toteuttaa moraalia "välttämättä hyväksyy sen kriittisen periaatteen, että inhimillinen kärsimys ja vapauden rajoittaminen ovat pahasta; sillä juuri tämä on syynä sille, miksi (moraalinen toteuttaminen) vaatii justifikaation" (*Hart* 1965 s.20 ja 82).

Sama pätee kärsimysten minimointiin ja valinnanvapauden turvaamiseen. Tämä sisältyi jo Mackien luonnehdintaan ("mahdollisuudet harjoittaa arvokkaina pitämiään toimintoja", ks. sitaatti edellä). Ks. myös Hart: ". . . if there are any moral rights at all, it follows that there is at least one natural right, the equal right of all men to be free" (*Hart* 1967 s.53). Tavoiteltavia asiantiloja olisivat myös esim. Rawlsin "primary goods" (vapaus, tilaisuus, hyvinvointi ja itsekunnioitus), sillä ne olisivat ehtona kaikesta muusta nauttimisella (ks. *Rawls* 1971 s.433 ss). Sisällöllisten kriteerien tarkempaan pohtimiseen ei tässä ole mahdollisuutta (esimerkkinä ks. *Finnis* 1980 erit. s. 85 ss).

[36] Eli Stevensonin sanoin: "Thank you' is a polite request for more" (*Stevenson* 1944 s. 309-310).

tionaalisuus tulee esiin moraalikonflikteissa, siis tilanteissa, joissa tunnemme joutuneemme sitovien velvollisuuksien ristiriitaan ilman ulospääsyn mahdollisuutta (ks. *Hare* 1981 s.26 ss).

Haren vastaus tässä ristiriitatilanteessa on, ettemme kykene ratkaisemaan velvollisuuksien ristiriidan ilmentämää ongelmaa tyydyttävästi sillä *samalla moraalisen ajattelun tasolla*, jossa tämä ristiriita näyttäytyy (ks. *Hare* 1981 s. 32-39). Tasoa, jolla moraaliperiaatteet voivat asettua ristiriitaan vailla ulospääsyn mahdollisuutta Hare kutsuu *intuitiiviseksi*. Intuitionismin kieltäminen arvoteoriana ei kumoa tosiasiaa, että moraalisessa ajattelussa "suoraan tajutuilla" intuitiivisilla periaatteilla on suuri merkitys. *Haren* ja *Mackien* esityksiä yhdistellen intuitiivisten periaatteiden tarve ja sisältö selittyy pääosin seuraavasti.

1. *Yleisyys.* Moraaliperiaatteiden tehtävänä on toimia käyttäytymisohjeena elävän elämän tilanteissa. Ollakseen käyttökelpoisia näiden periaatteiden tulee kattaa verraten laaja tapausjoukko. Periaatteesta, joka sopii vain yhteen ajateltavissa olevaan tapaukseen ei ole käytännön toimintaa ohjaavana sääntönä hyötyä. Yhtä taloudellista olisi pohtia puheena olevan tapauksen kaikki erityispiirteet kulloinkin kokonaisuudessaan ja tehdä tältä pohjalta aina vaadittava päätös. Voidakseen soveltua useampaan tilanteeseen, tulee periaatteen kiinnittää huomio vain *muutamaan* tapausten erityispiirteeseen. Intuitiivisten periaatteiden tulee toisin sanoen olla verraten *yleisiä*. Tämä selittää myös näiden ristiriidan mahdollisuuden. Yleisinä periaatteina prima facie säännöt ottavat huomioon vain osan tilanteiden piirteistä.[37] Periaatteiden ristiriita, jossa samaan tilanteeseen soveltuu kaksi tai useampia periaatteita on seurausta siitä, että periaatteet poimivat samasta tilanteesta eri alkiot moraalisesti merkityksellisiksi (ks. *Hare* 1981 s. 35-38 ja s. 41).

2. *Deontologinen velvoittavuus.* Intuitiiviset prima facie periaatteet ovat välttämättömiä siksi, ettei jokaista tilannetta sen kaikkine yksityiskohtineen tarvitsisi arvioida aina uudelleen. Tiettyjen tekojen seurausten arviointi konkreettisissa tilanteissa onkin usein mahdotonta. Tämän vuoksi on tyydyttävä seuraamaan tiettyjä sääntöjä sinänsä. Intuitiiviset prima facie periaatteet ovat toisin sanoen tyypillisesti deontologisia. Ne eivät edellytä seurausten arvottamista vaan säännön seuraamista sen itsensä vuoksi (ks. myös *Mackie* 1977 s. 155-156). Prima facie "nyrkkisääntöjen" syntyyn vaikuttaa myös toinen seikka, jonka vuoksi on perusteltua tulkita nämä säännöt deontologisiksi. Puolustaessaan intuitiivisen tason konstruointia Hare pitää näitä sääntöjä tarpeellisina, jotta emme konkreettisten ratkaisutilanteiden houkuttelemina sovittelisi periaatteitamme uudelleen siten, että ne sopisivat paremmin sen hetkiseen tilanteeseemme (*Hare* 1981 s. 38). Saman toteaa *Mackie*: "Yksittäista-

[37] Kaikki tapauspiirteet huomioiva periaate olisi lisäksi niin mutkikas, ettemme voisi oppia sitä. Yleisten intuitiivisten periaatteiden omaksumisen tarve pohjaa siten, paitsi tekstissä kosketeltuihin käytännöllisiin syihin, myös *psykologisiin* perusteisiin (ks. *Hare* 1981 s. 35-36).

pauksellinen seurausten harkinta ei juuri mainituista syistä aina välttämättä johda parhaisiin tai edes hyviin tuloksiin. Kun hyötylaskelmat on tehtävä välittömässä toimintatilanteessa, olemme arvioissamme usein taipuvaisia suorittamaan painotuksia, jotka muuttuisivat, mikäli saisimme harkita asioita etäisyyksien päästä kylmästi" (*Mackie* 1977 s. 156). Lopputulosten kannalta on siis usein parempi, että meillä on säännöt, joita seurata. Vältymme hetken kiusauksilta ja päätöksiltä, jotka jälkikäteinen arviointi osoittaisi huonosti harkituksi.

3. *Ennakoitavuus.* Kolmas perustelu on johdettavissa moraalin aineellisesta tavoitteesta (elämisen laadun kohottamisesta). Tähän "onnelliseen elämään" kuuluu muun ohella kyky toteuttaa päätöksensä ja valintansa oman harkintansa mukaan. Nämä päätökset tehdään sosiaalisessa yhteisössä ja niiden toteuttaminen pohjaa tiettyihin odotuksiin siitä, kuinka muut toimivat. Toisten käyttäytyminen on arvattavissa ainoastaan, mikäli se jatkuvien peliteoreettisten laskelmien ja kustannus-hyötyanalyysien sijasta perustuu selkeisiin sääntöihin. Voin oman elämäni järjestämiseksi vaatia tällaista toiminnan arvattavuutta muilta, ja muut voivat vaatia sitä minulta (*Mackie* 1977 s. 156-157).

Intuitiiviset prima facie periaatteet syntyvät siis käytännöllisinä välttämättömyyksinä aikaisemman elämämme, kasvatuksemme, kokemustemme ja päätöstemme koulimina. Niiden olemassaolo ei itsessään riitä niiden justifikaatioksi, sillä voimme aina kysyä, onko kasvatuksemme ollut paras mahdollinen, ja ovatko päätöksemme olleet parhaita mahdollisia jne. Ristiriitaan asettuneiden prima facie periaatteiden ongelmaa ei voida kuitenkaan ratkaista intuition nojalla. Kun joudumme tilanteeseen, jossa aikaisempi elämämme ja kasvatuksemme ei anna yksiselitteistä johtoa, emme voi vedota niihin ratkaisun löytämiseksi. Ristiriidan ratkaisu ja prima facie periaatteiden valinta täytyy tehdä toisella moraalisen ajattelun tasolla, jota Hare kutsuu *kriittiseksi* (ks. *Hare* 1981 s. 40). Moraalinen ajattelumme toimii siten kahdella tasolla.[38] Intuitiivinen oh-

[38] Jako muistuttaa läheisesti *Mackien* erottamaa *suppeaa ja laajaa moraalia* ("morality in broad vs. narrow sense", *Mackie* 1977 s. 106-107). Laajassa mielessä moraali viittaa kaiken kattavaan ja yleispätevään käyttäytymistämme koskevaan teoriaan. Se käsittää mitkä hyvänsä periaatteet, jotka ovat valittu ohjaamaan ihmisten valintoja. Moraali suppeassa merkityksessä viittaa *tiettyyn* normistoon, jonka tehtävänä on ohjata käyttäytymistämme lähtien moraalin yleisestä tehtävästä. Tässä merkityksessä moraaliperiaatteet eivät ole ainoita käyttäytymistämme ohjaavia sääntöjä. Ne ovat perusteita muiden ohessa, ja ne on mahdollista sivuuttaa ja ohittaa. Tässä jälkimmäisessä mielessä on mahdollista sanoa, "Tiedän, että moraali vaatisi minua ryhtymään siihen ja siihen, mutta näistä ja näistä syistä en tähän aio ryhtyä". Sen sijaan ei ole ajateltavissa, että henkilö toimisi tietoisesti ja perustellusti laajemmin ymmärrettyä moraalia vastaan, joskin näin saattaa tapahtua tahdonheikkouden ("weakness of will") seurauksena (*Mackie* 1977 s. 107). Toisin kuin Hare, Mackie käyttää tätä jakoa — ei pelkästään moraaliargumentaation teoreettisen erittelyn apuvälineenä — vaan keinona tarkastella tiettyjä sisällöllisiä arvoteorioita (ks. *Mackie* 1977 s. 131 ja erityisesti s. 134 ss).

jaa käyttäytymistämme normaalioloissa. Sen periaatteet ovat universaalisia (ne soveltuvat kaikkiin ajateltavissa oleviin tapauksiin), verraten yksinkertaisia ja yleisiä (toisin sanoen epäspesifisiä).[39] Kriittisen moraalin periaatteet ovat universaaleja, mutta — jotta ne voisivat ratkaista kaikki mahdolliset konfliktit ja ongelmat — niiden on oltava samalla huomattavan spesifisiä (*Hare* 1981 s. 41). Eri tasojen suhteet ja tehtävät ovat yksinkertaistaen kuvattavissa seuraavasti.

Intuitiivisen tason tehtävänä on mahdollistaa toimintamme siten, että se mahdollisimman suuressa määrin lähestyy kriittisen moraalin edellyttämää mallia tilanteissa, joissa ei ole mahdollista harkita koko ajan kriittisen moraalin vaatimalla täsmällisyydellä. *Kriittisen moraalin* tehtävänä on valita ja muokata intuitiivisella tasolla vaikuttavat prima facie periaatteet tutkimalla, millä prima facie periaatteella on meihin ja muihin universaalisesti sovellettuina parhaat seuraukset, ottaen huomioon sen soveltamisesta aiheutuvien seurausten arvo ja todennäköisyys sellaisina kuin ne jokapäiväisen kokemuksemme mukaan meille näyttäytyvät (*Hare* 1981 s. 44-48). Paras intuitiivisten prima facie periaatteiden joukko muistuttaa suurimmassa mahdollisessa määrin periaatteita, jotka valitsisimme, jos koko ajan kykenisimme ajattelemaan kriittisellä tasolla. Sen lisäksi, että kriittinen moraali valitsee prima facie periaatteet, sen tehtävänä on myös ratkaista intuitiivisella tasolla aina välttämättä esiintyvät ristiriidat. Tällaisessa tilanteessa kriittinen moraali voi johtaa prima facie periaatteiden tilapäiseen hylkäämiseen tai niiden muuttamiseen. Intuitiivisen tason periaatteet ovat toisin sanoen *ylitettävissä*. Kriittisen moraalin periaatteet ovat sen sijaan kaikkiin muihin nähden ylivoimaisia (''Overidingness''). Intuitiiviset periaatteet ovat kumottavissa ja muutettavissa. Niistä voidaan toisin sanoen tehdä poikkeuksia, ja ne ovat silti mahdollisia pitää voimassa.[40] Näin moraalisten periaatteiden joukko jakaantuu kahtia (*Hare* 1981 s.60):

1) Kriittisen moraalin periaatteet: Preskriptiiviset universaaliset ja

[39] *Universaalisuuden* ja *yleisyyden* (vastakohtanaan spesifisyys) ero voidaan esittää seuraavasti. Sääntö ''älä milloinkaan tapa'' ja ''älä milloinkaan tapa, paitsi itsepuolustukseksi'' ovat molemmat universaalisia (ne soveltuvat ''aina'' ja ne voidaan ymmärtää kategorisen imperatiivin lailla), mutta ensimmäinen on luonteeltaan yleisempi. Prima facie periaate ei sisällä sen sovellutuspiiriin kuuluvia tapauksia koskevia erityisiä poikkeuksia, sillä sen tehtävänä on toimia ihmisten käytännöllisenä ohjeena tyypillisissä elämäntilanteissa.

[40] Tässä on siis samalla kyse normiteoreettisesta erosta periaatteen ja säännön välillä. Kriittisen tason periaatteet ovat kaikki poikkeukset huomioon ottavia sääntöjä, intuitiivisen tason moraalinormit taas periaatteita. *Sundby* kritisoikin Haren aikaisempia esityksiä juuri siitä, että universaalisuusvaatimuksen toteuttaminen olisi tapaus-ja tilannekohtaisten erityispiirteiden loputtomasti vaihdellessa käytännössä mahdotonta. Sundbyn mukaan universaalisuusperiaatteen kaltaiset tyhjentävät säännöt olisikin moraaliteoriassa korvattava periaatteen tyyppisin suuntaviivoin (*Sundby* 1974 s.299-300). Juuri tämän Hare toteutti konstruoimalla teoriaansa periaattein toimivan intuitiivisen tason.

ylittämättömät periaatteet, jotka on mahdollista muotoilla niin spesifeiksi, ettei niiden ylittämiseen ole tarvetta.

2) Intuitiivisen moraalin prima facie periaatteet, jotka ovat ylitettävissä (joista voidaan tehdä poikkeuksia), mutta jotka ovat valitut kriittisen moraalin pohjalta, ja jotka lähestyvät suurimmassa mahdollisessa määrin kriittisen moraalin asettamia sääntöjä.

c) *Arvot ja rationaliteetti.* — Intuitiivisen ja kriittisen tason periaatteiden erottelu johtaa lopulta rationaliteetin ongelmaan. Kriittisen tason periaatteet eivät ole "objektiivisia", mutta ovat rationaalisia siinä mielessä, että ne kestävät "maksimaalisen tosiasioista ja logiikasta etenevän kritiikin" (*Hare* 1981 s.212). Arvostelmien rationaliteetin todistamiseksi tuntuisi Haren mukaan riittävän, että ihmiset ottavat huomioon tosiasiat, joita nuo arvostelmat koskevat ja lisäksi arvostelmissaan noudattavat kriittisen moraalin muodollis-loogista *universaalisuuden periaatetta*; ovat siis valmiita yleistämään ratkaisunsa yleiseksi laiksi.[41] Kun arvostelmat perustuvat usein käsityksiin niistä käytännön seurauksista, joita eri toiminnoilla tai teoilla on ihmisten intressien kannalta, seuraa tästä, että mikäli näitä käytännön seurauksia koskevat uskomukset ovat erheelliset, moraalikannanotto on yksin tällä perusteella irrationaalinen.[42] Olisi siis *kunnioitettava myös tosiasioita*. Sadurski sisällyttääkin rationaliteetin käsitteeseen sekä yleistettävyyden testin (the test of universalization), puolueettomuuden sekä "sisällöllisen voiman" (vastakohtana auktoriteettiin perustuvalle vaikuttavuudelle, ks. tarkemmin *Sadurski* 1985 s.75).

Keskustelu rationaliteetin käsitteestä ja sisällöstä on siirtynyt yleisestä arvoteoriasta myös oikeusteorian keskeiseksi aiheeksi. Näihin esityksiin viittaaminen on tässä yhteydessä perusteltua ennen kaikkea sen vuoksi, että rationaliteetille on kriminaalipolitiikassa annettu varsin suppea merkitys.[43] Lähinnä se samastetaan weberiläiseen tavoiterationaliteettiin

---

[41] "Moral judgements are about properties which actions have . . . The properties of actions are the reasons for the judgement . . . If somebody in his moral thinking has taken cognizance of such ordinary facts as are available and relevant, he has done alle the fact-finding that rationality requires . . . We are rational in our critical thinking if we make use of the available facts, and reason in accordance with the logical requirements generated by the concepts used in the question we are asked" (*Hare* 1981 s.216—218).

[42] "People value certain principles because they *know* (or think that they know) possible consequences of putting them into practice: this is a "rational" part of the arguments about justice . . . If someone bases his moral position on a proposition of fact which is false, the we are justified in disqualifying his moral position on this ground alone" (*Sadurski* 1985 s.74).

[43] *Aarnio* jakoi rationaliteetin suppeaan ja laajaan (L- ja D-rationaliteetti). Ensin mainittu kattoi päättelyn loogisen muodon, kun taas rationaliteetti sensu largo käsittää "sekä päättelyn loogisen muodon, että premissien oikeuttamista koskevan harkinnan" (*Aarnio* 1982 s.167). Jälkimmäinen lisäys viittaa siihen, että ollakseen rationaalinen, itse *harkintaprosessin* tulee seurata tiettyjä sääntöjä (mm. avoimuus, pakottamisen kielto, perusteluvelvolli-

ja sen myötä tehokkaaseen preventioon.[44] Tässä tutkimuksessa rationaliteetin ideaali ymmärretään laajemmin. Keskeiset vaatimukset ilmenivät jo edellisestä kappaleesta: tosiasioita on kunnioitettava, asiasyiden on annettava puhua, on noudatettava logiikan lakeja ja universaalisuuden periaatetta (ks. myös *Aarnio* 1982 s.167—174 ja *Peczenik* 1986 s.106—107). Olettaen, että tietyt arvot ja tavoitteet on perusteltu ja hyväksytty, rationaalista on edelleen toiminta, joka tukee ja edistää näiden arvojen ja tavoitteiden voimaansaattamista.[45] Näiden perusarvojen ja -tavoitteiden justifiointi on tutkimuksen III luvun teemoja.

---

suus, puolueettomuus, johdonmukaisuus ja yleistettävyys, ks. *Aarnio* 1982 s.172—178). *Peczenik* erottaa kolme rationaliteettivaatimusta: (a) L-rationalisuus (lause on osa formaalisloogiset vaatimukset täyttävää perusjoukkoa, looginen konsistenssi), (b) S-rationaalisuus (lausetta tukevat hyvät syyt), ja (c) D-rationaliteetti (lausetta ei kumottaisi diskurssissa, joka täyttää ns. optimaalisen debatin vaatimukset). L-rationaliteetti on minimivaatimus, S-rationaliteetti täyttää sen ja eräät muut rationaliteettiehdot. D-rationaliteetti on laajin ja täyttää S-rationaliteetin lisäksi joukon muita rationaliteettiehtoja (ks. *Peczenik* 1986 s.106—107).

[44] Ks. tarkemmin *Lahti* 1986 s.359. Weberiläinen tavoiterationaliteetti merkitsi Lahden mukaan sitä, että ". . . andelen av såväl värderationella som traditionstyrda och emotionella element minskar inom denna sektor av beslutfattandet" (*Lahti* 1986 s.359 viitteineen, weberiläisestä rationaliteettierottelusta ks. myös *Lanza-Kaduce* 1982 s.535 ss). Kriminaalipoliittisen rationaliteettikäsitysten sisältöä on tarkemmin eritelty raportissa Heuni 3/1984. Rationaalinen *toiminta* (rational action) määritettiin ideaaliseksi käsitteeksi "involving a separation of the means from the ends and as a subordination of the means to the ends". Rationaalinen *päätös* (rational decision) kuvattiin päätökseksi, joka "in the light of the information available, involves the highest likelihood of achieving a certain present goal". Suhteessa rikosoikeudelliseen järjestelmään korostettiin vuorostaan: "Any definition of rationality in this system must observe the distinction between formal and material rationality." Tämän ohella annettiin rationaliteetin kriteerit: . . . "there are three criteria of rationality: utility, effectivity and legitimacy." Jos näistä kannanotoista etsii yhtenäistä punaista lankaa, sellaiseksi voinee tulkita (1) tehokkuuden ja (2) hyödyn tavoittelun. Lisäksi niihin sisältyy ajatus jonkinasteisesti (3) loogisesta ristiriidattomuudesta, (4) analyyttisyydestä ja kyvystä erottaa keinot tavoitteista. Edelleen korostettiin päätösten (4) tietopohjaa sekä yleensä toiminnan (5) ymmärrettävyyttä ja selitettävyyttä.

[45] Rationaalisuusehtojen seuraaminen ei laajassakaan mielessä takaa ratkaisun *hyväksyttävyyttä*. Rationaalisuusperiaatteet koskevat vain harkintaprosessia ja sen asianmukaista etenemistä. Samoihin rationaalisuusoletuksiin sitoutuvat voivat aivan hyvin päätyä myös erilaisiin lopputuloksiin, jos heidän premissinsä ovat erilaiset (*Aarnio* 1982 s.167 ja sama 1986 s.264). Rationaliteettiehtojen täsmentämisen avulla ei voida sulkea mahdollisuutta, että järkevät henkilöt — silloinkin kuin he argumentaatiossaan noudattavat rationaalin diskurssin sääntöjä — *päätyvät toisistaan poikkeaviin lopputuloksiin*. "But the reasons which can be given are not in their nature conclusive, nor aqually convincing to everyone. Honest and reasonable people can and do differ even upon ultimate matters of principle, each having reasons which seem to him or her good for the view which he or she adheres" (*MacCormick* 1978 s.5, ks. myös *Peczenik* 1986 s.139 ss).

D. MITTAAMISHEURISTIIKAN APUVÄLINEISTÄ

1. Ideaalirangaistus

Nykymuotoinen mittaamisongelma syntyi latitudien käyttöönoton myötä.[1] Huoli tuomioistuinten mahdollisuuksista selviytyä heille uskotusta uudesta tehtävästä toi mukanaan myös ehdotukset latitudien täyttämisestä (ks. *Blomstedt* 1964 s. 494 ss.). Pohjoismaissa tällaisista esiteltiin ensimmäisenä oppi ideaalisesta keskirangaistuksesta (''Straffmedium''). Keskieurooppalaista alkuperää olevat ajatukset toi tänne ensimmäisenä Nordling (*Nordling* 1864). Häntä seurasi *Annerstedt* mittaamista laajemminkin käsittelevällä teoksellaan (*Annerstedt* 1869 ks. tarkemmin *Nousiainen* 1961 s.208-210 sekä *von Eyben* 1950 s.311-314).

Annerstedtin teorian mukaan tuomari vahvistaa ensin käsillä olevan konkreettisen rikoksen rangaistavuuden (= rikoksesta ilmenevän oikeudenvastaisen tahdon voimakkuuden, ''i det konkreta brottet uppenbarade rättstridiga viljans straffbarhet'', *Annerstedt* 1869 s. 56). Tämän jälkeen tuomarin on etsittävä rangaistusasteikolta tätä tahdon intensiteettiä vastaava rangaistuskvantiteetti lähtökohtanaan rikoksen yleinen (tai paremminkin ''luonnollinen'') rangaistavuus ja sitä vastaava rangaistus (''Straffmedium'').[2] Ratkaisussaan tuomarin tulee saattaa tuomittavan rikoksen rangaistuskvantiteetti samaan asemaan suhteessa keskirangaistukseen, kuin tuomittavan rikoksen ja ao. rikostyypin ''luonnollisen'' rangaistavuuden välillä jo vallitsee (*Annerstedt* 1869 s. 57 - 58).

---

[1] Meillä tämä tapahtui vuoden 1866 osittaisuudistusten yhteydessä, ks. *Lappi-Seppälä* 1982a s.126 ss. ja rangaistuksen määräämisen historiallisista kehitysvaiheista laajemmin *Ellilä* 1949a s.514 ss sekä *Hemmer* 1928 passim.

[2] ''Utgående från straffmediet har lagskiparen derefter att på det sätt bestämma den vid det föreliggande konkreta brottet erforderliga straffqvantiteten, att denna qvantitet står till straffmediet i det förhållande, som eger rum emellan det förevarande brottets straffbarhet, sådan den till följd af de dervid förekommande modifierande omständigheter kan antagas, och den allmänna eller vanliga (af artens konstitutiva bestämningar angifvna) straffbarheten'' (*Annerstedt* 1869 s.57—58).

Yleinen rangaistavuus (almänna eller vanliga straffbarhet) tarkoittaa sitä rangaistavuutta, joka ilmenee rikoksen konstituoivista ehdoista ilman, että tekoon soveltuu lieventäviä tai koventavia asianhaaroja. Annerstedt erottaa "luonnollisen" ja ideaalisen rangaistavuuden käsitteet tiukasti empiriasta. Tavallinen tai yleinen rangaistusarvo ei mitenkään vaadi, että sen edellyttämät rikokset olisivat käytännössä muita tavallisempia. Kyse on puhtaasti ideaalisesta käsitteestä.[3]

Keskirangaistuksen löytämisen ongelmaan ei anneta lähempää vastausta. Keskirangaistus on yksinkertaisesti se ideaalinen rangaistus, joka vastaa teon "luonnollista" rangaistavuutta. Huomattakoon, ettei ideaalirangaistuksella tarvitse myöskään olla mitään tekemistä aritmeettisen keskirangaistuksen kanssa. Keskirangaistus poikkeaa aritmeettisesta keskipisteestä sen mukaan, esiintyykö rikostyypin yhteydessä enemmän raskauttavia vai lieventäviä asianhaaroja. Ensin mainitussa tapauksessa on rikosten eri ilmenemismuotojen arvioimiseksi varattava enemmän tilaa asteikon yläpäässä, jälkimmäisessä tapauksessa on tilaa varattava asteikon alkupäähän. (ks. *Annerstedt* 1869 s. 57 ss).

Keskirangaistusteorian taustalla on ajatus ennalta annetusta, ideoiden maailmassa eksistoivasta "luonnollisesta" rikoksesta ja sitä vastaavasta rangaistuksesta. Tämä luonnonoikeudellinen oppirakennelma on tietysti arvostelulle altis sikäli, ettei sen edellyttämää rikoksen "yleistä" (luonnollista) rangaistusarvoa (rangaistavuutta) ole mahdollista empiirisesti todentaa.[4] Toisaalta rikoksen ja rangaistuksen kytkentää ei teorian esittäjien mukaan ylipäätään tarvinnutkaan pohtia ilmiömaailmaan kuuluvana ongelmana. Tunnusmerkistön ja rangaistuksen kytkentä toteutettiin puhtaasti abstraktis-käsitteellisinä kuvina.[5]

Loogisen empirismin vaikutuksesta on myös oikeudellisten ilmiöiden tarkastelussa painotettu tarvetta palauttaa käsitetunnusmerkit ja oikeusseuraamukset aistein havaittavaan ilmiömaailmaan. Asiaan sen syvemmin puuttumatta, ajattelun pragmaattisena perusteluna voi toistaa Makkosen esityksen: "Se

---

[3] "Ty huruvida i verkligheten brotten oftast förekomma under den form, att vid desamma några försvårande eller förmildrande omständigheter icke ega rum, kan vid närvarande undersökning helt och hållet lemnas derhän" (*Annerstedt* 1869 s.57).

[4] Esim. *Hagströmer*: "Existensen af ett sådant straff och en sådan straffbarhetsgrad må dock betvivlas" (*Hagströmer* 1901—1905 s.494 alav.2) Samoin *Forsman*: "En sådan normalgestalt af brottet, som skulle i afseende å straffbarheten motsvara ett straffmedium existerar i värkligheten icke" (*Forsman* 1930 s.526), ks. myös *Zipf* 1969 s. 78, jossa Ostermeyerin ideaalirangaistusteoriaa kritisoidaan samoista lähtökohdista.

[5] Saksalaisella kielialueella vallitsevasta tavasta tarkastella tunnusmerkistöä ja siihen liittyviä oikeusvaikutuksia edelleen konkreettisista elämäntapahtumista erillään ks. *Engisch* 1971 s.35-36 ja kritiikistä *Makkonen* 1981 s.27 ss.

on omiaan ehkäisemään ajatuksen liukumista spekulatiivisiin konstruktioihin ja helpottaa juridisten kannanottojen ja johtopäätösten ennakkoluulotonta arvioimista reaalisten yhteiskunnallisten tarpeiden pohjalta" (*Makkonen* 1981 s. 35). Heuristiikan on kyettävä ratkaisemaan ne ongelmat, joihin arkikäytännössä törmätään ja sen on tarjottava välineet, joihin tuomari varkaita, pahoinpitelijöitä ja rattijuoppoja tuomitessaan "pääsee käsiksi". Tätä vaatimusta ei fiktiivinen ideaalirangaistusteoria täytä.

2. Mittaamissysteemit

2.1. Vanhaa ja uutta

Ajatus jossakin ennakolta "uinuvasta" oikeasta rangaistuksesta ja sen löytämisestä käsiteloogisin ajatusoperaatioin heijastuu erityisesti viime vuosisadan mittaamissysteemeissä. Näissä rakennelmissa ilmenevät kaikki käsitelainopin keskeiset piirteet. Lähtökohdaksi valittiin tietyt yläkäsitteet, joista johdettiin yksityiskohtaisempia alakäsitteitä (mittaamisperusteita), kunnes koko juridinen todellisuus oli saatu lokeroiduksi. Tämän jälkeen käsitepuun osien keskinäiset suhteet ja ominaispainot määriteltiin matemaattisen tarkasti (esimerkiksi pisteluvuin). Tuomarin tehtävänä olisi "vain" sijoittaa tuomittavana olevaa tekoa koskevat tiedot tähän systeemiin. Tämän käsitepelin tuloksena saatiin lopulta tietää rikosta vastaava yksi ja ainoa oikea rangaistus (ks. vanhemmista mittaamissysteemeistä *Nousiainen* 1961 s. 127 - 132 viitteineen).

Tämän päivän vastineet vuosisadan vaihteen mittaamissysteemeille löytyvät yrityksistä ratkaista ongelma atk:n avulla. Tarvittava informaatio kvantifioitaisiin ja syötettäisiin koneeseen, joka laskisi oikean rangaistusmäärän.[6]

---

[6] Tästä on esimerkkinä *von Linstovin* ehdotus liikennerikosten rankaisemisesta atk:n avulla (*von Linstov* 1974). Siinä rangaistus laskettaisiin kahden kaavan avulla. Kullekin rattijuopumusta koskevalle mittaamisperusteelle (tyhjentäväksi katsomassaan luettelossa von Linstov nimeää näitä perusteita kaikkiaan 20 kpl) annetaan ennakolta vahvistettu perusarvo ja lisäksi olosuhteen esiintymisintensiteetin mukaan määräytyvä voimakkuus. Luvut keskenään kertomalla saadaan rangaistuspistemäärä (RPM) seuraavan kaavan mukaan (numerot kuvaavat eri määräämisperusteita, ks. *von Linstov* 1974 s. 21 ss.): (2x7 + 3 + 4 + 5 + 6 + 9 +)x 1 + 11)x8x10x13x12)x14x15 = RPM.

Lajivalinta sakon ja vankeuden välillä määräytyy näin saadun RPM:n ja uusimisen mukaan. Uusijoilla (edellisen kahden vuoden aikana tuomittu vankeusrangaistus) vankeusrangaistukseen johtaa 4500 ja sitä suurempi RPM. Ensikertalaisilla vastaava luku on 5500. Itse mittaaminen tapahtuu vankeuden ja sakon osalta toista ratkaisukaavaa noudattaen: Sakko päiväsakkoina = RPM x 16 x 2/3 ja vastaavasti vankeus vuorokausina = RPM x 19:30.

Etenkin uudemmat ehdotukset (*von Linstov* 1974 ja *Haag* 1970) pohjaavat sinänsä realistiseen käsitykseen, jonka mukaan mittaamiseen vaikuttaa todellisuudessa suhteellisen rajallinen määrä mittaamisperusteita, joista osa olisi lisäksi jokseenkin vaivattomasti kvantifioitavissa (esimerkiksi verenalkoholi rattijuopumustapauksissa). Kirjoittajat luottavat oikeuskäytännön kykyyn varsin lyhyessä ajassa täydentää määräämisperusteiden luetteloa siten, että myös subjektiivisen puolen aste-erot tulisivat riittävän yksiselitteisesti laskettaviksi: "Ei ole olemassa loputonta määrää tuottamuksen aste-eroja sen enempää kuin vaihtelevia vivahteita tekijän tahallisuudessakaan" (*von Linstov* 1974 s.24-26).

2.2. Arviointia ja kritiikkiä

Tässä mittaamissysteemeiksi nimitettyjä ehdotuksia voidaan arvostella kahdesta eri näkökulmasta. Järjestelmän perusteet voidaan riitauttaa itsessään epäilyttävinä, tai sitten kritiikki voi kohdistua käytännöllisiin näkökohtiin ja soveltamisen seurannaisvaikutuksiin.[7] Ensin mainituista puututaan seuraavassa lähinnä tulkintojen määrään ja premissitaustan justifiointiin.

2.2.1. Tulkintojen määrä

Mahdollisten tulkintojen ja tulkinta-asetelmien määrää on juridiikassa yleisesti pidetty teoreettisesti rajattomana (*von Hippel* 1976 sekä *Makkonen* 1981 s. 253-254). Tähän perustuu myös mittaamisohjeita koskeva mannermainen kritiikki (*Jagusch* 1970). Tulkintojen periaatteellinen "rajattomuus" perustuu kielellisten merkitysten kontekstuaalisuuteen. Tietyn mittaamisperusteen merkitys määräytyy asiayhteyden perusteella. Kaikkien mahdollisten kontekstien etukäteinen luettelointi on teoriassa taas mahdotonta (*Wroblewsky* 1978 s. 774). Tällä on merkitystä myös tapausten samankaltaisuusarvioinnissa.[8] Tämä arvio edellyttää aina tietyn analogia-avaimen käyttöä, kriteereiden valintaa ja niiden painottamista. Kontekstissa A samanlaisiksi arvioidut tapaukset eivät välttämättä ole sitä enää kontekstissa B.

Merkityssisältöjen riippuvuus kontekstista vaikuttaa paitsi mahdollisten tulkintojen *määrään*, myös niiden *kehittymiseen*. Juuri tähän perustuu käytän-

[7] Ks. *Wroblewskyn* erottelua seurannaisarvojen "result values" ja arvojen "sensu stricto" välillä *Wroblewsky* 1978 s.766 ja 771 ss.

[8] Tästä huomauttaa myös *Klami* 1984 s.11. Tapaukset, jotka tietyssä yhteydessä ovat samanlaiset eivät esim. tavoitteita tai yhteiskuntaa koskevan tiedon muuttuessa vastaa enää toisiaan jossain toisessa kontekstissa ("juridisen päätöksenteon kontekstuaalinen rationaalisuus").

nön muuttuminen. Koneeseen sisällytetty informaatio päättelysääntöineen johtaisi taas siihen, että tehdyt ratkaisut ovat ennakolta täysin määrätyt. Ajatus status quon säilyttämisestä on kuitenkin oikeuskulttuurillemme vieras. Lisääntyvä tieto, muuttuneet olosuhteet ja tavoitteenasettelut vaativat usein aikaisemman käytännön korjaamista (*von Hippel* 1976 s. 289-290 ja *Wroblewsky* 1978 s. 773). Oikeus vaikuttaa yhteiskuntaan ja yhteiskunta oikeuteen, kuten eräs Brusiinin ajattelun usein toistetuista peruspilareista kuuluu. Soveltaessaan normeja tuomioistuimet "rakentavat yhteiskunnallista todellisuutta kivi kiveltä" (*Brusiin* 1938 s. 172). Toisaalta, kuten Brusiin kirjoittaa "tieto, jonka kohteena on historiallisesti annetun yhteiskunnan struktuuri, usein samalla sisältää tiedon tuossa yhteiskunnassa vallitsevista arvoratkaisuista". Kun tuomari tuntee tämän rakenteen, "hän samalla tuntee arvoratkaisut, jotka hänen on pantava (aukko)päätöksensä pohjaksi" (mts. 227). *Arvoratkaisut vaikuttavat siten yhteiskuntatodellisuuteen* ja *todellisuus arvoratkaisuihin*. Tarkkaan ottaen ei siis yksikään ratkaisutilanne olisi lähdepohjaltaan edellisten kanssa identtinen. Sen vuoksi olisi myös mahdotonta antaa ennakolta tapausten arvioimiseksi tarvittava premissitausta.

Tuomarikoneen ongelmat ovat siten kahtaalla. Päätöksenteossa tarvittava materiaali on yhtäältä määrällisesti loputon (ks. myös *Streng* 1984 s.314-315 ja av. 174 ja 176 mainitut lähteet). Toisaalta se muuttuu tuomioistuinten oman toiminnan kautta ratkaisu ratkaisulta (puhumattakaan muutoksista, jotka seuraavat yhteiskunnan muusta muuntumisesta). Molemmat piirteet pohjaavat viime kädessä tulkintojen kontekstuaalisuuteen — niiden riippuvuuteen historiallisista ja sosiaalisista yhteyksistään.[9]

---

[9] Arvo-ongelmia ei siis voi ratkaista etukäteen. Ne ovat tilannekohtaisia. Juridinen argumentaatio on aina kompromissia oikeusvarmuuden ja uusien eettisten arvostelmien välillä. Argumentaatio on ts. produktiivista — ei pelkästään vanhan toistamista. Sen tekee tilannekohtaiseksi siihen sisältyvä moraalinen elementti. Moraaliselle argumentaatiolle kun on ominaista horjuvuus — se on jatkuvaa pyrkimystä "harkitsevan tasapainotilan" saavuttamiseen. Kuten *Peczenik* huomauttaa, tästä seuraa mm, ettei yksilö kykene oman arvojärjestelmänsä tarkkaan analyysiin. Hän ei saata etukäteen päättää, mitkä tarkasti ottaen olisivat ne olosuhteet, joissa hän olisi pakotettu poikkeamaan moraaliperiaatteistaan, sen enempää kuin ennustamaan, kuinka muutokset sosiaalisissa olosuhteissa tulisivat vaikuttamaan hänen arvokannanottoihinsa. Tämän eettisten järjestelmien horjuvuuden ulkoisena todistuksena on moraalin keskeisistä kysymyksistä jatkuvasti käytävä keskustelu (ks. *Peczenik* 1983 s. 62-63). Arvojen priorisointia ja erilaisten arvostusten keskinäistä suhdetta ei tasapainotilan saavuttamiseksi voida vahvistaa universaalein periaattein, vaan on tyytyminen ad hoc-tyyppisiin ratkaisuihin. Arvohierarkian sijasta Peczenik olisikin valmis käyttämään "arvoheterarkian" käsitettä (*Peczenik* 1983 s. 64 ja 67).

2.2.2. *Kone ja arvostukset*

Mittaamismallien esittäjät torjuisivat arvostelun viittaamalla mm. tosiasialliseen ratkaisutoimintaan ja siinä tapahtuvaan todellisuuden yksinkertaistamiseen. Vaikka tulkintojen määrä on "teoriassa loputon", käytännössä niitä kuitenkin olisi vain rajallinen määrä (*von Hippel* 1976 s. 289). Sama pätisi myös kontekstuaaliseen tietoon. Tulkintojen kontekstuaalisuus olisi mahdollista ottaa huomioon sisällyttämällä koneeseen myös tulkintayhteyttä koskevaa informaatiota ja korjaamaan se aika ajoin muuttuneita olosuhteita vastaavaksi. Asiallisesti hyvin perustellun vastakritiikin hyväksyminen merkitsisi kuitenkin ratkaisevaa muutosta keskusteluasetelmaan. Tulkintojen karsinta edellyttää ratkaisijan arvostavaa valintaa. Joudutaan kysymään suoritetun valinnan perusteita ja pohtimaan sen hyväksyttävyyttä. Samalla "arvovapaa" keskusteluasetelma on kääntynyt tietylle arvopohjalle rakentuvaksi (*Wroblewsky* 1978 s. 774).

Ongelma tulee konkreettisesti esiin normatiivisten käsitteiden yhteydessä. Kone itse ei tunne harkinnanvaraisia käsitteitä - sen kieli on binääristä; kyllä/ei. Arvostukset on annettava koneelle etukäteen. Harkinnanvaraiset (normatiiviset) käsitteet on käännettävä tosiasioiden kielelle. Seuraamuspuolella tämä merkitsee karkeasti ottaen sopimusta siitä, että sellaisissa ja sellaisissa olosuhteissa siten ja siten tehdystä rikoksesta langetettu rangaistus "on" tekijän syyllisyyteen ja teosta aiheutuneeseen vahinkoon ja vaaraan nähden oikeudenmukainen. Yksittäisten mittaamisperusteiden osalta tämä merkitsee esimerkiksi sellaisten käsitteiden kuin "tahallisuuden aste", "piittaamattomuus", "vahinko ja vaara", operationalisoimista konkreettisiksi ulkoisiksi ilmiöiksi. (ks. myös *Klami* 1986 s. 308 ss.). Vastaavasti on tehtävä päätökset siitä, mikä kontekstuaalinen tieto on tarpeen, ja milloin sitä on syytä muuttaa.

Päädytään siis jo usein esillä olleisiin arvoteoreettisiin peruskysymyksiin: onko lakiin ja muihin oikeuslähteisiin sisältyviä normatiivisia käsitteitä mahdollista pukea tosiasioiden kielelle; voidaanko arvoille omistaa ominaisuus tosi/epätosi; onko mahdollista muotoilla objektiivinen arvoteoria jne. Jos arvoobjektivismi hyväksyttäisiin, poistuisivat ilmeisesti myös periaatteelliset esteet siirtää tulkintamateriaali konekielelle. Mutta vaikka arvokannanottoja voidaan kyllä pitkälle perustella tosiasioita koskevilla väittämillä, jää viimekätinen perustelu avoimeksi ja siinä mielessä subjektiiviseksi ("maltillinen arvorelativismi"). Kun arvojen kääntäminen tosiasioiden kielelle ei jäännöksettömästi saata onnistua, kaatuu ajatus tuomarikoneesta pitämättömään arvoteoreettiseen oletukseen.

Tekoälyn kehitykseen uskova voisi vielä huomauttaa, että kun me arvoerimielisyyksien vallitessa joka tapauksessa joudumme tyytymään siihen, että rat-

kaisija tekee *jonkin* valinnan (siitä huolimatta, että sen sisällöstä voidaan perustellusti keskustella ja esittää eriäviä kantoja), niin miksi emme voisi tyytyä siihen, että välttämättömän valinnan tekee tietokone (tai informaation sinne syöttävä henkilö). — Yksinkertaisin vastaus ehkä olisi, ettemme *pidä* siitä, kun joku asettuu auktoriteetiksi alueella, jossa auktoriteetteja ei periaatteessa tunnusteta. Joka tapauksessa on ymmärrettävää, ettemme halua ratkaisun tekijäksi tietokonetta. Selitys on juuri halussamme keskustella moraalikysymyksistä. Tälle on vuorostaan yksi varsin pätevä selitys: *tarve vaikuttaa lopputulokseen*. Emme hyväksy tietokoneen arvoratkaisuja, koska niistä ei voida keskustella. Kone ei argumentoi oman kantansa paremmuudesta. Milloin argumentaatio on etukäteen koneeseen syötetty, ei tavoittelemaamme vaikutusmahdollisuutta ole. Päätöksentekovallan antaminen tietokoneelle merkitsee tässä suhteessa suoraa kehoitusta lopettaa arvoja koskeva pohdiskelu "hyödyttömänä". Moraalisten arvostusten suhteen näennäisen neutraaliin pyrkimykseen oikeusinformatiikan kehittämiseksi voikin sisältyä itsessään tiettyjä moraalisesti arveluttavia piirteitä — esimerkiksi pyrkimys peittää valintojen poliittinen luonne siirtämällä ne objektiivisen ja puolueettoman tietokoneen "vastuulle" (*Wroblewsky* 1978 s. 776). Rangaistuksen mittaamisessa järjestely johtaisi vastaavasti siihen, että ratkaisujen todelliset perusteet jäisivät nykyistä vielä suuremmassa määrin piiloon (näin myös *Hassemer* 1972 s. 116).

2.2.3. Käytännölliset näkökohdat

Kritiikki voidaan perustaa myös puhtaasti pragmaattisiin näkökohtiin. Rangaistuksen teho perustuu viime kädessä *moraalia luovaan vaikutukseen*.[10] Tässä ovat keskeisellä sijalla moraaliarvostelmien herättämät tunnereaktiot yhteiskunnan muiden jäsenten keskuudessa. Rangaistuksen muodossa annettu yhteiskunnan moite herättää paheksumisreaktion rikosta kohtaan, ja johtaa ajan myötä käyttäytymisen kieltävien normien sisäistämiseen. Moraaliarvostelmien kyky herättää vastaavia reaktioita muissa yhteiskunnan jäsenissä on riippuvainen mm. arvostelman lausujan nauttimasta auktoriteetista ja asemasta. Koneella ei ole moraalista kvaliteettia. Kone ei sellaisenaan saata olla arvostuksemme kohteena, eikä sen lausumilla ole moraalista statusta. Ilmoitukset rikoksista seuraavista rangaistuksista olisivat moraalisesti neutraaleja, tai ainakin moraalisesti värittömämpiä kuin yhteiskunnan luottamusta nauttivan tuomarikunnan suulla lausutut, inhimillisen punninnan jälkeen oikeudenmukai-

[10] Väitteiden justifioinnin osalta viittaan kriminaalipolitiikan arvoja ja tavoitteita koskeviin tarkasteluihin luvussa III.

siksi koetut moitteet ja rangaistukset. Voidaan siis perustellusti väittää, että atk:lle perustuva järjestelmä on rangaistuksen moraalia luovan vaikutuksen kannalta nykyistä tehottomampi.[11]

Myös *pelote* voisi heiketä. Vaikka tieto tulevista sanktioista ja niiden langettamisen todennäköisyydestä on tiettyyn rajaan yleisestävyyden synnyn ehto, olisi täydellinen varmuus sanktioiden laadusta rikollisuuden ehkäisyn kannalta mitä todennäköisemmin haitta. Lievä rangaistuksia koskeva epävarmuus — etenkin jos tämä epävarmuus perustuu järjestelmän ankaruuden yliarviointiin — on prevention kannalta edullisempaa kuin yksityiskohtiin käyvä tieto. Ainakin laskelmointia edellyttävissä rikoksissa tilanne, jossa kotitietokone ilmoittaa teosta seuraavan sanktion, on joko pelotusvaikutuksen kannalta nykyistä epäedullisempi, tai vaihtoehtoisesti se saattaisi johtaa vaatimuksiin nykyisten rangaistusten koventamiseksi.

Heuristiikan kannalta voidaan myös kysyä, *missä määrin ehdotetut järjestelyt todella nopeuttavat ja helpottavat päätöksentekoa.* Menettely tulisi sovellettavaksi pääasiassa rutiiniluontoisiin juttuihin, joissa mittaaminen jo nykyisinkin tapahtuu nopeasti ja vaivatta. Tarkasteltaessa sitä paitsi tehtyjä ehdotuksia, näyttää ilmeiseltä, että vaadittavan materiaalin syöttäminen tietokoneeseen on todella aikaa vievä sekä lukuisia erillisratkaisuja ja päätöksiä edellyttävä toimi. Nämä päätökset sinänsä ovat monilukuisempia kuin itse mittaamisessa tehtävät ratkaisut.

2.2.4. Loppuhuomioita

Mittaamissysteemit toteuttavat valistuksesta peräytyvää ideaalia tuomarikoneesta, jota ei vaivaa sen enempää tiedon kuin taidonkaan puute (ks. myös *Engisch* 1971 s.106). Kone olisi hyvinkin rakennettavissa, jos sisään syötettävästä informaatiosta päästäisiin yksimielisyyteen. Premissien oikeuttaminen ei ehdotusten tekijöitä ole kuitenkaan kiinnostanut enää samassa mielessä kuin tekninen suoritus. Vahvistaessaan lopputuloksen kannalta ratkaisevaa pisterajaa, jossa sakosta siirrytään vankeuteen, von Linstov totesi rajan olevan vain: ". . . so gewählt, dass es sich zu dem unserer Auffassung nach angemessenen Niveau . . . verhält" (von *Linstov* 1974 s.130). Kirjoittajan mukaan ongelma ei ole tärkeä, sillä kyse on "vain arvoista, jotka ovat periaatteessa muunneltavissa". *Kuitenkin juuri nämä arvostuserimielisyydet olivat syynä siihen "mittaamis-*

[11] Sillä, että tuomio mahdollisesti luettaisiin tuomarin suulla, ei tässä ole ratkaisevaa merkitystä. Kyse ei ole tuomarin *omasta* moraalikannanotosta. Tuomari on tässä vain tietokoneen mekaaninen välikappale.

toiminnan kontrolloimattomuuteen", jonka korjaamiseksi von Linstov järjestelmänsä loi (ks. mts.10). Atk:lle rakentuvat teoriat ovat justifikatorisesti kelvottomia, sillä ne olettavat premissit jo annetuiksi. Juuri premissien oikeutus on kuitenkin ongelman ydin. Niiden tultua vahvistetuksi on ylipäätään jokseenkin helppo tarkistaa, onko juridinen päättely ollut moitteetonta (ks. *Aarnio* 1982 s.121).

Mittaamissysteemien taustalla on oikeutettu vaatimus maksimaalista oikeusturvaa tuottavasta, yhdenvertaisesta, oikeudenmukaisesta ja ennakoitavasta järjestelmästä. Tavoitteiden saavuttamisen tulisi kuitenkin tapahtua hyväksyttävän arvojärjestelmän ja oikeudellisten peruskatsomusten rajoissa; oikeudellisen päätöksenteon omin ehdoin ja sen luonnetta muuttamatta (ks. erit. *Wroblewsky* 1978 s.776 ja *Klami* 1986 s. 316).

Tulevaa ennakoitaessa määreiden "mahdoton" tai "utopistinen" käyttö saattaa teknisen kehityksen vauhdin vuoksi osoittautua epäviisaaksi. Olemme sitä paitsi arvioissamme sidoksissa nykyiseen kulttuuritaustaan ja tilanteeseen. Emme yksinkertaisesti kykene toisenlaiseen taustaan pohjaavaan punnintaan, emmekä myöskään tiedä, kuinka tekninen kehitys vaikuttaa huomisen arvojärjestelmiin. Enin mitä tässä tilanteessa voi sanoa on siis, että ajatus tuomarikoneesta, jonka ratkaisut ex hypotesi ovat oikeudenmukaisia, objektiivisia ja täydellisesti ennustettavia, on ristiriidassa nykyisten arvoteoreettisten ja oikeudellisten peruskatsomustemme kanssa (ks. myös *Wroblewsky* 1978 s.772-773).

3. Kohti realistisia ratkaisumalleja

3.1. Tilastollinen normaalirangaistus, mallitapaukset ja typologiat

Luonnonoikeudellisista näkemyksistä vaikutteita saaneiden idealististen mallien rinnalla on mittaamisheuristiikan apuvälineitä etsitty konkreettisesta, aistein havaittavasta todellisuudesta.[12] Näitä edustivat ensimmäisenä vuosisadan vaihteen tilastolliset normaalirangaistukset. Ruotsissa ajatusta esitelleen *Hagströmerin* mukaan lähtökohdaksi tuli asettaa teon tavallisinta ilmenemismuo-

[12] Eräässä mielessä näihin kuuluivat jo ehdotukset sijoittaa ideaalirangaistus määrätylle asteikon pisteelle, joko esim. asteikon aritmeettiseen keskipisteeseen tai keskipisteen ja minimin puoliväliin. (ks. *von Eyben* 1950 s. 311-312 ja *Nousiainen* 1961 s. 208-210). Teorian ilmiselvien empiiristen virheoletusten vuoksi siitä ei kuitenkaan milloinkaan muodostunut varteen otettavaa ratkaisuehdotusta. Asteikkojen muodostamiseen vaikuttivat usein varsin satunnaiset seikat, joilla ei ole merkitystä rikoksen tyypillisten tapausten arvioinnissa. Näin ei myöskään keskirangaistuksen sijoittelua määrättyyn osaan asteikkoa voida perustella rationaalisesti (ks. *von Eyben* mts. 316 ja *Honkasalo* III s. 262 alav. 1).

toa (''normalfall'') vastaava rangaistus. Milloin rikos vastaa tai ainakin läheisesti muistuttaa normaalirikosta, tuomitaan normaalirangaistus. Milloin rikos on normaalirikosta lievempi tai törkeämpi, sovelletaan vastaavasti normaalirangaistuksesta suuntaan tai toiseen poikkeavaa rangaistusta (*Hagströmer* 1901—1905 s. 494-496).

Esitystä arvosteltiin huomauttaen, ettei ''puhdasta'' rikostapausta ilman lieventäviä ja raskauttavia asianhaaroja ja tätä vastaavaa ideaalirangaistusta (normaalirangaistusta) ole olemassa.[13] Nämä huomautukset kohdistuvat kuitenkin ideaalirangaistukseen, eivät Hagströmerin normaalirangaistusteoriaan. Kritiikkihän ei mitenkään aseta kyseenalaiseksi mahdollisuuksia *tilastollisesti* selvittää tavallisempien rikosten ilmenemismuotoja ja näitä vastaavia empiirisiä tyyppirangaistuksia.[14] Käsitteiden välisen eron havainnut *von Eyben* kohdisti sen sijaan teoriaan myös empiirisistä ehdoista lähtevää kritiikkiä. Hänen mukaansa olisi *periaatteessa* mahdollista tuottaa laajojen tilastollisten selvitysten pohjalta tietoa eri rikostyyppien normaalimuodoista. Tällaisia selvityksiä ei kuitenkaan ole tarjolla, ja vaikka käytännössä olisikin mahdollista vahvistaa *yksittäisten rikostyyppien* normaalimuoto, ei tämä saata onnistua yleisesti ja kaikkia rikoksia koskevana. Normaalirangaistusteorian varsinaisen ongelman — von Eyben jatkaa — muodostaa kuitenkin normaalirangaistuksen, ei normaalirikoksen määrittäminen, sillä rangaistusasteikkojen pohjalta ei ole mahdollista vahvistaa mahdollisesti selvitettävissä olevaa normaalirikosta vastaavaa normaalirangaistusta (*von Eyben* 1950 s. 316-317). Mitä tulee huomautukseen siitä, että järjestelmä on ulotettavissa vain osaan rikoksista, on vähän oikeusturvaa parempi kuin ei mitään. Jälkimmäistä huomautustakaan ei sellaisenaan voi hyväksyä. Samalla kun von Eyben tulkitsee *normaalirikoksen* empiiriseksi ja periaatteellisesti selvitettävissä olevaksi suureeksi, hän kohtelee *normaalirangaistusta* edelleen ideaalisena käsitteenä (sivuuttaa siis kantaansa perustelematta mahdollisuudet tutkia myös rangaistuksia empiirisesti).

Idealistisen keskirangaistuksen kritiikistä ei löydy esteitä tilastollisen normaalirangaistusteorian kehittämiselle. Sikäli kun teoriaa on saksalaisen kielialueen mittaamisopissa käsitelty, ovat huomautukset olleetkin käytännölliset.

---

[13] *Forsman* 1930 s. 526, *Pentti* 1922 s. 59 sekä *Ellilä* 1949 s. 55 alav. 1. Honkasalo lisää tähän vielä, ettei normaalisuudelle ole osoitettavissa mittapuuta (*Honkasalo* III s. 262 alav. 1).

[14] Päinvastoin, esim. Ellilä hylkää keskirangaistusteorian sillä perusteella, ettei tällaista rangaistusta ole olemassa, mutta toteaa, että tuomari usein rangaistusta määrätessään ottaa lähtökohdaksi normaalirangaistuksen eli ''tavallaan rangaistusmediumin'' (*Ellilä* 1949 s. 54-55).

Zipf katsookin tilastojen antavan ainoastaan karkean yleiskuvan keskimääräisestä rangaistustasosta. Se ei ts. tarjoa riittävän konkreettista lähtökohtaa mittaamiselle (*Zipf* 1969 s. 78-79). Eräiden ehdotusten mukaan tällaisen tarjoaisi *mallitapausten* käyttöönotto. Rangaistuksen määrääminen tapahtuisi vertaamalla tuomittavana olevaa rikosta tosiasiallisiin — esimerkiksi korkeimpien oikeusasteiden ratkaisujen pohjalta annettuihin — mallitapauksiin ja suhteuttamalla tuomittavana oleva rangaistus annettuihin malliratkaisuihin (*Zippelius* 1969 s.223 ss). Kaikkien mahdollisten yhdistelmien sekä mittaamisperusteiden erilaisen painon ja vaikutussuunnan huomioiminen johtaisi ehdotusta arvostelleiden mukaan kuitenkin siihen, että järjestelmä paisuisi käyttökelvottoman laajaksi. Työpaineen alaisena toimiva tuomari ei myöskään ehtisi tutustua järjestelmän vivahteisiin, vaan ryhtyisi soveltamaan muutamaan tapaukseen pohjautuvaa kaavamaista takseerausjärjestelmää (*Frisch* 1971 s. 194-196).

Normaalirangaistuksen johtaessa liialliseen kaavoittumiseen ja malliratkaisujen liialliseen kasuistiikkaan, ovat seuraavana vuorossa vaihtoehtojen väliin sijoittuvat *typologiat ja tyyppitapaukset*. Perusajatuksen mukaan rikoksen alkuperäinen rangaistusasteikko jaettaisiin käytännössä esiintyviä tyyppitapauksia vastaaviin suppeampiin ala-asteikkoihin.[15] Asiallisesti samansuuntaisia esityksiä löytyykin niin saksalaisen, englantilaisen kuin amerikkalaisenkin oikeuskulttuurin alueelta (*Frisch* 1971 s. 196 ss, *Thomas* 1979 s. 32 ss. ja *Kress* 1980 s.33). Tähän ryhmään on luettavissa mm. yhdysvaltalainen Sentencing Guidelines-järjestelmä. Se on käytännössä toteutetuista mittaamissysteemeistä kiintoisin jo senkin vuoksi, että sen ympärillä käyty keskustelu on tuonut esiin mittaamismallin suunnittelussa huomioon otettavista argumenteista olennaisimmat.

3.2. "Sentencing Guidelines"

3.2.1. Yleistä

Sentencing Guidelines viittaa yleisesti järjestelmiin, jotka ". . .määrittävät normaalisti suositeltavat rangaistukset ottaen huomioon määrätyt tekoon ja teki-

[15] Ks. esim. *Thomas* 1979 s.32—33: ".. the central idea is that within the scope of any legal definition a variety of typical factual situations will recur; with each of these typical factual situations there are associated upper and lower limits within which the sentence should normally fall, in the absence of expectional circumstances in the offence and without regard to mitigating factors peculiar to the offender himself" (*Thomas* 1979 s.32-33). Toinen asia on, että korkeimpien oikeuksien valitseminen tällaisen selvityksen kohteeksi on monessa suhteessa kritiikille altis (Court of Appealin valitsemisen kritiikistä, *Cross* 1981 s.171-172).

jän menneisyyteen liittyvät seikat" (näin *von Hirsch* 1985 s. 19). Ehdotettuja tai jo käyttöön otettuja vaihtoehtoja yhdistää lähinnä vain piirre mittaamisen entistä tiukempaan sääntelyyn. Noudatettavat kriteerit, tavoitteet sekä tekniikka sen sijaan vaihtelevat. Yksityiskohtien sijasta seuraavassa kiinnostavatkin vain näkökohdat, joita voi esittää eri perusperiaatteille rakentuvien mallien puolesta ja vastaan. Tällä tasolla tärkeimmät kysymykset koskevat (a) ohjeiden sitovuutta, (b) menetelmää, jolla ohjeet vahvistetaan sekä (c) auktoriteettia, jolla on oikeus päättää sovellettavista linjoista. Näitä perusteita käyttäen järjestelmät voidaan jakaa useallakin tavalla. Seuraavassa erotetaan toisistaan (1) lainsäätäjän päätöksin toteutettava preskriptiivinen, (2) tuomioistuinten toiminnan kartoitukseen perustuva deskriptiivinen sekä (3) mittaamiskomission ohjerangaistuksiin pohjaava argumentatiivinen malli (muista samansukuisista ryhmittelyistä ks. *Wilkins* 1978 ja 1981 sekä *von Hirsch* 1985 s. 20).

3.2.2. Lainsäätäjä (preskriptiivinen malli)

Tässä päätökset ohjerangaistuksista tehdään lainsäädäntötasolla. Rangaistukset ja rangaistusvyöhykkeet voivat vaihdella sitovuudeltaan ja laajuudeltaan, mutta ehdotusten perustelut säilyvät samana: yksilön perusoikeuksia koskevat ratkaisut tulee demokratian nimissä tehdä edustavimman elimen, eli lainsäätäjän toimesta. Tämä prosessi on muita avoimempi, siihen voivat myös yleisö ja äänestäjät vaikuttaa ja sen tulokset ovat kansan kontrolloitavissa (erit. *Dershowitz* 1981 s. 346-347).

Perustelun painon määrää mallia toteuttavan yhteiskunnan poliittinen järjestelmä ja lainsäätäjän toiminta yleensä. Yhdysvalloissa saadut kokemukset ovat olleet negatiiviset. Poliittisessa paineessa lainlaatijat ovat päätyneet jatkuvaan rangaistusten kovennukseen (*Hanrahan — von Hirsch* 1981 s. 354 ja *Moore-Miethe* 1986 s.254). Äänestäjät kuuluvat — tai ainakin samastuvat — suureen lakia kunnioittavaan enemmistöön, jonka intressejä uhkaa pieni, vaikutusmahdollisuuksia ja poliittista painoa vailla oleva rikoksentekijöiden vähemmistö. On niin muodoin selvää, että potentiaalisten uhrien intressit painavat päätöksenteossa enemmän. Koska demokratian tehtäviin ei kuulu pelkästään enemmistön ja yleisen mielipiteen voimaansaattaminen, vaan myös vähemmän suosittujen vähemmistöjen suojaaminen, voi epäillä vastaavatko lainsäätäjän vahvistamat ohjerangaistukset todella kaikissa tilanteissa demokratian vaatimuksia (ks. myös *Gross-von Hirsch* 1981 s. 338-339 sekä *Singer* 1979 s. 58-59).

Ohjerangaistukset voidaan toteuttaa suuremmalla ja pienemmällä harkin-

tamarginaalilla. Yhdysvaltalainen keskustelu, jossa liikutaan täysin sääntelemättömän (Kalifornian entinen) ja täysin sidotun (Kalifornian nykyinen) järjestelmän välillä, koskettaa harvoin meillä kysymykseen tulevia vaihtoehtoja. Kalifornian malli merkitsisi monessa suhteessa palaamista absoluuttisten rangaistusten kauteen ja selvää taka-askelta (näin myös NU 1984:2 s. 22-23.). Absoluuttisten rangaistusten sijasta Pohjoismaissa onkin keskusteltu lähinnä lainkäyttäjän harkintamarginaalin kaventamisesta. Myös tämän pohdinnan kannalta nyt esitetyillä pro- ja contra argumenteilla on oma merkityksensä. Meilläkin voidaan kansanvallan nimissä vaatia lainsäätäjälle suurempaa valtaa ja mittaamisen tiukempaa parlamentaarista valvontaa (esimerkiksi *Blom* 1973 s.15—16).

Tässä kohdataan samalla kaikki ne ongelmat, joihin yleisen mielipiteen seuraaminen rangaistuksen käytöstä päätettäessä johtaa. Oikeustajunta vaatii yleisellä tasolla ankarampia rangaistuksia, mutta lievenee ja osoittautuu sisäisesti ristiriitaiseksi siirryttäessä lähemmäksi todellista tilannetta. On varsin luultavaa, että sama pätee kysymystä lainsäätäjän abstraktiotasolta tarkasteleviin poliitikkoihin (näin myös NU 1984:2 s. 23). Rangaistusasteikkojen säätämismenettely vahvistaa tätä käsitystä. Kriminaalipoliittinen populismi on usein johdatellut rangaistusten korotuksia eduskunnassa. Muutoksia on perusteltu viittauksin "yleiseen oikeustajuntaan" ja "yleiseen mielipiteeseen" ilman, että sen sisällöstä olisi esitetty systemaattista selvitystä (ks. *Lång* 1964 passim.). Sama pätee osittain rangaistusasteikkojen maksimeihin yleisestikin. Korkeita enimmäisrangaistuksia perustellaan tosin säännönmukaisesti yleisestävin syin, mutta todennäköisempi selitys on, etteivät alhaisemmat maksimit yksinkertaisesti läpäisisi eduskuntaa — siitä huolimatta, että niin asiantuntijat kuin potentiaalit rikoksentekijät tietävät, ettei niitä koskaan tulla soveltamaan.[16]

Voidaan siis toistaa *Thomasin* arvio, jonka mukaan mittaamisen tarkka sääntely laintasoisin ohjerangaistuksin "makes the process too vulnerable to ill-considered manipulation for short term political purposes" (*Thomas* 1982 s.69). Mutkikkaisiin kriminaalipoliittisiin ongelmiin ollaan usein — myös lainsäädäntötasolla — valmiita tarjoamaan yksinkertaista vastausta rangaistuksia korottaen. Niin kauan kuin kyse on vain asteikkojen enimmäisrangaistusten

[16] Ks. esityksen johdosta myös *Zimring* 1981 s. 332. Tässä yhteydessä voi viitata myös Klamin saman teeman alalta esittämiin epäilyihin. Eduskunnassa arvattavasti törmättäisiin usein "vanhakantaisiin oikeuspoliittisiin käsityksiin, jotka elävät tai joiden otaksutaan elävän, vankkoina valitsijoiden keskuudessa". Rangaistussäännösten kirjoittaminen taas siten, että ne vastaisivat jo vakiintunutta mittaamiskäytäntöä nostaisi vuorostaan "kovan huudon" siitä, kuinka rikollisia ryhdytään kohtelemaan liian helläkätisesti, arvelee Klami — ja hyvin perustein (*Klami* 1986a s.171).

muutoksista, toimi saattaa maltillisen tuomarikunnan ansiosta jäädä vain äänestäjiä rauhoittavaksi poliittiseksi eleeksi. Tilanne muuttuu kuitenkin ratkaisevasti, jos kyse on sitovista ohjerangaistuksista (ks. myös *Thomas* 1982 s.70).

Myös rangaistuksiin tehtävien *muutosten helppous* ja siitä seuraava ennustettavuuden heikkeneminen puhuvat lainsäädäntötason ohjeita vastaan (samoin *Singer* 1979 s. 59). Vaikka lainsäädäntöä pidetäänkin yleisesti jähmeästi liikkuvana koneistona, osoittavat lukuisat käytännön muuttamisyritykset, että käytäntö itsessään on vielä suuremmin ponnisteluin liikuteltavissa. Kuten *Zimring* huomauttaa, rangaistusehdotuksia käsiteltäessä ei juuri muuta tarvita kuin kumi ja kynä, jotta yhden vuoden ohjerangaistus muuttuisi kuuden vuoden suositukseksi (*Zimring* 1981 s. 332).[17] Käytännön muuttaminen edellyttää, että sadat ratkaisijat muuttavat käsityksiään.

Pulmana on myös säädeltävien *kysymysten mutkikkuus* ja niiden kohtuulliseen pohdintaan *vaadittava aika*. Voidaan jo periaatteessa asettaa kyseenalaiseksi mahdollisuudet puristaa rikosten vivahteet tyyppirikoskatalogiin ja ohjerangaistusehdotuksiin (ks. myös *Zimring* 1981 s. 330-331). Vaikka tämä onnistuisi systemaattisen tutkimustyön tuloksena, ei lainsäädäntökoneisto välttämättä ole halukas tai edes kyvykäs muiden kiireiden ohella uhraamaan rikosten ja rangaistusten keskinäiseen jyvittämiseen ja vertailuun siihen tarvittavaa aikaa — jo tehtyjen ratkaisujen kriittisestä uudelleenarvioinnista puhumattakaan (ks. myös *Hanrahan-von Hirsch* 1981 s. 353 ja *Singer* 1979 s. 58-59). Yhdysvalloissa toteutetut lainsäädäntötason reformit eivät tue käsitystä, että juuri nämä ongelmat olisivat saaneet lainsäätäjän perinpohjaisimman ja huolellisimman harkinnan osakseen.[18]

3.2.3. Tuomioistuimet (deskriptiivinen malli)

Viime vuosikymmenen loppupuolella toteutetut ensimmäisen polven Sentencing Guidelines järjestelyt jättivät ratkaisuvallan usein tuomareille. Oikeuskäytännön deskriptiivisen analyysin jälkeen tulokset annetaan tuomioistuinten käyttöön tarkoituksessa, että tuomarit toimisivat tulevissa ratkaisuissaan entisen

[17] Tämä pätee osaksi suomalaiseenkin järjestelmään. Kuin ohimennen liitettiin RL 6 luvun uusimissäännökseen eduskuntakäsittelyn kuluessa käytännössä koko säännöstön soveltamisen kannalta olennaisin muutos, eli maininta rikosten samankaltaisuudesta (ks. tarkemmmin luku IV.C.2.).

[18] Ks. *Gross-von Hirsch* 1981 s.338. Tässä ei sinänsä ole suurempaa ihmettelemisen aihetta. Lainsäätäjän ratkaistavana on huomattavasti tärkeämpiäkin ongelmia kuin rikosten ja rangaistusten keskinäinen jyvittäminen.

käytännön ohjaamina (ks. näistä *Singer* 1979 s. 60, *Wilkins* 1981 s. 53 sekä selostusta kirjoituksessa *Victor* 1980 s. 208 ss).

Menetelmä välttää useat edellisen vaihtoehdon viat. Tuomarikunta ei ole samassa määrässä altis ulkopuolisille vaikutteille ja poliittisille paineille, sillä on tarvittava asiantuntemus kysymysten ratkaisemisessa, ja sen vaihtuvuus on riittävän hidas takaamaan käytännön ennustettavuuden ja oikeusvarmuuden (*Singer* 1979 s. 61).

Ensimmäisenä haittapuolena on mahdollisuus, että näin *jäädytetään vallitseva käytäntö virheineen ja heikkouksineen kyselemättä riittävästi sen rationaliteettia.*[19] Teknisessä mielessä vaikeuksia voivat tuottaa *tutkimuksille asetettavat vaatimukset.* Edellytetään ensinnäkin, että tutkimuksin kyetään identifioimaan mittaamisessa vaikuttavat tekijät, määrittämään niiden suhteellinen merkitys sekä luomaan tältä pohjalta eri mittaamisperusteiden yhdistelmiä vastaavat keskirangaistukset.[20]

Asiaan liittyy myös vakavampi *vallanjakoa* koskeva puoli. Kun tulokset ovat suuressa määrin riippuvaisia valituista tutkimusmetodeista ja käytäntöä selvittäneiden tutkijoiden ratkaisuista, siirtyy päätäntävalta tuomiolinjoja koskevissa kysymyksissä tavallaan tutkijoille; ja siis tahoille, joille ei tätä valtaa ole alunperin uskottu, joilla ei ole siihen liittyvää vastuuta, ja jonka ratkaisujen kontrollointi usein on vaikeata (ks. myös *Radzinowicz-Hood* 1981 s. 142 sekä *Rich* ym. 1981 s. 86).

Haittojen vastapainoksi käytännön kartoittaminen tuo mukaan *arvokkaita etuja.* Näin tuotetaan tietoa niistä yleisistä periaatteista, joille käytäntö todellisuudessa rakentuu. Tämä tieto on välttämätöntä *sekä näiden periaatteiden johdonmukaisen seuraamisen että myös niiden kriittisen arvioinnin kannalta.* Vaikka tällaisen tiedon puute on vaivannut etenkin yhdysvaltalaista

[19] Esimerkiksi *Radzinowicz-Hood* 1981 s. 142, *Singer* 1979 s. 61, *Kress* 1980 s. 220 ja *von Hirsch* 1985 s. 20. Tämän näkökulman unohtamisesta on Guidelines-ehdotuksia kritisoinut mm. *Galligan.* Hän huomauttaa ohjeistojen kyllä tarjoavan keinot nykyisten rangaistusten tasaisempaan allokointiin. Itse pääkysymys, eli sen pohtiminen, mikä rangaistustaso ja mitkä rangaistukset ovat yleisesti hyväksyttyjen arvopäämäärien kannalta perusteltuja, jää sen sijaan avoimeksi (*Galligan* 1981b s.309, samoin *Rich* ym 1981 s.89). Uudempi teoria pyrkiikin ottamaan tämän huomioon tekemällä eron "periaatekysymysten" (policy making) ja soveltamisratkaisujen välillä (ks. myös *Victor* 1980 s.206-207).

[20] Ohjerangaistusten taustalla olevat tutkimukset onkin todettu eri suhteissa puutteellisiksi. Ne eivät ole kyenneet identifioimaan erikseen lajivalintaan ja mittaamiseen vaikuttavia tekijöitä. Käytetyt selittäjät ovat olleet heikkoja selittäen yhteensä vain kolmanneksen tuomiovarianssista. Tämä on saanut arvostelijat väittämään, etteivät tutkimusten pohjalta laaditut suositukset kuvaa riittävällä luotettavuudella tuomioistuinten toimintaa (*Rich* ym 1981 s. xxiv-xxv sekä 79-86).

järjestelmää[21], ei tilannetta kotimaassakaan voi pitää mitenkään erityisen tyydyttävänä.

3.2.4. Mittaamiskomissio (argumentoiva malli)

Kahteen ensimmäiseen vaihtoehtoon liittyvät vaarat ja heikkoudet ovat kallistamassa vaa'an mittaamiskomission varaan rakentuvan argumentatiivisen mallin eduksi (ks. *Frankel* 1981 (1972) s.348 ss, *Singer* 1979 s.62-64 ja *Kress* 1980 s. 221). Siinä eri alojen asiantuntijat vahvistaisivat aikaisempaa käytäntöä koskevien tutkimusten sekä teoreettisten ja kriminaalipoliittisten selvitysten jälkeen suositeltavat rangaistukset sekä perusteet, jotka oikeuttaisivat näistä ohjerangaistuksista poikkeamiseen. Järjestelmä on vuoteen 1985 mennessä otettu käyttöön Minnesotassa, Washingtonissa sekä Pensylvaniassa. Se on lisäksi kokeiltavana eräissä muissa osavaltioissa (ks. von *Hirsch* 1985 s. 20-21 viitteineen).

Mittaamiskomission etuja edellisiin nähden olisivat:

a) se voisi käyttää riittävästi aikaa ohjerangaistusten laatimiseen,

b) se kykenee ohjeiden soveltamisen seurantaan ja niiden kriittiseen uudelleen arviointiin,

c) se on lainsäätäjään verrattuna vähemmän altis poliittiselle painostukselle (ks. *Hanrahan—von Hirsch* 1981 s. 354-355).

Komission laatimat ohjerangaistukset olisivat tuomioistuimia heikosti sitovia. Niistä saisi poiketa, mutta poikkeaminen olisi aina perusteltava. Lainsäätäjälle jäisi kuitenkin ylin valta. Se rajoittaisi yhtäältä ohjeiden toiminta-alaa rikoskohtaisin enimmäis- ja vähimmäisrangaistuksin. Toiseksi se antaisi viimekätisen siunauksen ohjeiden voimaansaattamiseksi. Tätä voitaisiin edellyttää aina erikseen (Washington). Vaihtoehtoisesti ohjeet saisivat oikeusvoiman, jollei niitä erikseen kumottaisi (Minnesota ja Pennsylvania, ks. *Jareborg-von Hirsch* 1984 s. 55).

Painavin asiallinen perustelu mittaamiskomission puolesta on *avoin ja tietoinen kannanotto normatiivisiin kysymyksiin*. Komissio, jonka jäsenet esittelevät omia näkemyksiään sovellettavista rangaistuksista ja rangaistuksen määräämisperusteista edustaakin tavallaan argumentaatioteorian suoraa sovellusta.[22] Se, missä määrin komission työn tulokset kärsivät konkreettisen audito-

[21] Tämä selittää myös osaksi Sentencing Guidelines järjestelmän suosion Yhdysvalloissa (ks. *Victor* 1980 s. 206-207).

[22] Pyrkiessään "lähentämään heuristiikkaa ja justifikaatiota" on *Hassemer* koettanut ratkaista päätöksen tekemisen tavalla, joka vastaisi argumentaatioteorian vaatimuksia. Hä-

rioteorian yleisistä puutteista, ratkeaa suurelta osin itse toteutustavasta. Alan asiantuntijat (*von Hirsch, Singer, Gross, Kress, Hanrahan, Jareborg*) pitävät toteutetuista järjestelmistä parhaana Minnesotan vuonna 1978 käyttöön otettua ohjeistoa.

Esimerkki: **Minnesota Guidelines**

a) *Ohjeiston sisällön vahvistaminen.* Työn alussa komission jäseniä[23] pyydettiin järjestämään kaikki käytännössä tavallisimmin esiintyvät rikokset kuusiluokkaisen törkeysporrastuksen mukaiseen järjestykseen. Eri jäsenten välisiä järjestyksiä verrattiin ja poikkeamien sattuessa kukin sai puolustaa omaa kantaansa ja saada muut vakuuttuneiksi näkemyksensä oikeutuksesta.[24] Keskustelujen tulosten pohjalta hyväksyttiin sitten yhteinen luokitus rikosten törkeysporrastukseksi (ks. Minnesota Guidelines 1979 s. 2-3). Rikosten törkeysporrastuksen ohella myös absoluuttinen rangaistustaso pyrittiin kytkemään rationaalisiin perusteisiin. Lähtökohtana oli osavaltion vankilaresurssit ja ohjeisto muovattiin sellaiseksi, että niitä soveltaen vankilapaikoista 95 prosenttia pysyisi täytettyinä.

b) *Tyyppirikosten ja rangaistusten kuvaus ohjeistossa.* Mittaaminen tapahtuu kaksiulotteisen "mittaamisristikon" (Sentencing grid) pohjalta. Toinen akseleista sisältää kymmenportaisen rikosluokituksen (ensimmäisestä esimerkkinä moottoriajoneuvon luvaton käyttöönotto ja marihuanan hallussapito ja törkeimmästä toisen asteen murha), toinen jyvittää syytetyt uusimisen mukaan. Aikaisempi rikollisuus on jyvitetty pistein 0-6. Pääpaino on aikaisemmilla felony-luokan rikoksista langetetuilla

---

nen esityksessään rangaistuspäätös syntyisi tuomarin ja syytetyn molemminpuolisen "rationaalin diskurssin" pohjalta. Molemmat esittäisivät näkemyksensä sovellettavasta rangaistuksesta, ottaisivat kantaa vastapuolen esitykseen ja perustelisivat vuorostaan omaa näkemystään (*Hassemer* 1978 s.89—98, *Mösl* 1979 s.165). Esitys kärsii konkreettiselle auditorioille rakentuvien ehdotusten yleisistä puutteista (ks *Aarnio* 1982 s.191 ss). Ajatus keskustelevien kumppaneiden tasavertaisuudesta on täysin fiktiivinen, sillä päätäntävalta on yksin tuomarilla. Vaikka tuomitulla olisi tässä nykyistä paremmat mahdollisuudet saada selville lopputuloksen perusteet (mikä on kiistatta ehdotuksen ansio), ei hän voi vakavassa mielessä riitauttaa vastapuolen lähtökohtia tai asettaa niitä kyseenalaisiksi. Hänellä ei ole keskustelussa mitään positiivista tarjottavaa, eikä hän kykene ylipäätään vaikuttamaan lopputulokseen (ks. kritiikistä esim. *Weigend* 1983 s.61—62). Anglosaksisissa maissa käytössä olevan Plea Bargaining järjestelmän epäkohdat ovat myös osoitus vaikeuksista, joita syntyy asetettaessa kaksi epäsuhtaista osapuolta neuvotelupareiksi. Rajallisessa määrin tätäkin näkökulmaa voinee soveltaa (esim. kysyttäessä syytetyn kantaa yhdyskuntapalvelun eri muotoja valittaessa).

[23] Komissiossa ovat edustettuina tuomioistuinlaitos (3 kpl), täytäntöönpanoviranomaiset (2), syyttäjät (1), asianajajat (1) sekä maallikot (2) (ks. Minnesota Guidelines 1979 s.3).

[24] Pulmaksi jää, ettei tekniikka tuo esiin niiden ratkaisujen perusteita, joista komissio on yksimielinen.

rangaistuksilla. Lisäksi mittaamisperusteina mainitaan mm. tekijän ikä aikaisempien rikosten tekohetkellä, suoritetuista rangaistuksista kulunut aika, se, onko tekijä uuden rikoksen sattuessa ollut ehdonalaisessa vapaudessa tai kärsimässä muuta vapaudessa täytäntöönpantavaa rangaistusta, aikaisempien rikosten törkeys (ks. *Hirsch von—Jareborg* 1984 s. 195-196).

Rikoksen törkeysluokan ja aikaisemman uran perusteella mittaamisristikolta löytyy ruutu, jossa ilmoitetaan kiinteä ohjerangaistus sekä ohjerangaistusvyöhyke. Vyöhykkeet ovat varsin suppeat ja antavat liikkumaalan, joka vastaa keskimäärin 5-10 prosenttia ohjerangaistuksen ilmoittamasta vankeusajasta. Esimerkiksi varkausrikosten (arvo 250-2500 $) ohjerangaistus 5 asteen uusimisluokassa on 22 kuukautta vankeutta ja vyöhyke 21-23 kuukautta.

c) *Ohjerangaistuksista poikkeaminen.* Tuomioistuimen on lähtökohtaisesti pysyttävä annetuissa vyöhykkeissä. Poikkeaminen on aina erikseen perusteltava. Ohjeisto sisältää sekä listan syistä, joiden nojalla ohjevyöhykkeestä *ei saa* poiketa, kuin myös esimerkit perusteista, joiden nojalla poikkeaminen *on sallittua*. Ensin mainittuja ovat rotu, sukupuoli, ammattiin liittyvät syyt, sosiaaliasemaa koskevat näkökohdat sekä syytetyn toiminta prosessin kestäessä hänen käyttäessään perustuslain hänelle suomia oikeuksia.

Poikkeamisen *lieventävään* suuntaan oikeuttavat:

a) provokaatio,

b) tekijän osuuden vähäisyys tai osallistuminen rikokseen muiden pakottamana,

c) psyykkisistä tai fyysisistä syistä johtunut heikentynyt kyky teon arviointiin (ei koske vapaaehtoista alkoholin tai huumausaineiden käyttöä),

d) muut perusteet, jotka — vaikkakaan eivät riitä vastuuvapausperusteiksi — vähentävät tekijän syyllisyyttä ("mitigate or excuse or tend to excuse or mitigate the offender's culpability").

Poikkeamisen *ankarampaan* suuntaan oikeuttavat:

a) uhrin haavoittuvuus tai puolustuskyvyttömyys, joka oli tai jonka olisi pitänyt olla tekijän tiedossa,

b) uhrin erityisen raaka kohtelu,

c) rikoksella on vahingoitettu uhria ja tekijä on aikaisemminkin tuomittu tällaisesta uhrin vahingoittumiseen johtaneesta rikoksesta,

d) kyse on muutoin kuin fyysisiä keinoja käyttäen tehdystä vakavasta taloudellisesta rikoksesta, johon soveltuu kaksi tai useampia seuraavista perusteista: (1) useita uhreja tai useita uhriin kohdistuvia loukkauksia, (2) tavoiteltu tai aiheutettu varallisuusvahinko oli tavallista huomattavasti suurempi, (3) rikos on tehty erityisen taidokkaasti tai se on kestänyt pitkän aikaa, (4) tekijä on käyttänyt teon tekemiseen erityistä luottamusasemaa tai (5) tekijä on syyllistynyt aikaisemmin samanlaiseen ei rikosoikeudellisesti rangaistavaan käyttäytymiseen,

e) kyse on valvottuja materiaaleja koskevaan kaupankäyntiin liittyvästä rikoksesta (''Offences related to traffiking in controlled substances'') ja teko (1) koostuu vähintään kolmesta määräämistoimesta, (2) koskee huomattavan suuria tavaraeriä, (3) tai tekijä on varustautunut ampuma-aseella, (4) on johtavassa asemassa huumausaineliigassa, taikka (5) teko on tehty erityisen taidokkaasti tai pitemmän ajan kuluessa taikka kattanut laajan maantieteellisen alueen, tai (6) tekijä on käyttänyt rikoksen tekemiseen erityistä (luottamus) asemaa.

Milloin on kyse rikoksen yrityksestä tai yhteenliittäytymisestä (conspiracy) ohjerangaistus puolitetaan.

d) *Laitosseuraamus/muut vaihtoehdot (IN-OUT line)*. Mittaamisristikon ruudut jaetaan kahteen ryhmään sen mukaan, onko tuomioistuimella mahdollisuus käyttää muita kuin ehdottomia laitosseuraamuksia. Näitä ovat valvonta (probation), sakko, yhdyskuntapalvelu, ehdollinen rangaistus, ja ne tulevat käyttöön, kun ohjerangaistuksen vankeusaika alittaisi yhden vuoden. Milloin päädytään muuhun kuin ehdottomaan laitosrangaistukseen, on päätös aina perusteltava. Ehdollista rangaistusta suositetaan käytettäväksi aina ensimmäisellä felony-asteen tuomiokerralla. Lievimmistä rikoksista tuomittaessa myös toinen rangaistus voitaisiin jättää täytäntöönpanematta. Muutoin ratkaisu määräytyy eri kriminaalipoliittisten tavoitteiden tai näiden yhdistelmien mukaan in casu. Ensisijaisesti tulisi käyttää lievintä keinoa (*Jareborg-von Hirsch* 1984 s.203-204).

3.2.5. Arvio

Sentencing Guidelines vaihtoehdoista Minnesotan järjestelmään ollaan oltu kaikkein tyytyväisimpiä. Alkuvuosina vankiluku pysytteli suunnitelmien mukaan täyskapasiteetin alapuolella, mutta kääntyi vuosina 1981-1982 nousuun. Muutokset selittyvät ensi sijassa ohjeistoon tehdyin muutoksin (MSGC 1984 s.21—31). Morrisin ilmoittamien tietojen mukaan vajaat 90 prosenttia rangaistuksista oli pysytellyt asetettujen vyöhykkeiden sisällä. Poikkeamista noin 60 prosenttia oli lievempään suuntaan (*Morris* 1982 s. 173-174).

Näiden lukujen perusteella on selvää, että ohjeet ovat ainakin osoittautuneet käytännössä *tehoisiksi*. Vertailu ohjerangaistusten ulkopuolelle jääneiden rikosten rangaistuskäytäntöön osoitti ohjeiden vähentäneen sekä rangaistusten hajontaa että ns. ei-legaalisten perusteiden vaikutusta mittaamisessa (*Moore-Miethe* 1986 s.272—275 sekä MSGC 1984 v-vi ja s.33—41). *Sisältöä* on kuitenkin kritisoitu. Keskeisinä puutteina on nähty (ks. *von Hirsch* 1985 s. 179-181 ja *Jareborg-von Hirsch* 1984 s. 148 ss):

— rangaistusten pituudet ovat jääneet perustelematta,

— törkeysporrastuksen taustaperiaatteita ei ole eksplikoitu,
— uusimisvaikutus on liian suuri ja keskittyy liiaksi aikaisempien rikosten lukumäärään,
— ohjeiston ala on liian suppea rajoittuen vain yli yhden vuoden vankeusrangaistuksin rangaistaviin rikoksiin.

Pohjoismaisen tarkastelijan huomio kiinnittyy lisäksi koventamis- ja lieventämisperusteiden väljään muotoiluun ja sattumanvaraisuuteen, sekä erityisesti rangaistusvyöhykkeiden kapeuteen. Tämä johtaa keinotekoisiin hyppäyksiin rikoskategoriasta toiseen. Rikosten törkeysporrastus noudattaa periaatteessa normaalijakautumaa, eikä tämä jakautuma mukaudu ohjeiston rangaistusvyöhykkeisiin. Mahdutettaessa 90 % tapauksista rajoihin, jotka vastaavat 5-10 % keskimääräisestä rangaistusajasta, tulevat törkeät tekomuodot väistämättä perusteettoman lievästi ja lievät perusteettoman ankarasti rangaistuksi (ks. myös *Jareborg-von Hirsch* 1984 s.148-149).[25]

[25] *Jareborg* pitää kuitenkin Minnesota Guidelines tyyppistä sääntelytekniikkaa soveliaana myös Ruotsin oloihin, edellyttäen, että järjestelmä eriytetään rikoskohtaiseksi (tai sen vyöhykkeitä laajennetaan) ja sen yllä esitetyt puutteet korjataan (*Jareborg—von Hirsch* 1984 s.149). Jo käsitellyistä heuristisista välineistä se ilmeisesti onkin toimivin, mikä ei kuitenkaan tarkoita sen sopivan sellaisenaan Suomen oikeusoloihin.

E. MITTAAMINEN OIKEUDELLISEN SÄÄNTELYN KOHTEENA

1. Lähtökohdat

1.1. Oikeusturvasyyt

a) Järjestelmän tulee täyttää *muodollinen ja aineellinen oikeusturva* (ks. myös *Lahti* 1985 s.884 ja 889). Täsmälliset mittaamisohjeet ja kapea harkintamarginaali lisäävät ennustettavuutta. Sama pätee tiettyyn pisteeseen yhdenvertaisuuteen. Liian sitova ja kaavoittunut järjestelmä johtaa, paitsi samanlaisten samanlaiseen, myös erilaisten samanlaiseen kohteluun.

Sisällöllinen oikeudenmukaisuus edellyttää mm. hyvin harkittuja mittaamisperusteita. Mitä enemmän näitä perusteita on, sitä rikkaampaan ja vivahteikkaampaan argumentaatioon on mahdollisuudet. Toisaalta ratkaisuperusteiden lukumäärän lisääntyessä kasvavat myös epäyhtenäisen soveltamiskäytännön vaarat. Johdonmukainen ja ennakoitava sekä toisaalta aineellisesti oikeudenmukainen ja sisällöllisesti hyväksyttävä ovat keskinäisessä, jatkuvaa kompromissia vaativassa jännitteessä.

b) Oikeusturva edellyttää järjestelmältä ja sen muutoksilta *stabiliteettia myös laajemmassa merkityksessä*. Poukkoilevat linjanmuutokset ovat pahasta, siitä huolimatta, että olisi mahdollista taata kulloinkin noudatettavan käytännön yhtenäisyys. Samalla kun on tarjottava mahdollisuus rangaistustason muutoksiin, on varmistettava, ettei kriminaalipoliittista järjestelmää tältä osin altisteta päivänpoliittisille suhdannemuutoksille. Tämä edellyttää järkevää työnjakoa stabiliteettia edustavan tuomioistuinlaitoksen ja muutoksia tekevän lainsäätäjän välillä (ks. myös NU 1984:2 s.24).

1.2. Ideologiset perusarvot

a) *Edustuksellisen demokratian* periaatteet vaativat, että tärkeät kansalaisten oikeuksia ja velvollisuuksia koskevat päätökset tehdään kansaa edustavan lainsäätäjän toimesta. Rangaistusjärjestelmä kajoaa siinä määrin ihmisten perusoikeuksiin, että *on oikeutettua vaatia ainakin tärkeimpien tätä aluetta koskevien päätösten syntyvän eduskunnassa*. Näin on perinteisesti menetelty ratkais-

taessa rangaistavuuden rajoja (nulla poena sine lege). Myös rangaistustason jättäminen yksin tuomioistuinten harkinnan varaan tuntuu tältä kannalta arveluttavalta (ks. myös NU 1984:2 s.22-23).

b) *Soveltuvuus suomalaisen oikeuskulttuurin traditioon* sanelee sekin kysymykseen tulevan sääntelyn rajat ja suunnan. Legalistisen ja valtiovallan kolmijakoon pohjaavan suomalaisen oikeuskulttuurin kannalta on aihetta suhtautua harkiten ja varoen Common Law-maista tuleviin ehdotuksiin. Meidät erottaa anglosaksisista järjestelmistä mm. tuomioistuinten halukkuus soveltaa tiukasti lakia ja lainsäätäjän antamia ohjeita. Tähän legalismiin tukeutuminen on viisasta, myös mietittäessä keinoja nykyistä parempien järjestelmien kehittämiseksi. Asiassa tulisi edetä oman oikeuskulttuurin ehdoin. Konkreettisesti nyt sanottu merkitsee mm, että mittaamismalli tulisi integroida yleiseen ja tunnustettuun oikeuslähdeoppiin.

c) Edelliseen liittyen on myös taattava sovellettavan järjestelmän ja vallitsevan tulkitateorian *arvoteoreettinen yhteensopivuus*. Mittaamismallin tulee ts. toimia juridisen ajattelun ja sen edustaman arvojärjestelmän yleisin ehdoin. Arvo-objektivismiin sitoutuvat atk-sovellutukset eivät tätä ehtoa täytä (ellei sitten ole kyse yksinomaan informaation keräämisestä ja järjestämisestä).

1.3. Käytännölliset näkökohdat

a) *Päätöksentekovalta on jaettava rationaalisesti eri portaille* siten, että kukin saa ratkaistavakseen kysymykset, joihin sillä on parhaat edellytykset. Yksityiskohtaista selvittelyä ja lukuisten vaihtoehtojen erittelyä vaativat ratkaisut eivät sovi elimelle, jolla on kyky yleislinjojen hahmottamiseen ja suurten linjojen luomiseen, mutta ei aikaa ja mahdollisuuksia yksityiskohtien pohtimiseen. Vastaavasti yleisten linjojen pohtiminen on tarkoituksetonta portaissa, joilla ei ole mahdollisuuksia tehdä muiden instanssien toimintaan vaikuttavia päätöksiä.

Tässä suhteessa lainsäätäjän ja vastaavasti eri oikeusasteiden välillä on selvä ero. *Lainsäätäjä* ei ehdi paneutua yksittäistapauksiin. Sillä on aikaa ja mahdollisuuksia päättää ainoastaan suurista linjoista. *Alioikeudet* eivät vuorostaan vahvista toimintalinjoja muiden noudatettavaksi, vaan antavat oikeussuojaa yksittäistapauksissa. *Korkeimman oikeuden* asema sijoittuu tähän väliin. Se operoi lähtökohtaisesti yksittäistapauksin, ja sen tehtävänä on oikeussuojan antaminen. Toisaalta KKO:n tehtävänalaan kuuluu tämän ohella lainsäädäntövallan käyttöä muistuttava prejudikaattien antovalta ja sen myötä laajemmat linjanvedot.

Eri instanssien asemassa olevat erot vaikuttavat sekä *tehtävien valintaan* että *sovellettaviin ratkaisuperusteisiin.* Lainsäätäjän kriminalisointia koskevat ratkaisut voivat hyvinkin perustua muihin näkökohtiin kuin lainkäyttäjän rangaistuksen mittaamispäätökset. Sama voi hyvinkin päteä soveltuvin osin suhteessa KKO/alioikeus.

Päätösvalta tulee antaa elimelle, jolla on *paras asiantuntemus* ja joka on tilanteesta sekä sen eri yksityiskohdista parhaiten perillä. Esimerkiksi alioikeuksien konkreettista rangaistustasoa koskevat päätökset perustunevat usein realistisempiin käsityksiin eri rikosten moitittavuudesta ja törkeydestä in concreto kuin lainsäätäjän tai KKO:n kanta asiaan (ks. myös NU 1984:2 s.23).

b) *Kriminaalipoliittinen tarpeellisuus ja tarkoituksenmukaisuus* on otettava huomioon esimerkiksi arvioitaessa Sentencing Guidelines-menetelmien perusteltavuutta. Tällaisiin huomattavan rajuihin muutoksiin on Yhdysvalloissa, sikäläisen rangaistuskäytännön epäyhtenäisyys huomioon ottaen, ollut aivan toisen luokan tarve kuin Suomessa (samoin Ruotsin osalta *Victor* 1980 s. 216). Olematta tyytyväinen suomalaiseen oikeuskäytännön nykytilaan voi sen yleisesti todeta olevan paremmalla tolalla kuin Guidelines-järjestelmiin turvautuneissa maissa.

Klassiset kriminaalipolitiikan arvopäämäärät ja tarkoituksenmukaisuusnäkökohdat vaikuttavat nekin järjestelmän sisältöön ja valintaan. *Erityisestävien* intressien korostaminen vaatii huomion kiinnittämistä yksilön erityispiirteisiin. Tämä edellyttää laajaa harkintavaltaa tms. (näin myös NU 1984:2 s. 24). *Yleispreventiiviset tehokkuusnäkökohdat* voivat edellyttää määrättyä (mutta eivät täydellistä) ennakoitavuutta. *Moraalia luova vaikutus* taas vaatii, ettei järjestelmää liiaksi teknistetä siten, että se menettää moraalisesti sävyttyneen luonteensa.

c) *Tekninen toimivuus ja todennettavuus* edellyttävät ensinnäkin, ettei malli perustu kriteereille, joita ei ole mahdollista todentaa empiirisin tai rationaalisin keinoin *(ideaalirangaistus). Empiirisiin tilastomittauksiin* kohdistetun kritiikin paino on tilastollisten menetelmien kehittymisen myötä keventynyt, joskin tutkimustekniikka edelleen asettaa rajat sille tarkkuudelle ja luotettavuudelle, jolla rikoksia ja rangaistuksia voidaan kuvata.

Teknisesti mahdollisenkin järjestelmän tulee olla toimiva ja *ratkaisuja todellisuudessa helpottava.* Yksityiskohtaisiin mallitapauksiin perustuva järjestelmä olisi liian kankea. Erilaiset atk-sovellutukset eivät nekään toistaiseksi vakuuta helppokäyttöisyydellään ja yksinkertaisuudellaan.

Välipäätös. — Järjestelmälle asetettavat useat erisuuntaiset ja -tasoiset vaatimukset sulkevat patenttiratkaisut harkittaviksi tulevien vaihtoehtojen ulko-

puolelle. Näihin kuuluvat myös Sentencing Guidelines-mallin suorat sovellutukset. Runko on edelleen rakennettava lainsäätäjän ja lainkäyttäjän työnjaon varaan. Tutkimus-, koulutus ja koordinointityöllä on mahdollisuus riittävässä määrin täyttää lainsäädännön jäljiltä avoimeksi jäänyttä lähteistöä ja mittaamisohjeistoa. Paljon tietysti ratkeaa sen mukaan, millaiset ratkaisut lainsäätäjä asiassa tekee.

2. Lainsäätäjän mahdollisuuksista ja menetelmistä

Lainsäätäjän ohjausmahdollisuuksia ovat (a) rikosten *törkeysporrastus* ja *rangaistusasteikkojen* vahvistaminen, (b) *mittaamisohjeiden* säätäminen sekä (c) *ohjerangaistusten* vahvistaminen.

2.1. Törkeysporrastus ja rangaistusasteikot

2.1.1. Asteikkojen merkityksestä

Rangaistusasteikoilla on kaksi tehtävää: (a) ne ohjaavat ja rajoittavat lainkäyttäjän harkintavaltaa ja (b) ilmentävät lainsäätäjän kannan rikoksen vakavuuteen (ks. myös *Nousiainen* 1961 s.155-157 sekä SOU 1983:50 s.329). Asteikkojen lähempi määrittely on kuitenkin yleensä jäänyt vaille rationaalisia perusteita. Niitä muuteltaessa on vedottu lähinnä "yleiseen mielipiteeseen", "oikeustajunnan vaatimuksiin" tai "muuttuneiden käsitysten" sekä "lisääntyneen tiedon" myötä syntyneisiin paineisiin (ks. *Lång* 1964 sekä *Nikula* 1986). Tuon mielipiteen tai oikeustajunnan sisällöstä, sen enempää kuin sen mittaustekniikastakaan, ei juuri ole annettu selvitystä. Asteikkomuutoksista voikin Nikulan tavoin todeta niitä perustellun "miten osuvasti tai olemattomasti, ontosti taikka ohiampuvasti tahansa" (*Nikula* 1986 s.245).

Rationaalisten perustelujen puute sai *von Eybenin* ehdottamaan 1950-luvulla latitudijärjestelmän purkamista (*von Eyben* 1950 s.325-328). *Nousiainen* asettui astetta maltillisemmalle linjalle: "Vaikkapa todennäköistä onkin, että normaalioloissa pätevät tuomarit eivät lankea houkutukseen näytellä jonkinlaista mittaamisdiktaattoria . . . on kuitenkin uskallettua vaarantaa suurin vaivoin hankittu yksilön oikeusturvallisuus niin rohkeilla uudistuksilla" (*Nousiainen* 1961 s.158). Maksimien säilyttäminen olisi joka tapauksessa tarpeen, ". . . sillä juuri niillä lainsäätäjä osoittaa, kuinka moitittavia eri rikosteot yhteiskunnan kannalta ovat ja mistä tuomarin siis on lähdettävä liikkeelle mittaamistehtävää ratkaistessaan ". Ne osoittavat edelleen ". . .oikeusalamaisille, kuinka hyljättäviä eri rikosteot ovat ja luovat siten eri arvoisia estomotiiveja rikollisuut-

ta vastaan". Sen sijaan erityisminimien poistaminen voisi tulla kysymykseen, sillä ". . . oikeuskäytäntö liikkuu yleensä asteikon alarajalla, eikä erityisminimien muutoksilla näytä myöskään olevan sanottavaa merkitystä rangaistustasoa nostavana tekijänä", päättelee Nousiainen (*Nousiainen* 1961 s.158).

Vaikkei asteikkoja vahvistettaessa toistaiseksi olisikaan harjoitettu suunnitelmallista, johdonmukaisesti argumentoivaa kriminaalipolitiikkaa, *ei mikään estä sellaiseen pyrkimästä tulevaisuudessa*. Asteikot ovat edelleen tärkeä *oikeusturvan tae*, eikä tässä suhteessa havaittuja puutteita voi korjata järjestelmästä luopumalla, vaan sitä kehittämällä. Asteikkojen säilyttämistä tukevat myös *yleispreventiiviset syyt*. Paitsi, että maksimirangaistukset voivat (joissakin tapauksissa) *pelottaa* rikokseen ryhtymästä, on mahdollista, että asteikot kanavoivat potentiaaliset rikoksentekijät kohden lievempiä tekomuotoja. Niillä on edelleen määrätty arvonsa myös *rikosten törkeyden osoittajana* ja tätä kautta rangaistuksen *moraalia luovan vaikutuksen vahvistajana* (ks. myös SOU 1983:50 s.329-330 ja muista funktioista *Nikula* 1986 s.242 ss).

Nousiaisen perustelut erityisminimien poistamiseksi eivät vakuuta. Jos käytäntö kerran liikkuu asteikon alarajalla, niin kuinka on mahdollista, ettei minimien muutoksilla voitaisi vaikuttaa rangaistustasoon? Rikosoikeuskomitea esittääkin joukon vähimmäisrangaistusten käyttöä hyvin puoltavia perusteita. Minimirangaistukset *asettavat lainsäätäjälle velvoitteen huolehtia rangaistussäännösten riittävästä porrastamisesta*. Ne *pakottavat selvittämään, mitkä teot ansaitsevat ankaria ja mitkä lieviä rangaistuksia*. Etuna järjestelystä on, että vältetään kovin eriasteisten tekojen sisällyttäminen samojen säännösten alaisuuteen, mikä vuorostaan *lisää käytännön yhtenäisyyttä* (Rikosoikeuskomitea 1976 s.162).

2.2.2. Asteikkojen laajuus ja lukumäärä

a) *Laajuus ja peittävyys.* — Asteikkoja puolustavat perusteet ovat vastaargumentteja vakuuttavampia. Asteikkojen poistamisen sijasta keskustelua käydäänkin lähinnä *latitudien laajuudesta*. Suuntaus on sekä saksalaisella että anglosaksisella kielialueella samoin kuin myös Pohjoismaissa sama: tavoitteena on asteikkojen supistaminen ja harkintavallan kaventaminen (ks. esim. *Streng* 1984 s.293-296 ja SOU 1986:14 s.151). Rikosoikeuskomitea esitti tämän mukaisesti nykyisten asteikkojen korvaamista harvojen ja suppeiden tyyppirangaistusasteikkojen järjestelmällä (Rikosoikeuskomitea 1976 s.162).

Asteikkojen supistamiseen väistämättä liittyvän enimmäisrangaistusten alentamiseen suhtaudutaan torjuvasti tavallisesti yleisestävin syin. Asteikkojen supistamista yleensä taas vastustetaan sillä, että laajat asteikot mahdollistavat

oikeuskäytännön vapaan kehittymisen.[1] Näin varmistetaan myös, että asteikko todella kattaa kaikki rikoksen ajateltavissa olevat — jopa äärimmäisen harvinaiset — tekomuodot.

Rangaistuskäytäntöä koskevan tiedon lisääntymisen myötä soveltamatta jäävien maksimien yleispreventiivinen teho heikkenee varsin nopeasti. Maksimien sijasta yleisö muodostanee kantansa lähinnä joukkotiedotusvälineiden antaman kuvan pohjalta. Jos taas todella tuomitun ja korkeimman mahdollisen rangaistuksen välillä vallitsee tarpeettoman suuri ero, on se omiaan johtamaan perusteettomiin vaatimuksiin käytännön koventamiseksi (Rikosoikeuskomitea 1976 s.162). Toinen väite sisältää vaikeasti hyväksyttävän ajatuksen, että lainsäätäjä soisi itselleen mahdollisuuden olla tarkastamatta asteikkoja sen mukaan, kun muuttuneet olosuhteet vaativat (samoin *Streng* 1984 s.295). Viimeistä huomautusta harkittaessa on kysyttävä, kumpi on tärkeämpää: varmistaa oikeudenkäytön yhtenäisyys vai mahdollistaa tulevaisuudessa kerran taikka kaksi esiintyvän yksittäistapauksen riittävän ankara rankaiseminen (ks. myös *Streng* 1984 s.295).

Milloin rikos on jaettu eri törkeysportaisiin, tulee lisäksi harkittavaksi kysymys *asteikkojen peittävyydestä*. Laajalti toisensa peittävät asteikot vesittävät törkeysporrastuksen tavoitteen; rikosten jyvittämisen eri rangaistavuuskategorioihin ja käytännön tämän mukaisen ohjaamisen. Ruotsin vapausrangaistuskomitea huomauttaakin, että mikäli törkeysporrastus ja mittaaminen perustuvat identtisiin syihin, olisi toisensa osaksi peittävien asteikkojen käyttö teoreettisesti vailla perusteita. Kun molemmat ratkaisut pohjaavat tuon esityksen mukaan rangaistusarvon vahvistamiseen ja oikeudenmukaisuusargumentointiin, olisikin asteikot asetettava "kant i kant" (SOU 1986:14 s.156-157).[2] Käy-

[1] "Raum für den geschichtlichen Wandel zu schaffen", *Streng* 1984 s. 295 ja alav. 71.

[2] Esitykseen liitetään kuitenkin seuraavat varaumat. (a) Kun rangaistusarvoon vaikuttavat seikat oikeuttavat myös alittamaan säädetyn vähimmäisrangaistuksen, ei minimirangaistuksen vahvistamisessa tarvitse ottaa huomioon kaikkia (lieventäviä) rangaistusarvoperusteita. Sen sijaan enimmäisrangaistusta ei ole mahdollista ylittää. Niitä vahvistettaessa olisikin otettava huomioon kaikki rangaistusarvoon mahdollisesti vaikuttava aines. (b) Vaikka toisaalta — esitys jatkaa — asteikon yläpäässä rangaistusarvoon vaikuttavat seikat usein ovat samoja, joiden perusteella voidaan päätyä myös törkeämmän säännöksen soveltamiseen (eikä siis olisi tarvetta päällekkäisyyteen), on osa rangaistusarvoa korottavista seikoista sellaisia, etteivät ne oikeuta tunnusmerkistön vaihtoon (esim. alaikäisen houkuttelu rikokseen). Näissä tilanteissa lievemmän rikoksen ensimmäisrangaistus voisikin kohota yli törkeän rikoksen vähimmäisrangaistuksen. Kaksinkertaisin asteikoin katettu alue tulisi siten sovellettavaksi tilanteissa, joissa alemman asteinen rikos ei vielä kuuluisi "lajiltaan" ("till sin art") ylempään kategoriaan, mutta erityisten syiden vuoksi olisi perusteltua kuitenkin tuomita siitä törkeän asteen vähimmäisrangaistuksen ylittävä seuraamus (SOU 1986:14 s.157).

tännössä ehdotus sallisi asteikkojen peittävän toisensa vähäisessä (nykyistä selvästi niukemmassa) määrin (ks. SOU 1986:14 s.157-158 sekä SOU 1986:15 s.95 ss).

Vapausrangaistuskomitean esitystä voi arvostella lähinnä eräiden tuomitsemisessa vaikuttavien psykologisten lainalaisuuksien unohtamisesta. Näistä eräs on pyrkimys äärivaihtoehtojen välttämiseen. Ääriarvojen välttäminen on luonnollista, sillä myöhemminhän voi hyvinkin tulla ratkaistavaksi tapaus, joka vaatii *vielä paremmin perustein* tulla kohdelluksi nyt tuomittavana olevaa rikosta ankarammin tai lievemmin. Jos asteikot peittävät toisensa riittävästi, ei vetäytyminen kohti keskipistettä välttämättä johda vinoutumiin. Eri törkeysportaisiin kuuluvien rikosten välillä tuskin syntyisi hyppäyksiä, vaan laskettaessa kaikki tekomuodot yhteen ja asetettaessa rangaistukset samalle akselille, sanktioiden jakautuma kaartuisi oletettavasti melko tasaisesti positiivisesti vinon (alkupainotteisen) normaalijakautuman edellyttämin tavoin.[3]

Jos asteikot taas asettuisivat tiiviisti toisiaan vastaan, edellyttäisi "luonnollisen sanktiojakautuman" säilyttäminen, että *tuomioistuimet tuomitsisivat suurimman osan sekä väli- että törkeämmän asteen rikoksista pienimpään asteikon sallimaan rangaistukseen*. Jo esitetyistä syistä tämä olisi ilmeisen epätodennäköistä. Toisiinsa tiukasti rajoittuvat asteikot johtaisivat siis siihen, että rangaistuksiin muodostuisi keinotekoisia hyppäyksiä, joilla ei olisi vastinetta rikosten moitittavuuseroissa. Valitessaan esimerkiksi kvalifioidun tekomuodon, tuomioistuin näet tuomitsisi ankaramman rangaistuksen, kuin mihin se päätyisi, jos asteikot peittäisivät toisensa. Näin siksi, että milloin tuomioistuin katsoisi teon moitittavuuden edellyttävän asteikkojen rajoille sijoittuvaa rangaistusta, tuollaisen rangaistuksen tuomitseminen olisi psykologisesti vaikeata, sillä tuomioistuimen tulisi olla varma siitä, että lievempään kategoriaan ei tulevaisuudessa kuuluisi törkeämpiä eikä törkeämpään vastaavasti lievempiä rikoksia. Tässä paineessa luonteva vaihtoehto on tuomita joko törkeän kategorian mukaan minimi riittävästi ylittäen, tai päätyä lievempään asteeseen maksimi vuorostaan turvallisesti alittaen. — Paitsi, että näin päädytään rangaistuksiin,

[3] Tämä vastaa myös karkeasti ainakin rikosten ulkoisten piirteiden jakautumaa. Lieviä tekomuotoja on eniten ja törkeitä sitä vähemmän mitä törkeämpiin tekoihin edetään. Tapaukset eivät siis kasaannu asteikon keskiväliin, kuten matemaattinen ja puhdas normaalijakautuma edellyttäisi (vrt. oppi aritmeettisesta keskirangaistuksesta). Ei ole mitään syytä otaksua, että näin tulisi edes teoriassa käydä. Päinvastoin jo arkikokemus ja käyttäytymistämme ohjaavat sosiaalipsykologiset paineet antavat aiheen otaksua, että lieviin rikkeisiin syyllistytään herkemmin kuin törkeisiin: ". . . es liegt im Wesen des Menschen, dass er kleine Scritt vom Wege leichter geht als grosse, und es ist eine Binsenwahrheit, dass der Umfang der kleinen Kriminalität den der grossen bei weitem übertrifft" (*Dreher* 1978 s.150).

jotka eivät vastaa tekojen törkeyttä, on samalla luotu mitä todennäköisimmin uusi mekanismi kasvattamaan tuomioeroja. Kun tehtävillä ratkaisuilla on aiempaa näkyvämmät vaikutukset, sitä näkyvämpiä ovat myös arvostelussa ilmenevät erot.

b) *Asteikkojen lukumäärä.* — Rikosoikeuskomitean tyyppirangaistuksia koskeva ehdotus jakaisi kaikki rikokset yhtenäisen törkeysporrastuksen mukaan esimerkiksi 4—6 luokkaan. Kutakin luokkaa vastaisi suppea asteikko. Esityksen perustelut voidaan tiivistää seuraavasti (ks. Rikosoikeuskomitea 1976 s.161—162).

(1) *Tekninen perustelu.* Mahdollistetaan ytimekäs lainkirjoitustekniikka sekä viittaukset lainsäädännön lohkosta toiseen.
(2) *Pedagoginen perustelu.* Iskostetaan kansalaisten mieliin rikosten törkeysasteet ja luodaan helppotajuinen yleiskuva rikoslain sisällöstä (2a). Helpotetaan rangaistustasosta käytävää keskustelua (2b).
(3) *Käytäntöön vaikuttaminen.* Suppeat asteikot mahdollistavat käytännön ohjaamisen yleensä (3a). Maksimien alentaminen vähentää rangaistushajontaa ja yksittäispoikkeamia (3b).
(4) *Lainsäädännön tasosta huolehtiminen.* Suppeat asteikot estävät sen, että rikoslakiin otetaan ylimalkaisesti määritettyjä ja törkeysasteeltaan kovin vaihtelevia tekoja.

Eri perustelut eivät tue samassa määrin sekä ajatusta *suppeista* että *harvalukuisista* asteikoista. Asteikkojen laajuus on merkityksetön, mitä *teknisiin viittauksiin* tulee. Sen sijaan lukumäärällä saattaa olla tässä jokin merkitys. Sama pätee *pedagogisiin* näkökohtiin: helppotajuinen yleiskuva syntyy vain harvoilla asteikoilla, sen sijaan asteikkojen laajuus on irrelevantti. Jos mukaan liitetään myös vaatimus törkeysasteesta tiedottamisesta, edellytetään, että asteikot ovat melko kapeat (laajat asteikot eivät kerro mitään teon törkeydestä).

Siirryttäessä kahteen viimeiseen perusteluun (3 ja 4), yksinomaiseksi tavoitteeksi osoittautuu *asteikkojen suppeus.* Käytännön ohjaaminen käy sitä paremmin, mitä suppeammat asteikot. Sitä pienemmäksi käy myös rangaistushajonta. Myös saman törkeysluokan tekojen karsinointi edellyttää kapeita asteikkoja (tai paremminkin; laajat asteikot mahdollistavat törkeydeltään eriasteisten tekojen lukemisen samaan tunnusmerkistöön). Jos yhteen asteikkoon tulee sijoitettavaksi vain yksi "törkeysluokka", tarvitaan tietysti niin monta asteikkoa, kuin on "törkeysluokkia". Tämä onkin ehdotuksen ydinongelma. Suppeisiin ja harvoihin tyyppirangaistusasteikkoihin pohjaava järjestelmä *edellyttää myös rikosten jakaantuvan moitittavuudeltaan ja törkeydeltään melko selkeisiin ja harvoihin ryhmiin.* Rangaistuskäytännön tarkastelu ei tällaisia ryhmiä kuitenkaan hahmota. Rikokset muodostavat portaattoman jatkumon, jon-

ka tiivistäminen 4—6 luokkaan merkitsisi nykykäytännön muutosta ja rikosten "niputtamista" karkeampiin ryhmiin. Tällainen lopputulos olisi selvästi vastoin pyrkimystä suhteuttaa rangaistukset entistä tarkemmin rikosten törkeyden mukaan.

Vaikuttaa ilmeiseltä, että mikäli asteikkoja tahdotaan supistaa, ei niitä samanaikaisesti voi vähentää kuin korkeintaan 10—15 vaihtoehtoon. Jos niiden lukumäärää tahdotaan tästä ratkaisevasti vähentää, ei asteikkoja voi nykyisestään olennaisesti supistaa. Ratkaisu on tehtävä sen mukaan, mitä pidetään tärkeämpänä: sitäkö, että asteikot ohjaavat käytäntöä, jyvittävät rikokset suhteessa niiden törkeyteen ja estävät yksittäiset poikkeamat yleislinjoista, vaiko sitä, että järjestelmästä luodaan "yleiskatsauksellinen ja helppotajuinen kuva". — On epävarmaa, kuka tällaista "helppotajuista kuvaa" tarvitsee. Tuomari kykenee kyllä hahmottamaan enemmän kuin 4—6 asteikkoa. Yleisön kannalta asia on toinen, mutta tämä tuskin oikeuttaa pakottamaan rikoslakia muotoon, joka ei vastaa sen sisältöä. Mutkikkaasta asiasta on vaikea sitä vääristämättä antaa yksinkertaista kuvaa. On kuitenkin hyvä huomata, etteivät komitean esittämät argumentit tue tasapuolisesti ajatusta sekä suppeista että harvoista asteikoista. *Osa puoltaa suppeita, osa harvoja asteikkoja.* Ne eivät kuitenkaan voi olla samanaikaisesti sekä suppeita että harvoja, vaan jompaa kumpaa; suppeat ja lukuisat, tai harvat ja laajat.[4]

2.2.3. Päätelmät

Asteikkojen vahvistaminen edellyttää kompromissia eri näkökohtien välillä.

(a) Asteikot on muovattava pitäen silmällä niiden antamaa *käytännön tukea* mittaamisessa. Niistä tulee olla apua myös käytäntöä ohjattaessa. Tämä edellyttää asteikkojen supistamista nykyisestään.

(b) Asteikkojen tulee *jyvittää rikokset suhteessa toisiinsa sen mukaan, kuin tekojen moitittavuus edellyttää.* Tämä vaatii niin ikään asteikkojen supistamista.

(c) Asteikkojen tulee toisaalta *tiettyyn rajaan saakka mahdollistaa käytännön kehittyminen* (esim. muutaman vuoden tähtäimellä). Tämä vaatii huomion kiinnittämistä lähinnä rangaistusminimeihin, sillä kokemus on osoittanut, että sanktioiden kovennukset kyllä saadaan

[4] Rikoslakiprojekti ei ainakaan ensimmäisessä osamietinnössään noudattanut täydessä laajuudessaan komitean ehdotusta. Perusasteikkoja oli tosin kuusi, muuta niistä oli runsaasti poikkeuksia. Supistamisen sijasta asteikkoja oli lisäksi pikemminkin laajennettu. Perusteluna tälle "varovaiselle supistamiselle" (Rikoslakiprojekti I s.30) esitetään, että kaikki asteikot tarkistettaisiin kokonaisuudessaan uudistuksen viimeisessä vaiheessa — ajatus, johon voi suhtautua huomattavan skeptisesti.

toteutetuksi. Sen sijaan lievennykset syntyvät huomattavan vitkaan.

(d) Asteikkojen tulee kyetä *välittämään nykyistä selväpiirteisempi kuva rikoslain sisällöstä ja siihen kuuluvien rikosten keskinäisistä moitittavuussuhteista.* Tämä edellyttää, paitsi asteikkojen supistamista, myös käytössä olevien kymmenien asteikkojen rajoittamista ehkä 10 - 15 standardivaihtoehtoon.

(e) Milloin rikos on jyvitetty eri törkeysasteisiin, on asteikkojen *peitettävä toisensa siihen saakka, että vältetään tuomittujen rangaistusten hajontojen vinoutuminen ja keinotekoisten hyppäysten muodostuminen.*

(f) Asteikot ovat oikein vahvistetut, milloin aika-ajoin — mutta kuitenkin huomattavan harvoin — käy tarpeelliseksi poiketa niistä lievempään suuntaan. Tähän tulee tarjota mahdollisuus yleisen asteikosta poikkeamista koskevan säännöksen perusteella. Molemminpuoliseen poikkeamiseen ei todellisuudessa ilmenne tarvetta jo senkään vuoksi, että asteikkojen ylärajat tulevat rikoksia etäältä tarkastelevan lainsäätäjän toimesta kuitenkin asetetuksi "riittävän" ylös. Tämä on myös eräs niistä perusteista, jotka vastustavat liian suppeiden asteikkojen vahvistamista lainsäädäntötasolla (ks. myös SOU 1986:14 s.154).

2.3. Lakiin perustuvien mittaamisohjeiden merkityksestä

Asteikkojen ja törkeysporrastuksen ohella lainsäätäjä voi turvautua lainsäädännöllisiin mittaamisohjeisiin. Jo vuoden 1875 rikoslakiehdotus sisälsi verraten seikkaperäiset ohjeet rangaistuksen mittaamisesta (Ehdotus 1875 49 §). Ehdotuksesta annettujen lausuntojen perusteella määräykset jätettiin kuitenkin lopullisesta esityksestä pois. Säätämisvaiheessa ratkaiseva *Hagströmerin* kritiikki sisälsi seuraavat huomautukset.

1 Lainsäädännöllisten ohjeiden antaminen on mahdotonta, sillä ei edes tiede ole kyennyt esittämään tavoitellun kaltaisia yksityiskohtaisia ohjeita.
2 Tieteen tulosten piiriin kuuluvia asioita ei tutkimustulosten jatkuvan kehittymisen vuoksi tulisi ylipäätään sisällyttää lakiin.
3 Niin kauan kuin perusteista ei osata sanoa, kuinka paljon ne vaikuttavat lopputulokseen, ne jäävät vaille käytännön hyötyä.
4 Lakiin sisällytetyt perusteet saavat helposti ylikorostuneen merkityksen muiden tärkeiden seikkojen jäädessä huomiotta.
5 Perusteet johtaisivat helposti virheellisiin yleistyksiin, eikä niiden vaikutussuuntaa niiden esiintyessä erilaisina yhdistelminä voisi aina ennakoida.
6 Useimmat esitetyistä perusteista soveltuivat vain muutamaan rikostyyppiin ja tältäkin osin lähinnä vain tahallisiin tekomuotoihin (ks. *Hagströmer* 1879 s.10-41).

Forsman toisti omassa lausunnossaan suurimman osan Hagströmerin huomautuksista ja lisäsi, ettei lakiin tulisi sisällyttää abstrakteja käsitemäärittelyjä, vaan ainoastaan suoraan ihmisten käyttäytymistä ohjaavia käskyjä ja kieltoja (Lausunnot s.133 ss). *Hovioikeuksien* kantana oli, että tämankaltaiset luettelot ovat yleisesti epätäydellisiä ja estävät riittävän individualisoivan käsittelyn (Lausunnot s. 27). Vuoden 1884 esityksessä perusteiden poisjättämistä perusteltiin lyhyesti toteamalla aiheen kuuluvan tieteisopin alaan (*Nousiainen* 1961 s.84).

Näistä argumenteista voi tiivistää kaksi pääväittämää: (a) *kysymyksen tyhjentävä sääntely on mahdotonta*; ei ole mahdollista luetella kaikkia vaikuttavia perusteita eikä määrittää sitovasti kunkin perusteen painoarvoa, (b) kun sääntely jää siis asiallisesti puutteelliseksi, seuraisi tästä *käytännön vinoutuminen*; vain laissa mainitut seikat otettaisiin huomioon muiden jäädessä vaille merkitystä. Kritiikissä tiivistyvät dikotomisen norminäkemyksen peruspiirteet: oikeudellisen sääntelyn luonteeseen katsotaan kuuluvaksi, että normit vievät ratkaisijan suoraan lopputulokseen. Normit ovat asiaan yksiselitteisen ratkaisun tuovia sääntöjä. Tästä myös seuraa, että mikäli mittaamisperusteita tahdotaan sisällyttää lakiin, on ratkaisu myös tässä kaikki tai ei mitään.

Viitteenä oikeusajattelun muutoksesta voisi ehkä pitää sitä, ettei RL 6 luvun valmistelussa juuri törmätty yllä mainittuihin argumentteihin. Sääntelyä pidettiin sekä tarpeellisena että mahdollisena.[5] *Lakivaliokunta* piti esitystä tarpeellisena mm. rangaistuskäytännön yhtenäisyyden varmistamiseksi, siitä huolimatta, että säännöstöä voitiin pitää "tietyllä tavalla ylimalkaisena". Tuo ylimalkaisuus lisäsi valiokunnan mielestä lähinnä lain esitöiden tiedottamisen tärkeyttä (LavM 1/1976 s.1-2). Asiasta lausuneet rikosoikeusoppineet suhtautuivat suotuisasti esityksen perussisältöön, joskin ajatukseen perustelujen sisältöä täsmentävästä vaikutuksesta suhtauduttiin paikoin epäillen (ks. *Koskinen* 1976a s. 47-48 sekä *Lahti* 1977a s.54 ja 64).

Koska kysymyksen sääntelyssä ei ole mahdollista noudattaa positivistisen oikeuskäsityksen sääntömallia, ovat perusteet aina vain "syitä, jotka voidaan

---

[5] Hallitus perusteli esitystään mm. seuraavin syin:

(a) mittaamisessa noudatettavien yleisten sääntöjen täsmentäminen säätämällä niistä lailla *lisäisi syyteyn oikeusturvaa*,

(b) tällä tavalla voidaan toisaalta myös varmistaa, että tuomittava *rangaistus on riittävän ankara ja oikeudenmukainen suhteessa tekoon*,

(c) ohjeet ovat omiaan *yhdenmukaistamaan käytäntöä ja parantamaan mittaamisen ennustettavuutta*, sekä

(d) näin *yhtenäistettäisiin* myös kriminaalipoliittisen murrosvaiheen seurauksena hajaantuneita *käsityksiä mittaamisessa huomioon otettavista seikoista* (HE 125/1975 II vp.s.1-2).

tilanteen mukaan ottaa huomioon".[6] Toisaalta *periaatteille ominaisten sääntelymahdollisuuksien tiedostaminen* mahdollistaa myös mittaamiskysymyksen sääntelyn tavalla, joka ylittää esim. Saksan liittotasavallan rikoslain määräysten edustaman tason. Mittaamista ja lajivalintaa on mahdollisuus ohjata myös lainsäädäntötasolla käyttämällä eritasoisia *presumptioita* ja ilmaisuja, joilla tuodaan esille *eri perusteiden keskinäisiä painoarvosuhteita.* On esimerkiksi mahdollista asettaa lähtökohdaksi, että tietyissä tilanteissa vain *erityiset* ja toisissa taas vasta *poikkeuksellisen painavat* syyt oikeuttavat esim. ehdottoman vankeusrangaistuksen käyttöön. On edelleen mahdollista jyvittää mittaamisratkaisu *merkitykseltään eritasoisiin* osaratkaisuihin, jolloin lainkäyttäjälle käy ilmeiseksi, että perusteet, jotka on asetettu ratkaisuperusteiksi *tärkeämmässä kysymyksessä,* saattavat olla *erityisen merkityksellisiä* vähemmän tärkeätä ratkaisua tehtäessä, kun taas *hienosäätöön* varatut perusteet voivat vaikuttaa *karkeita ratkaisuja* tehtäessä korkeintaan *rajatapauksissa.*

Operoiminen periaatenormein saattaa siis vahventaa mittaamisen normatiivista perustaa myös lainsäädäntötasolla. Siihen, olisiko rikoslain 6 lukuun tullut ottaa jonkinlaiset (StGB 46 §:n mallin mukaiset) yleislausumat mittaamisen tavoitteista voi suhtautua epäillen.[7] Itävallan rikoslaki — joka ilmeisestikin oli kotimaisen säännöksen osittainen esikuva — ei tällaista sisältänyt. Lausuma jäisikin pakosta ylimalkaiseksi ilman mahdollisuuksia eri periaatteiden keskinäiseen priorisointiin. Niiden painoarvo ratkeaa in casu. Sen sijaan, että tyytyisi kilpailevien päämäärien ilmoitusluontoiseen kirjaamiseen, lainsäätäjän tulisi pyrkiä *konkretisoimaan näiden periaatteiden vaatimukset yksittäisiksi mittaamisperusteiksi.* Työn pohjalla tulee tietysti olla eri periaatteiden reaalista perusteltavuutta valottavaa empiiristä tietoa (onko riittävää näyttöä siitä, että rangaistus todella vaikuttaa otaksutuin tavoin). Olisi siis sisällytettävä ("kanavoitava") hyväksyttävät kriminaalipoliittiset arvot ja tavoitteet yksittäisiin

[6] Tämä kritiikki oli erityisen voimakasta Saksan liittotasavallassa, jonka reformia moitittiin muun ohessa "omaa luokkaansa olevaksi lainsäädännölliseksi erehdykseksi" ("eine gesetzgeberische Fehlleistung von besonderem Rang", *Stratenwerth* 1972 s.13). Tuon kritiikin mukaan reformi jätti jokseenkin kaikki kysymykset edelleen avoimiksi, kykenemättä edes sanomaan, vaikuttivatko perusteet lieventävästi vaiko koventavasti (mts.5). Todettakoon, että StGB 46 § on sisällöltään ja rakenteeltaan kotimaisia vastineitaan todellakin selvästi avoimempi ja epämääräisempi. Lähinnä se edustaa "mitäänsanomatonta topoi-luetteloa" Alexyn tarkoittamassa merkityksessä. Siinä luetellaan kaikki erisuuntaiset yleisperiaatteet ja tämän ohella yksittäisemmät (edelleen varsin yleisellä tasolla pysyttelevät) mittaamisperusteet mainitsematta niiden vaikutussuuntaa.

[7] Tästäkin mahdollisuudesta eduskuntaa muistutettiin mm. asiantuntijalausunnoissa *Koskinen* 1976a s.85.

mittaamisperusteisiin. Mitäänsanomattomat ohjelmajulistukset jättävät asian liiaksi yksittäisen ratkaisijan kriminaalipoliittisen ja kriminologisen tietämyksen ja uskomusten varaan.[8]

2.4. *Ohjerangaistukset*

Oikeustosiseikaston tulkintaa ohjataan perinteisin mittaamisperustein. *Oikeusseuraamuksen* puolella samaa tavoitellaan *ohjerangaistuksin*. Tätä tekniikkaa edustivat varhaisemmat absoluuttiset rangaistukset. Tällaisten vahvasti velvoittavien normirangaistusten ohella oikeusseuraamuksen valintaa voidaan ohjata heikosti velvoittavin ohjerangaistuksin. Niistä saa ts. poiketa, mutta poikkeaminen on perusteltava.

Ennakolta vahvistettuja ohjerangaistuksia on meillä käytetty toistaiseksi vain rangaistusmääräysmenettelyssä[9]. Rikosoikeuskomitea piti kuitenkin menetelmän laajentamista perusteltuna, ja katsoi sen soveltuvan myös yleisesti esiintyviin sakolla rangaistaviin rikoksiin. Ohjeet annettaisiin joko asetuksella tai valtioneuvoston päätöksellä, ja niistä poikkeaminen olisi mahdollista vain määrättyjen lieventämis- ja koventamisperusteiden nojalla. Käytännön liiallisen kaavoittumisen estämiseksi ne voitaisiin säätää myös määräaikaisiksi, jolloin niitä voitaisiin kokemusten karttuessa myös aika ajoin tarkistaa (Rikosoikeuskomitea 1976 s.128).

Ohjerangaistuksia voidaan puoltaa ennen kaikkea *pyrkimyksin käytännön yhtenäistämiseen*. Toiseksi niillä voidaan *säännellä tehokkaasti myös sanktiotasoa*. Ehdotukseen liittyy kuitenkin myös ilmeisiä vaaroja. Komiteankin pohtimat vasta-argumentit voidaan tiivistää seuraavasti.

[8] Voisikin kysyä, täyttääkö eri yhteyksissä käytetty "yleisen edun" ja "yleisen lainkuuliaisuuden ylläpitämisen" vaatimus nyt tarkoitettua tarkkuusehtoa. Ruotsin vapausrangaistuskomitea toteaa asiasta yhtäpitävästi tekstissä esitetyn kanssa: "Enligt vår uppfattning bör man därför inte i lagstiftningen helt allmänt hänvisa till allmänpreventionen utan i stället försöka ange under vilka omständigheter denna enligt lagstiftaren gör sig särskilt gällande" (SOU 1986:14 s.74, ks. myös s.75—76). Tämä lienee myös *Stratenwerthin* kritiikin lähtökohta hänen moittiessa rangaistuksen tarkoitusta koskevien julistusten epämääräisyyttä (ks. edellä av. 6). Siihen annetut vastaukset, joiden mukaan tilanne ratkeaa in casu eikä tarkempi sääntely siis ollut mahdollista, jättävät kriitikon edelleen tyytymättömäksi (*Lackner* 1973 s.120 ss ja 129 sekä *Dreher* 1977 s.40).

[9] Ohjeiston pohjana oli oikeusministeriön lainsäädäntöosaston julkaisema ehdotus yleisohjeiksi rangaistusmääräysmenettelyä varten (julkaisu 16/1977). Myös rikesakkojärjestelmän voi sanoa edustavan laajasti ottaen ohjerangaistusjärjestelmää. Eräänlaista järjestelmän "puolivirallista" sovellutusta edustivat Helsingin seudun liikennetuomarien kokouksessaan hyväksymät ja sittemmin oikeusministeriön toimesta julkaistut rattijuopumusrikosten normaalirangaistussuositukset (ks. *Svinhufvud* 1977).

1 *Yleisestävän pelotusvaikutuksen* kannalta saattaisi olla eduksi, ettei sanktion laatu ja määrä ole ennakolta liian tarkassa tiedossa. Järjestelmä saattaisi heikentää myös sitä osaa preventiotehosta, joka liitetään rangaistusmaksimeihin.
2 Rangaistukset koettaisiin ehkä vain rikoksen tekemisestä suoritettavaksi neutraaliksi maksuksi. Käsitys voisi pidemmän päälle heikentää rangaistuksen *moraalia luovaan vaikutukseen* liittyvää preventiotehoa.
3 Kiinteät ohjerangaistukset saattavat luoda yliyksinkertaistukseen perustuvan odotuksen tulevasta rangaistuksesta, jolloin tarpeelliseksi katsottavat *poikkeamat koettaisiin helposti mielivaltaisiksi ja epäoikeudenmukaisiksi.*
4 Ohjerangaistuksissa ei ilmeisestikään voitaisi ottaa huomioon *alueellisia eroja* ja niiden vaatimaa poikkeamista keskimääräisestä rangaistustasosta.
5 Niiden käytöstä sattaisi seurata, että *erilaisista tapauksista tuomittaisiin samanlaiset rangaistukset*, mitä ei ankarasti rangaistavien rikosten osalta voitaisi komitean mielesta pitää hyväksyttävänä (ks. kohtien 1-5 osalta Rikosoikeuskomitea 1976 s.127-128).
6 Ohjerangaistuksia olisi *helppo muuttaa* ja *niistä päätetään etäisyyden päässä konkreettisista tapauksista* Tämä on omiaan johtamaan yksittäistapauksellista harkintaa punitiivisempaan lopputulokseen sekä hetkellisiin, poliittisen painostuksen alaisena tehtyihin linjanmuutoksiin.

Perusteiden paino vaihtelee selvästi rikoksen yleisen törkeyden mukaan. Kohdat 1 - 2 eivät ole lievien massarikosten ohjerangaistusten esteenä. Niiden sanktiotaso on jo muutoinkin yleisesti tiedossa eikä maksimeilla ole niin muodoin myöskään erillistä yleisestävää tehoa (toisaalta tässä tilanteessa ei myöskään ohjerangaistuksiin ole yhtenäistämiseen perustuvaa tarvetta). Rikoslaille ominaista moraalista paheksuntaa tulisi sitä paitsi suunnata moiteresurssien rajallisuus huomioon ottaen vain vakavampiin tekoihin. Tässä mielessä olisi vain eduksi, jos lievemmät rikkeet sanktioitaisiin keinoin, joilta puuttuu moraalinen väritys (esim. "Ordnungswidrigkeit" tyyppisin järjestelyin, ks. vaihtoehdoista *Koskinen* 1985 passim).

Rikoksen törkeyden lisääntyessä kasvavat myös mahdollisuudet moitittavuuden eriasteisuuteen. Moni-ilmeisyys heijastuu tietysti sanktioiden variointina, jolloin myös yleisön kuva sanktiotasosta on epämääräisempi. Tämä lisää perusteen 1 painoa. Sama pätee luonnollisesti kohtaan 5. Mitä törkeämpi rikos, sitä vaikeampi on löytää asiallisiin perusteisiin pohjaava, mutta riittävän harvat luokat kattava tyypitys. Ohjerangaistusten käyttö estyisikin komitean mukaan törkeiden rikosten ryhmässä niiden moni-ilmeisyyden ja myös harvinaisuuden vuoksi (Rikosoikeuskomitea 1976 s. 128). Alueellisten erojen huo-

mioon ottaminen tuntuu muihin näkökohtiin nähden toissijaiselta. Todella perustellut paikkakuntakohtaiset vaihtelut ovat erittäin harvinaisia.[10] Sen sijaan on syytä painottaa ohjerangaistuksiin liittyvää riskiä saattaa rangaistuskäytäntö alttiiksi hetkellisille tunneperäis-populistisille virtauksille, sekä vaaraa, että konkreettisista tilanteista etäällä oleva ohjerangaistusten antaja vahvistaa sanktiot tarpeettoman koviksi. Näiden riskien suuruus määräytyy tietysti sen mukaan, kuka ohjerangaistuksista päättäisi ja missä järjestyksessä.

Ohjerangaistusten tarpeellisuus on arvioitavissa vain ottamalla samalla huomioon muut käytössä olevat ohjauskeinot ja niiden kehittämismahdollisuudet. On otaksuttavaa, että *lainsäätäjä* ohjaa tulevaisuudessa käytäntöä nykyistä tiukemmin supistamalla asteikkoja ja soveltamalla yhtenäistä rikosten törkeysporrastusta. Myös *tuomioistuinkäytäntö* on kaikesta päättäen tuottamassa lisääntyvässä määrin perusteltuja mittaamisratkaisuja. *Oikeuden informaatiojärjestelmien kasvu* on edelleen lisäämässä sitä materiaalia, joka tuomioistuimilla on asettaa päätöstensä pohjaksi. Osana tätä sääntelykoneistoa on tietysti myös oikeutta koskeva *tutkimus* eri muodoissaan. Näillä toimilla saavutettaneen paljon ohjerangaistuksilla tavoiteltua (ainakin mitä yhtenäisyyteen tulee) ilman niihin toisaalta sisältyviä riskejä. Käytännön ohjaaminen yhtenäisesti toteutettaviin linjanmuutoksiin voi sen sijaan edellyttää perinteisten ohjausmekanismien täydentämistä tuomioistuinlaitoksen, oikeushallinnon ja tutkimuksen yhteistyöhön perustuvan "rangaistuskäytännön neuvottelukunnan" avulla.

3. Tuomitsemistaso — rikoslain 6 luku ja normaalirangaistusajattelu

3.1. Normaalirangaistuksen mittaaminen

Rikoslain 6 luvun esitöissä annetaan suosituksia siitä, kuinka mittaamisen tulisi myös teknisesti tapahtua. Hallituksen esityksen yleisperusteluissa kirjoitetaan (HE 125/1975 II vp. s. 1):

> Tuomioistuinkäytännössä muodostuu tavallisimpia rikoksia varten normaalirangaistusvyöhyke, jonka rajat ovat melko suppeat. Suurin osa kyseisen rikoslajin rikoksista rangaistaan tälle vyöhykkeelle sijoittuvin rangaistuksin. Käytännössä voidaan puhua usein ja samantapaisina esiintyvien tekojen normirangaistuksista. Normirangaistukset edistävät kansalaisten yhdenvertaisuutta ja oikeuskäytännön ennustettavuutta. Yhden-

[10] Mittaamisperiaatteita riittävän korkella abstraktion tasolla kohdeltaessa ne ovat myös tarpeettomia, kysehän on lähinnä siitä, että määrätyn rikoksen katsotaan tietyllä paikkakunnalla olevan seurauksiltaan keskimääräistä vakavamman (vrt. porovarkaudet Lapissa, ks. myös SOU 1986:14 s.441).

vertaisuuden olennaisia piirteitä on, että samanlaisista teoista tuomitaan yhtä ankarat rangaistukset.

Epäoikeudenmukaisena pidetään normirangaistuksista poikkeamista, jos siihen ei ole nimenomaisia perusteita. Tuomioistuimen ei pitäisikään poiketa normirangaistuksesta taikka käyttää normaalirangaistusvyöhykettä lievempää tai ankarampaa rangaistusta ilman selvästi osoitettavia perusteita.

Normaalirangaistuksiin pohjaava mittaaminen sai myös eduskunnan lakivaliokunnan hyväksymisen.[11] Lainvalmisteluasiakirjoista löytyvien mainintojen tukemina mittaamissäännöstön valmistelussa avainasemassa olleet kirjoittajat ovat täsmentäneet rangaistuksen määräämisen kaksivaiheiseksi toimitukseksi siten, että ensiksi *määritetään vertailukohteet.* Näitä ovat (a) rikostyypin tavallisimmat tapaukset eli tyyppitapaukset ja (b) näihin liittyvät rangaistukset eli normaalirangaistusvyöhyke. Toisessa vaiheessa *verrataan konkreettista tapausta tyyppitapaukseen.* Tässä selvitetään myös, onko käsillä rikoskohtaisia (= rikoksen tunnusmerkistöstä ilmeneviä erityisiä) tai 6 luvun 2 ja 3 §:ssä tarkoitettuja perusteita. Tämän mukaan mitataan rangaistus joko normaalirangaistusvyöhykkeelle sijoittuvia rangaistuksia ankarammaksi tai lievemmäksi.[12]

---

[11] Mietinnössään valiokunta kiinnitti huomionsa myös ajatusten käytännölliseen toteuttamiseen, asettaen samalla osatavoitteita mittaamista koskevalle tutkimukselle (LavM 1/1976 s.2): "Yhtenäiseen rangaistuskäytäntöön pääsemiseksi edellytetään myös tietoa normirangaistuksista ja normaalirangaistusvyöhykkeistä. Harvinaisten rikosten samoin kuin uusien rikostyyppien kohdalla ei tälläista tietoa yleensä ole. Mutta yleistenkin rikosten kohdalla saattaa maan eri osissa noudatettu rangaistuskäytäntö vaihdella, mikä ainakin osittain johtuu normaalirangaistusta ja normaalirangaistusvyöhykettä koskevan tiedon puutteesta. Tämän epäkohdan poistamiseksi olisi oikeushallinnon tietojärjestelmiä kehitettävä siten, että niiden avulla on mahdollista selvittää yleisesti käytetyt rangaistukset ja rangaistusvyöhykkeet sekä saattaa näin muodostettu tietoaineisto tuomioistuinten käytettäväksi. Uusien rikostyyppien kohdalla tulisi esimerkiksi lakiehdotuksen perusteluissa todeta, mihin normirangaistuksen tai normaalirangaistusvyöhykkeen on ajateltu rangaistusasteikossa sijoittuvan."

[12] *Ks. Grönqvist-Lindholm* 1977 s. 7. Myös *Heinonen* pitää rangaistuksen määräämisen ja rikoksen törkeysasteen määrittelyn lähtökohtana vertailua saman tunnusmerkistön täyttävän teon normaalirikokseen. Jos arvosteltavana oleva teko vastaa normaalirangaistusvyöhykkeelle sijoittuvia tekoja, on siitä tuomittava normaalirangaistusta vastaava rangaistus. Tätä kautta rikoksen törkeysasteen määrittelemiseen liittyy aina soveltuvan tunnusmerkistön normaalitapauksen selvittäminen (*Heinonen* 1977 s. 18). *Anttila-Heinonen* sen sijaan kirjoittavat, kuinka "normaalirangaistusajattelun edellyttämä vertailu suoritetaankin aina rikoksen törkeysasteen määrittelemisen jälkeen" (*Anttila-Heinonen* 1977 s.216). Törkeysasteen "absoluuttinen" ja itsenäinen määritteleminen on kuitenkin käsitteellinen mahdottomuus; rikos on aina törkeä tai lievä suhteessa joihinkin toisiin — saman tai toisen tunnusmerkistön alaisiin — tekoihin (ks. myöhemmin jakso II.F.4.).

3.2. Mallin heuristinen tarkastelu

3.2.1. Tapausvertailun edut

Rikoksen ja rangaistuksen välisen suhteen vahvistaminen edellyttää yhteismitattomien suureiden vertaamista. Verrattavina ovat yhtäältä rangaistuksella tuotettu kärsimys ja toisaalta rikoksen moitittavuus (ja/tai rangaistuksen käytöstä odotettavat hyötyvaikutukset). Laadullisen yhteismitattomuuden vuoksi vaaditaan vaikeita normatiivisia arvostusratkaisuja. Kahden rikoksen keskinäinen vertailu on sen sijaan jo selvästi *helpompaa*. Esimerkiksi rattijuopumusrikoksia voi verrata toisiinsa käyttäen kriteereinä verenalkoholin määrää, ajoneuvon laatua, ajo-olosuhteita ja -matkaa, aiheutettua vaaraa jne. Tällöinkin on tietysti kyseessä arvostusratkaisu, mutta sen tekemistä helpottaa se, että kyse on edes *jossain määrin* samanlaatuisista ja samalle mitalle asettuvista suureista. Kysyttäessä käytännön tuomarilta, miksi hän antoi 1.70 o/oo:n humalassa tehdystä ensikertalaisen törkeästä rattijuopumuksesta ja liikenteen vaarantamisesta 2 kuukauden ehdollisen vankeusrangaistuksen tehostettuna 30 päiväsakolla on vastaus mitä todennäköisemmin: "Koska näin on täällä aikaisemminkin menetelty." Hyvin epätodennäköistä on saada kuultavakseen laajoja perusteluja, kuinka juuri *tämä tekijä*, joka syyllistyy *juuri tämänasteista* vaaraa toisten turvallisuudelle osoittavaan tekoon, jossa ajettu matka oli *nimenomaan 5 km* verraten vilkkaalla tiellä ilman tarpeellista tai hyväksyttävää tavoitetta, ja ottaen huomioon, että henkilö oli rattijuopumusrikollisena ensikertalainen, eikä hänen aikaisemmin neljä vuotta sitten tekemänsä varkausrikos osoita tarvetta käyttää ehdotonta vankeusrangaistusta, ansaitsisi *täsmälleen* tuomitunsuuruisen rangaistuksen.

Rikosten vertaaminen ei tietenkään anna vastausta *rangaistustason* justifiointia koskevaan kysymykseen. Vaikkei normaalirangaistusideologia tältä arvostusratkaisulta sinänsä säästäkään, helpottaa se ratkaisijan toimintaa siinä, ettei kyseistä arviota tarvitse tehdä jokaisessa konkreettisessa tilanteessa aina uudelleen. Riittää kun se tietyn tyyppisen tapauksen kohdalla kerran tehdään. Kun tämän jälkeen tuomittavaksi tulee riittävän samanlainen tapaus, vahvistetaan vain jo aikaisemmin suoritettu arvostusratkaisu myös tässä tapauksessa noudatettavaksi.[13]

3.2.2. Typologiat todellisuuden hahmottajina

Edellä sanottu selvitti, miksi normaalirangaistuksen mittaaminen on heuristi-

[13] Toimintaa havainnollistaa seuraava asetelma.

sesti edullinen päätöksentekotapa. Ratkaisu on *helpompi* edettäessä rikosten välisen vertailun pohjalta. Se, että tämän vertailun tulee vuorostaan tapahtua nimenomaan typologioiden pohjalta, perustuu taas siihen, että rikosten ilmenemismuodot näyttäytyvät tarkastelijalleen klassisen ratkaisuteorian olettaman yhtenäisen jatkumon sijasta suhteellisen homogeenisina tyyppeinä. Kun *tapausvertailun perusteeksi* on esitettävissä helpotukset ratkaisutoiminnan teknisessä puolessa, perustuu *typologioiden välttämättömyys* niihin tietoteoreettisiin ja hahmopsykologisiin lainalaisuuksiin, jotka osoittavat todellisuuden hahmottamisen merkitsevän aina enemmän tai vähemmän voimakasta yksinkertaistamista. Pyrimme löytämään tapauksille ja ilmiöille yhteisiä piirteitä. Muodostamme niistä ryhmiä, jotta kykenisimme sijoittamaan uudet havainnot muutoin liian mutkikkaaksi muodostuvaan maailmankuvaan. Yhteiset piirteet korostuvat ja muut, vähemmän merkitykselliset tapauksia erottavat piirteet syrjäytyvät (ks. *Makkonen* 1981 s. 31 ss).

Myös rangaistusasteikon (tai paremminkin rangaistusten edustaman kärsimyksen asteiden) jäsentäminen edellyttää vastaavien rangaistusalueiden mieltämistä. Tämä ilmenee *rangaistuspisteiden* käyttöönotossa. Asteikkoa ei oikeuskäytännössä hahmoteta loputtomia variantteja sisältäväksi jatkumoksi, vaan asteikolta valitaan muutamia verraten harvoja pisteitä. Näille pisteille on myös ominaista, että mitä korkeammalle asteikolla edetään, sitä pidemmäksi pisteiden väli käy. Tämä on seurausta ärsykkeen lisäyksen ja alkuperäisen ärsykkeen välistä suhdetta koskevasta säännöstä, eli ns. *Weber-Fechnerin* laista.[14] Sen mukaan pienimmän havaittavan ärsykkeen lisäys on suhteessa alkuperäisen ärsykkeen voimakkuuteen. Tuomioistuin voi pitää täysin mielekkäänä esim. 15 vrk:n korotusta niin kauan kuin rangaistukset liikkuvat 1-6 kk:n vaiheilla. Useamman vuoden rangaistuksiin ei tällaisia "korjauksia" enää tehdä, vaan siirtymä rangaistuksesta seuraavaan "vaihtoehtoon" edellyttää, ellei vuosien,

---

Normi (tyyppitapaus A): Jos A, B, C niin S1

	TYYPPITAPAUS A		RIKOS R1
Ominaisuudet	A B C	<——— vertailu ———<	A B C D E
	vertailu		
Seuraamus	S1	——————————————————>	S1

Rikoksen R1 ratkaisu perustuu vertailuun tyyppitapaus A:n kanssa. Olennaiset ominaisuudet (A, B, C) ovat kussakin samat, ja tuomiona käytetään tätä yhdistelmää vastaavaa rangaistusta.

[14] Selostuksia tämän mekanismin toiminnasta löytyy psykologian yleisesityksistä (esim. *Sandström* 1967).

niin ainakin useamman kuukauden muutosta. Tämän voi todeta tarkastelemalla mitä hyvänsä rangaistustilastoa.

Weber-Fechnerin lain vaikutus kytketään yleensä vain *rangaistusten* arviointiin. Yhtä lailla se soveltuu kuitenkin myös *rikostypologioiden* muotoutumiseen. Mitä törkeämmästä rikoksesta on kysymys, sitä suurempia muutoksia moitittavuusasteissa täytyy tapahtua, ennen kuin siirrämme rikoksen "seuraavaan" kategoriaan. Rangaistaessa henkilöä lievästä pahoinpitelystä saattaa teräaseen luvaton hallussapito julkisella paikalla vaikuttaa rangaistukseen suurestikin. Taposta tuomittavan rangaistukseen ei seikalla käytännössä ole minkäänlaista vaikutusta.

Tuomioistuimet eivät siis ota tosiasiallisessa ratkaisutoiminnassa lähtökohdakseen konkreettista rikosta, ja sen kaikinpuolista arviointia suhteessa rikoksen mahdollisiin ilmenemismuotoihin, sen enempää, kuin he rangaistusta etsiessään pitäisivät asteikkoa yhtenäisenä jatkumona. Rikokset ja rangaistukset ovat tuomareiden mielissä (tiedostamattomasti) jakaantuneet muutamaan peruskategoriaan ja ongelmana on tuomittavana olevaa tapausta vastaavan peruskategorian ja tätä rikoskategoriaa vastaavan rangaistuskategorian löytäminen.[15]

3.3. Justifikatorinen näkökulma — typologioiden muodostaminen

3.3.1. Heuristiikasta justifikaatioon

Tyyppirikoksiin ja -rangaistuksiin pohjaava rangaistuksen määräämistapa perustuu tiettyihin sosiaalisiin välttämättömyyksiin, ja leimannee ratkaisutoimintaa siitä riippumatta, millaiseen mittaamisheuristiikkaan normatiiviselta kannalta päädytään.[16] Realistinen mittaamisteoria ottanee tämän tosiasian huomi-

---

[15] Yhdistettynä oikeudellista ratkaisutoimintaa sävyttävään seuraamusharkintaan nämä hahmopsykologiset lainalaisuudet johtavat siihen paradoksiin, ettei tuomari pyri niinkään löytämään po. rikosta vastaavaa oikeata rangaistusmäärää kuin käyttämäänsä rangaistusta vastaavan rikoksen. Ratkaisijalla on ts. mielessään joukko rangaistuskategorioita, joihin he sijoittavat tuomittaviksi tulevat tapaukset. Kuten *Hogarth* tiivistää perinpohjaisen analyysinsä tulokset, välttämättä toimintansa laatua edes itse tiedostamatta tuomarit ". . . rearranage the facts to fit the types of sentences they use habitually. It may be said that rather than "seeking a punishment to fit the crime", magistrates through selective interpretation, "seek an offender to fit the punishment". (*Hogarth* 1971 s. 299).

[16] Saksalaisen kielialueen mittaamisoppi tahtookin tavallaan tehdä eron "aidon" ja teoreettisesti oikean, sekä käytännössä tapahtuvan mittaamisen välillä: "Die Rechtsprechung hat dafür ihre eigenen Wege gefunden, die — unabhängig daran, ob man sie billigt oder nicht — interessante metodische Einsichten vermitteln" (*Bruns* 1974 s.66). Tapausvertailul-

oon eikä esitä tuomioistuinten noudatettavaksi ratkaisumalleja, joiden seuraaminen on faktisesti mahdotonta. Toisaalta on yhtä lailla selvää, ettei heuristisen teorian konstruointi voi sivuuttaa vaatimusta perustaa ratkaisut relevantteihin oikeuslähteisiin siten kuin jaksossa C edellä on esitetty. Normaalirangaistusajattelua voi suosittaa heuristiikaksi vain, jos se paremmin kuin muut ratkaisutavat johtaa rationaalisesti hyväksyttäviin mittaamistuloksiin.

> Normaalirangaistusajattelun mallin jo vuosisadan alussa esitellyt Hagströmer (ks. edellä jakso II.D.3.1.) oli myös huolissaan siitä, kuinka tällainen menettely vastaisi lainsäätäjän tahtoon perustuvaa yleistä laintulkintaa. Hän pyrkikin osoittamaan normaalirangaistukseen pohjaavan rangaistuksen mittaamisen johtavan asiallisesti samaan lopputulokseen. Siinähän ei itse asiassa riitä pelkkä tapauksen vertaaminen normaalirikokseen; lopulliseen ratkaisuun päästäkseen on tuomarin vielä verrattava tapausta sen mukaan, oliko kyseessä normaalirikosta törkeämpi tai lievempi teko, ja siis erikseen suhteessa myös normaalirikoksesta poikkeaviin tapauksiin (*Hagströmer* 1901-1905 s. 497). Kyse ei siten ole yhdestä vertailusta, vaan *pitkästä vertailujen sarjasta*, jonka kuluessa vähitellen siirrytään lähemmäs tuomittavana olevan rikoksen "omaa" paikkaa asteikolla. Jokaisen vaiheen jälkeen potentiaalisten rangaistusvaihtoehtojen määrä vähenee. Sovellettava rangaistusmäärä tulee etenevien vertailujen kautta haarukoiduksi, kunnes ollaan riittävän kapealla alueella, jossa ratkaisu tehdään jo mahdollisesti muiden perusteiden mukaan.

Typologioiden hyväksyminen mittaamisratkaisun heuristiseksi apuvälineeksi ei toisaalta avaa vielä näkökulmaa *niihin perusteisiin*, joiden nojalla sanotut *typologiat muodostetaan* ja joiden perusteella seuraamukset viime kädessä määrätään, sen enempää kuin *syihin*, jotka oikeuttavat tyyppirangaistuksista *poikkeamiseen*. Ajatus, jonka mukaan normaalirangaistusajattelu implikoisi yksinomaisesti deskriptiivisen tuomitsemismallin on erheellinen useammassa suhteessa. Se otaksuu virheellisesti, että käytäntö olisi kuvattavissa ilman normatiivisia käsitteitä. Toiseksi siihen sisältyy olettama, että saatu tulos olisi yksiselitteinen ja sitova sääntö, jota tuomari olisi velvollinen seuraamaan.

Siirtyminen näiden perusteiden tarkasteluun vie samalla tarkastelun heuristiikasta justifikaatioon. On monta tapaa kuvata esimerkiksi rattijuopumusrikoksen normaalirikos, mutta rangaistuksen määräämisen näkökulmasta vain

---

le perustuva mittaaminen tunnustetaan siis käytännössä välttämättömäksi, joskin teoreettisesti epätyydyttäväksi. Brunsin mukaan menettelyä tulisi käyttää vain, milloin rationaalinen harkinta (dedusointi lainsäätäjän tahdosta) ei tuo lopputulosta. Menettelyn virheellisyys on sen ominaisuudessa tukahduttaa "todellinen" ("eigentlichen") mittaamisharkinta (*Bruns* 1974 s.66). Toisaalta kirjoittaja taas toteaa, ettei sitä voi pitää lainvastaisenakaan, koska tuomari joka tapauksessa pysyy asteikon sisällä (mts.67).

tietyt tavat ovat relevantteja. Ehkä hyvinkin paikkansapitävä tieto, jonka mukaan tyypillinen suomalainen rattijuopumusrikos tehdään Fiat-merkkisellä vihreällä henkilöautolla, jota ohjaa 70-80 kiloa painava, ajoittain työtön, vaaleatukkainen, 175 cm:n pituinen, sinisilmäinen mieshenkilö; on rangaistuksen määräämisessä vailla merkitystä. Sen sijaan tieto siitä, että tavallisin törkeä rattijuopumus on uusijan tekemä rikos, jossa veren alkoholi on noin kaksi promillea ja joka sisältää samalla vähäisen liikennerikkomuksen, on virallisen tilaston keskirangaistustietoja tulkittaessa jo olennaisesti käyttökelpoisempi. Deskriptiivisen typologian sijasta on ts. luotava "normatiivinen typologia".

"Normatiivinen tyyppirikos" on mahdollista kuvata ainoastaan, jos saatavilla on ennakollista tietoa perusteista, joiden tulisi vaikuttaa rangaistuksen määräämiseen. Myös itse *vertailu* normaalirikoksen ja tuomittavana olevan rikoksen välillä tapahtuu normatiivisin käsittein. Tarkasteltavanahan on, kuinka paljon törkeämpi tai lievempi tuomittavana oleva rikos on normaalirikokseen verrattuna. Tämä vertailu pohjautuu nimenomaan rangaistuksen mittaamisperusteiden tulkintaan.

Typologiat, joihin rikokset järjestetään, on perusteltava normatiivisesti. Tässä on kuvauksen ja justifikaation välinen yhteys. On esitettävä syyt sille, minkä vuoksi esimerkiksi tekotapa tai aiheutettu vahinko ovat relevantteja piirteitä arvioitaessa rikosten samanlaisuutta/erilaisuutta.

3.3.2. Tyyppirangaistukset[17] *mittaamisnormeina*

Normaalirangaistusajattelun mukainen mittaamismalli on saanut arvostelua osakseen etenkin käytännön tuomareiden taholta.[18] Kritiikki tulee ymmärrettäväksi otettaessa huomioon ne oikeudellisen ajattelun lähtökohdat, joihin sen

[17] "Tyypin" käsitteeseen itseensä ei tässä tarvinne sen tarkemmin puuttua. Sille on annettu lukuisia eri merkityssisältöjä (ideaalityyppi, tyyppimuoto objektin tavallisimpana muotona (moodi), yhdistelmä joka kokoaa objektia parhaiten karakterisoivat ja muista erottavat piirteet (tyypillinen suomalainen) jne. ks. *Engisch* 1953 s.239 ss ja erit s.264—266 sekä *Hassemer* 1968a s.111 ss viitteineen). Sen merkitys määräytyy siten käyttöyhteyden mukaan. Seuraavassa lähtökohtana on tarve jäsentää rikokset mittaamisen kannalta relevantilla tavalla alaluokkiin. Rikokset erotetaan tyyppimuotoihin, ja tämä erottelu itsessään tapahtuu usein myös tyyppikäsittein. Jälkimmäisille on taas ominaista, että käsitteen kuvaamat ominaisuudet jakaantuvat vielä käsitteen sisälläkin. Tyyppikäsitteen sijasta voisi usein käyttää myös termiä "järjestyskäsite" (näin myös *Hassemer* 1968 s.284).

[18] Ks. esim. oikeusneuvosmies *Tuomisen* puheenvuoroa, jossa useampaan otteeseen tuodaan esiin näkemys, ettei uutta RL 6 lukua "ole otettava kirjaimellisesti" (*Tuominen* 1981 s.465—466).

esittäjät — tietoisesti tai tiedostamatta — ovat sitoutuneet. Pelataan ehdottomin joko-tai vaihtoehdoin: sitovuutta on kahdenlaista (sitoo/ei sido) ja oikeusnormit ovat sääntöjä (seurataan/ei seurata). Näistä lähtökohdista ajatus ehdottomasti sitovista normirangaistuksista on tietysti absurdi. Jaksoissa II.B ja C on koetettu hahmottaa argumentaatioteorian edustamaa vaihtoehtoista käsitystä normeista, lähteistä ja niiden käytöstä. Sen lähtökohdista myös normaalirangaistusteoriasta muotoutuu varsin käyttökelpoinen tapa mittaamisen ohjaamiseksi ja ratkaisun normatiivisen perustan vahvistamiseksi.

Normaalirangaistukset[19] voidaan pukea joko säännön tai periaatteen (optimointikäskyn) muotoon. Säännöt käyttäisivät dikotomisia käsitteitä, optimointikäskyt "järjestyskäsitteitä". Etenkin oikeustosiseikaston kuvaamisessa joudutaan käyttämään molempia vaihtoehtoja. Siellä voisi olla *sisällöltään täsmällisiä sääntöjä* (luokkakäsitteitä, esim. jako yli ja alle 18 vuotiaisiin, tekijöihin joilla on/ei ole rikosrekisteriä jne) tai *tulkinnanvaraisempia sääntöjä* (murtautuen/ei murtautuen, vakava/vähemmän vakava vamma jne). Kolmanneksi on mahdollista käyttää tyyppikäsitteitä ja identifioida esimerkiksi rattijuopumukset veren alkoholipitoisuusluokkien (1.5-1.89 o/oo) ja rikoksentekijät rikosrekisterimerkintöjen lukumäärien (1-3 merkintää, 4-6 merkintää jne) avulla.

Valittu tekniikka määräytyy kulloisenkin rikostyypin ja sen ominaisuuksien mukaan. Varmaa tunnistamissääntöä siitä, käykö ominaisuuksien kuvaaminen paremmin asteikollisin vai "laadullisin" käsittein ei ole.[20] Useimmissa tapauksissa kyse on eri tekniikoiden samanaikaisesta soveltamisesta, aivan samalla tavoin kuin juridisessa sääntelyssä yleisemminkin. Argumentaation kannalta avainkysymys kuitenkin on, *kuinka näin muodostettua normaalirangaistusvyöhykettä on normina tulkittava ja mikä on sen sitovuusaste.*[21]

[19] Huomattakoon ero termien "normirangaistus" ja "normaalirangaistus" välillä. RL 6 luvun esitöissä käytetään termejä vuorottain tekemättä eroa niiden sisällön välillä (ks. HE 125/1975 II vp. sekä myös *Heinonen* 1977 s.18 jossa asiasta huomautetaan). Ero on siinä, että *normaalirangaistus* on deskriptio, *normirangaistus* taas oikeuslähde. Tarkasteltavana on siten kysymys, mikä on normaalirangaistusten merkitys normirangaistuksina.

[20] Ks. *Zippelius* 1969 s. 230, "das problem einer Variabilität und Graduierbarkeit".

[21] Yhden pisteen ilmaiseva sääntö on ehkä — kuten säännöt usein — ohjauskeinona tehokkaampi. Kun tuon pisteen paikantamisessa käytännöstä on turvattu yleensä periaatteen tyyppisiin normeihin (esim. omaisuuden määrä, verenalkoholi ja uusimisen aste), on selvä, että etääntymisen tuosta pisteestä tulee jollakin tavalla heijastaa tuomittavana olevan tapauksen ominaisuuksien etääntymistä normaalirangaistuksen takana olevan tyyppitapauksen vastaavista ominaisuuksista. Milloin tulos ilmoitetaan vyöhykkeenä, tapahtuu harkinta tuon vyöhykkeen sisällä juuri samaa logiikkaa seuraten. Sama pätee tietysti vyöhykkeen rajojen tultua ylitetyksi ja niistä edelleen etäännyttäessä.

Mitä ensin mainittuun kysymykseen tulee, on tyyypirikoksen kuvauksella yksinkertaisesti luotu uusi, oikeustosiseikastoltaan aikaisempaa spesifimpi tunnusmerkistö. Sitä tulkitaan aivan samalla tavalla ja samoista lähtökohdista kuin alkuperäistä tunnusmerkistöä. Sama pätee normaalirangaistusvyöhykkeeseen (tyyppirangaistukseen). Rikos tulisi sijoittaa tyyppirikoksen alaan sen yksittäisten ominaisuuksien sanelemalle paikalle ja tätä paikkaa vastaava rangaistus olisi etsittävä normaalirangaistusvyöhykkeeltä. Ratkaisun lopputuloksen tulisi oikeusseuraamuksen puolella vastata mahdollisimman tarkasti tapauksen ominaisuuksien sijoittumista samojen ominaisuuksien kuvaamisessa käytettyjen tyyppikäsitteiden sisällä kuviteltavissa oleville asteikoille.[22] Normiteoreettiselta statukseltaan tyyppirangaistusvyöhyke edustaa siis *optimointikäskyä*, joka voidaan muotoilla esim. seuraavasti.

> Etsi tältä vyöhykkeeltä rangaistus, joka mahdollisimman tarkasti vastaa tuomittavana olevan rikoksen ominaisuuksien sijoittumista tyyppirikoksen kuvaamisessa käytettyjen tyyppi- ja luokkakäsitteiden alaan.

Asetelma on siis tavallaan sama kuin pohdittaessa rikoksen sijoittumista perusasteikon edellyttämälle rangaistusten jatkumolle. Asteikon paloittelulla ja rikoskuvaus typologisoimalla on epävarmuuden aluetta kuitenkin merkittävästi rajattu ja annettu samalla konkreettisia kiintopisteitä tulkinnan etenemiselle rangaistusta edelleen normaalirangaistusvyöhykkeen sisällä paikannettaessa.[23] Sitovuutta koskevaan kysymykseen palataan seuraavassa tarkemmin.

3.3.4. Normaalirangaistuksen sitovuus

Sitovuuden ongelmaa voidaan tarkastella kahdella tasolla. Voidaan ensinnä-

[22] Nämä asteikot on vuorostaan rakennettu sen mukaan kuin tuolla ominaisuudella on vaikutusta teon *rangaistusarvoon*. Siihen, mikä rangaistusarvoon vaikuttaa, ja miten siis yksittäiset perusteet arvotetaan, päädytään argumentaation kautta.

[23] Alkuperäisen asteikon paloittelu suppeiksi osa-asteikoiksi ei johda hyväksymään klassisen ratkaisuteorian ajatusta "oikean, lainsäätäjän tarkoittaman rangaistuksen löytämisestä". Menettelyyn ei myöskään vaikuta, että rangaistusvyöhykkeen identifioimisessa turvaudutaan usein dikotomioiden muotoon puettuihin luokkakäsitteisiin. Tehtyjen rajausten takaa löytyy yleensä vielä aste-eroja (periaatteita). Aineiston hahmottamisen kannalta voi esim. olla välttämätöntä jakaa rikoksentekijät ensikertalaisiin ja ei-ensikertalaisiin, mutta koska tuon *jaon takana on periaate*, jonka mukaan uusiminen korottaa rangaistusta, ja korottaa *sitä enemmän mitä raskaammasta uusimisesta on kyse*, on tuon periaatepohjaisen säännön tausta-argumenteilla vaikutusta ratkaisuun senkin jälkeen, kun sääntö on täyttänyt primääritehtävänsä, eli siirtänyt tapaukset yhteen monista mahdollisista arviointikategorioista. Tämä pätee tietysti vain, milloin tuo taustaominaisuus vaihtelee vielä käytetyn luokan sisällä. Esim. ensikertalaiset ovat luokkana jo suhteellisen "yksinkertainen" ja asteeton, sen sijaan uusijoita on eriasteisia.

kin pohtia mahdollisuuksia poiketa normaalirangaistusvyöhykkeestä sillä perusteella, *että rikoksen ominaisuuksien ei katsota vastaavan tuon vyöhykkeen taustalla olevien rikosten ominaisuuksia*. Toiseksi voidaan kysyä oikeutta poiketa tuosta vyöhykkeestä siksi, *ettei sen katsota itsessään edustavan oikeudenmukaista tai muutoin perusteltua rangaistuskäytäntöä*. Ensin mainittua näkökulmaa voi kutsua *sisäiseksi*: siinä etsitään vielä "oikeata" normaalirangaistusvyöhykettä tuon järjestelmän ehdot hyväksyen. Jälkimmäinen on *ulkoinen* siinä mielessä, että vyöhykkeestä itsestään saatetaan olla jo hyvinkin tietoisia, mutta sen *lähdearvo* asetetaan kyseenalaiseksi. Voidaan puhua myös sitovuuden ongelman suppeasta ja laajasta näkökulmasta.

a) *Sisäinen näkökulma sitovuuteen (suppea merkitys)*. — Tämä puoli ongelmasta ratkeaa helpommin. Jo hallituksen esityksen perusteluista ilmenee, että vyöhykkeet ovat sitovia vain heikossa merkityksessä. Niistä voi poiketa, kun poikkeamalle voidaan esittää perusteet. Tähän oikeuttavat syyt ovat mittaamisperusteita — siis samoja perusteita, joita käyttäen tuo vyöhyke jo tuli identifioiduksi. On selvä, että luokitus voi ottaa huomioon vain muutaman perusteen. Normaalitilanteissa tämä riittääkin. Sosiaalipsykologinen tutkimus on osoittanut, ettei inhimillinen päätöksentekokaan kykene ottamaan samanaikaisesti huomioon 5-6 tekijää enempää (ks. *Hogarth* 1971 s.302 *Wilkins* 1981 s.31). Toisaalta nämä perusteet voivat koostua yhdistelmistä, joita ei ole sisällytetty tyyppikuvauksiin. Tällöin poikkeama voi perustua juuri tällaiseen ulkopuolelle jätettyyn perusteeseen.

b) *Ulkoinen näkökulma (laaja merkitys)*. — Tämä näkökulma asettaa kyseenalaiseksi tyyppirangaistusvyöhykkeen sitovuuden sellaisenaan. Pohjaksi kelpaa tässäkin hallituksen esityksen perustelut, joissa normaalirangaistusajattelu perustettiin yhdenvertaisuuden ja ennustettavuuden periaatteille. Normaalirangaistukset olivat keino yhdenvertaisuuden ja ennustettavuuden saavuttamiseksi. Niiden arvo ja asema mittaamisargumentaatiossa käy yksiin sen arvon kanssa, mikä näillä periaatteilla yleensä on tarkasteltavana olevissa asioissa. Vaikka kysymykseen palataan laajemmin aineellisten tarkastelujen yhteydessä (luku III), on muutama huomautus tarpeen jo tässä vaiheessa.

Ennakoitavuus on keskeinen rikosoikeudellisista päätöksentekokriteereistä. Muodollisen oikeusturvan painoarvo on rikosoikeudessa tärkeämpi kuin esimerkiksi aloilla, joissa perusoikeuksien riistämisen sijasta on kyse etujen jakamisesta (vrt. sosiaalioikeus). Tästä huolimatta ennakoitavuus on vain oikeusturvan toinen puoli. Edellytetään myös sisällöllistä oikeudenmukaisuutta. Sisällöllisesti epämielekkään käytännön muuttamista ei voi vastustaa yhdenvertaisuuteen ja normaalirangaistusten sitovuuteen vedoten. Muutokset tulisi kui-

tenkin tehdä ennakoitavuutta mahdollisiman vähän loukaten. Tämä merkitsee useassa tapauksessa, että linjanmuutoksista päätetään myös yksittäisiä tuomioistuimia ylemmällä tasolla, siis tasolla, joka kykenee takaamaan sen, että muutos tapahtuu *eri pisteissä samanaikaisesti* ja *samansisältöisenä*.

Toisaalta, jos tietyn rikostyypin osalta arvostukset ovat selvästi muuttuneet, ja johtuu ainoastaan oikeudenhoitokoneiston yleisestä jähmeydestä, etteivät arvostusten muutokset heijastu rangaistuksiin, ei ole mieltä myöskään ajatuksessa, että tuomioistuimet vuosikymmenestä toiseen tuomitsisivat rangaistuksia, joiden osalta ne tietävät *myös muiden tuomareiden* pitävän linjaa vääränä. Olennaista on juuri vaatimus tietynasteisesta intersubjektiivisuudesta. Tällaisessa tilanteessa on myös oltava mahdollisuus kuljettaa suhteellisen kiinteätäkin rangaistuskäytäntöä asteittain uusille uomille. Tuomioistuin voi siirtyä rangaistusvyöhykkeiden reuna-alueilla. Entisestä linjasta poikettaessa argumentointitaakka kuitenkin kasvaa, ja kasvaa sitä suuremmaksi, mitä etäämmäs edetään. Päätökset on ts. perusteltava. Oikeusturvasyistä tuo perusteluvelvollisuus on suurempi, milloin kyse on entisen linjan koventamisesta verrattuna sen lieventämiseen.

3.3.5. *Tyyppirangaistukset, etusijaehdot ja normatiivisen perustan vahventaminen*

Normaalirangaistusajattelun oikeusperusta on siis yhdenvertaisuuden ja ennakoitavuuden vaatimuksissa. Nämä ovat formaalisia periaatteita, eivätkä kerro vielä mitään järjestelmän materiaalisesta sisällöstä (seuraavassa jaksossa F.4. esitetyin varaumin). Tästä on tieto vasta tapausten analogia-avainten tultua vahvistetuksi. Mittaamisessa nämä *samankaltaisuuskriteerit* ovat *perusteita, joihin tahdotaan liittää vuoroin lievempi, vuoroin ankarampi rangaistus*, siis *mittaamisperusteita*. Kysyttäessä niiden justifikaatiota joudutaan itse niihin materiaalisiin arvoihin, jotka mittaamisessa tulee ottaa huomioon. Nämä vuorostaan ovat periaatteen omaisia normeja, jotka ovat sitä paitsi huomattavan usein kollisiossa. Koottaessa yksittäisistä tapauspiirteistä yhdistelmiä, joille varataan tietty heikosti velvoittava normaalirangaistus, *priorisoidaan samalla näitä mittaamisessa vaikuttavia arvoja suhteessa toisiinsa*. Näin on myös saatu vastaus siihen, mistä normaalirangaistusvyöhykkeissä normiteoreettiselta kannalta on kyse. *Ne ovat keino mittaamisessa vaikuttavien materiaalisten arvojen etusijajärjestyksen konstruoimiseksi*. Ne ovat tuomitsemispresumptioita aivan samassa normiteoreettisessa mielessä, kuin olivat myös esim. ehdollisen vankeuden käyttöä koskevat lajivalintapresumptiot.

Normaalirangaistusvyöhykkeiden funktiot ovat tiivistettävissä siis seuraavasti. (1) Ne *auttavat ratkaisuheuristiikassa* tarjoamalla ennen kaikkea tuntuman konkreettiseen rangaistustasoon. (2) Ne *luovat vakavuutta oikeudenkäyttöön*, lisäävät järjestelmän ennakoitavuutta ja takaavat kohtelun yhdenmukaisuuden. (3) Niiden käyttö johtaa *mittaamisperusteiden aiempaa rikkaampaan erittelyyn ja analyysiin* (päinvastoin kuin kritiikki yleensä otaksuu). Niitä käytetään paitsi tapausten *samanlaisuuden* myös niiden *erilaisuuden* osoittamiseksi. Normaalirangaistusvyöhykkeeltä voidaan poiketa juuri osoittamalla, kuinka tapaus "niiden ja niiden ominaisuuksiensa vuoksi eroaa näin ja näin paljon po. rikoksen tavallisista ilmenemismuodoista". Normaalirangaistusvyöhykkeiden erittely johtaa siten normatiivisen perustan vahventumiseen ja ratkaisukriteerien vivahteiden rikastumiseen.[24] Samaan tavoitteeseen pyrkii myös käsilläoleva tutkimus.

[24] Kuten *Zippelius* kirjoittaa tyyppirangaistuksiin pohjaavasta vertailusta: "Das erleichtert es einerseits, in verschienden Gerichtsverfaren für gleichartige Fälle gleiche Strafen auszusprechen, und anderseites, durch differenzierende Heraushebung der Unterschiede des konkreten Falles vom Leitfall die in concreto massgebenden Strafzumessungsgründe zu präzisieren. Auf diese Weise kann man innerhalb des gesetzlichen Strafrahmen zu einem typengebundenen "Raster" abgestufter Strafen gelangen. Im Gegensatz zu einer vordergründigen Anwendung von Starftaxen . . . ist diese typengebundene Methode der Fallvergleichung gerade darauf angelegt, von Fall zu Fall die Gründe und Kriterien der Strafzumessung weiter zu differenzieren" (*Zippelius* 1969 s.234).

F. TUTKIMUKSEN YLEISEN OSAN TEHTÄVÄNASETTELU JA JÄSENNYS

1. Lähtökohta

Rikoslainopilliseksi ja kriminaalipoliittiseksi luonnehdittavan yleisen osan tavoitteena on mittaamisperiaatteiden ja -perusteiden saattaminen systemaattiseen muotoon, niiden justifiointi, sisällön erittely, painoarvon pohtiminen ja soveltamiskäytännön tarkastelu ensi sijassa pehmeiden oikeustapausaineistojen avulla. Työ jakaantuu neljään lukuun: III mittaamisperiaatteet, IV mittaamisperusteiden systematisointi ja tulkinta, V sanktiovalinta ja mittaamisperusteiden soveltaminen sekä VI mittaamisnormit de lege ferenda.

Perustehtävänä on rajata oikeuslähteisiin nojaten tulkintavaihtoehtojen määrä siten, että lainkäyttö tuomioistuintasolla täyttää optimaalisella tavalla oikeusturvan aineelliset ja muodolliset vaatimukset. Pohjimmiltaan lainopillisesta tehtävänasettelusta huolimatta, ei työn tuloksia käy tiivistäminen perinteisiin rajatapauksia ratkoviin lainopillisiin tulkintasuosituksiin. Mittaamisessa ei ole kysymys rajanvedoista vaan periaatteiden punninnasta. Etenkin alkuosa tutkimusta onkin määritettävissä pikemminkin rangaistuksen käyttöä koskevaksi kriminaalipoliittiseksi perustutkimukseksi, kuin tulkitsevaksi lainopiksi. Työ saa kuitenkin tarkastelujen edetessä yhä soveltavamman ja konkreettisemman leiman.

2. Jäsennyksen ja tehtävänasettelun yksityiskohdista

Luku III. Mittaamisperiaatteet. — Toisistaan poikkeavat rikosoikeudelliset ja kriminaalipoliittiset katsomukset ovat tärkeä mittaamiseroja selittävä tekijä.[1] Pyrkimys "arvostusten perusteltuun samansuuntaisuuteen" edellyttää rangaistuksen määräämisessä vaikuttavien arvojen ja tavoitteiden (mittaamisperiaatteiden) tausta-argumenttien yksityiskohtaista erittelyä.[2] Mittaamisperiaat-

[1] Tätä koskeviin empiirisiin tietoihin palataan tutkimuksen II osassa.

[2] Tähän on tarve silloinkin, kun kysymyksenasettelut saattaisivat tuntua itsestäänselvyyksiltä. Juuri toisiinsa sopimattomat ja intuitiivisesti koetut "itsestäänselvyydet" ovat ran-

teiden tarkastelun yhtenä ominaispiirteenä on siis *periaatteiden justifiointi*. Toiseksi edellytetään *sisällön analyysia* — periaatteiden vaatimusten konkretisointi yksittäisiksi mittaamisperusteiksi on mahdollista vain täsmällisen sisällöllisen määrittelyn pohjalta. Kolmantena vaiheena (joka jatkuu luvussa IV) on periaatteiden *sovellutus mittaamistasolle*.

Luku IV. Mittaamisperusteiden systematisointi ja tulkinta. — Mittaamisperusteella tarkoitetaan alustavasti periaatteita spesifimpää, rikoksen arvostelussa vaikuttavaa konkreettista (oikeus)tosiseikkaa[3]. Niissä konkretisoidaan mittaamisperiaatteiden vaatimukset. Ne tukevat yleisten periaatteiden edustamia arvoja ja tavoitteita (täytetään, mitä periaatteet vaativat). Mittaamisperusteita koskevan esityksen aloittaa perusteiden systematisointi IV.A. Luvun loppuosa on perusteiden tulkintaa. Esitys etenee jaksossa A luodun systematiikan mukaisessa järjestyksessä. Tämä vaihe (IV.B-D) muodostaa eräässä mielessä tutkimuksen ytimen. Tarkastelu ulottuu huomattavasti ohi lainsäätäjän nimeämien mittaamisperusteiden. Lähtökohtana on ajatus, että rikosoikeuden yleistä ja erityistä osaa voidaan lukea periaatteiden kokoelmana, jossa erilaisin rangaistavuuden rajauksin ja asteikollistamisin annetaan vihjeitä seikoista, joita tulisi ottaa huomioon myös konkreettista rangaistavuutta määritettäessä.[4]

Luku V. Sanktiovalinta ja mittaamisperusteiden soveltaminen. — Tähän saakka tarkastelu on operoinut voittopuolisesti oikeustosiseikaston puolella. Luvussa V mukaan otetaan oikeusseuraamuspuoli. Tavoitteena on rikoksen (oikeustosiseikaston) ja rangaistuksen (oikeusseuraamuksen) kytkeminen yhteen selvittämällä mittaamisperusteiden soveltumista rangaistuksen määrämisen eri osaratkaisuissa sekä muovaamalla mittaamispresumptioita. Tutkimuksen I osassa mittaamispresumptioita hahmotetaan lähinnä KKO:n ja hovioikeuksien ratkaisujen perustelujen pohjalta.[5]

---

gaistuksen käyttöä koskevien mielipide-eroavaisuuksien säilymisen ydin. Periaate, jonka yksi hyväksyy enempiä pohtimatta, saattaa toisen mielestä joutaa historiaan arkaaisena jo ilmiselvästi aikansa eläneenä.

[3] *Oikeus*tosiseikka tästä tosiseikasta tulee, kun se hyväksytään mittaamisperusteeksi.

[4] Ks. tarkemmin normiteoriaa koskevaa jaksoa II.B.

[5] Tutkimuksessa on käyty läpi kaikki julkaistut KKO:n ratkaisut sekä julkaisemattomat ratkaisut vuodesta 1977 vuoden 1986 loppuun. Hovioikeusaineisto on kerätty Finlex Fhot rekisteristä sekä Fhor kokeilurekisteristä (jälkimmäinen esitellään tutkimuksen II osassa). Kaksi hovioikeutta on lisäksi valittu tarkemman seurannan kohteeksi käymällä läpi Helsingin hovioikeuden ratkaisut vuodelta 1984—1986 sekä ne Turun hovioikeuden ratkaisut vuodelta 1984, joissa hovioikeus oli muuttanut alioikeuden lajivalintaratkaisua.

3. Oikeustapausten käytöstä

Oikeustapausten vaihtoehtoisia käyttötapoja voidaan hahmottaa esimerkiksi seuraavasti.[6]

(1) *Normatiivinen käyttö.* Ratkaisut voivat *ilmaista oikeusohjeen,* ja niitä voidaan käyttää *argumenttina tietyn tulkintatuloksen puolesta.* Ratkaisun paino vaihtelee paitsi oikeusasteen, myös tarkasteltavan tilanteen mukaan. Milloin ratkaisuja on *useampia* niin, että niistä muodostuu *käytäntö,* argumenttiarvo pohjaa KKO:n ennakkotapauksille ominaisen auktoriteettiarvon sijasta entistä selvemmin ennustettavuuden ja yhdenvertaisuuden periaatteille sekä niiden edustamille arvoille.

(2) *Heuristinen käyttö.* Tämä sisältää useampia vaihtoehtoja. Yksittäisiä ratkaisuja voidaan käyttää ensinnäkin jo muilla tavoin saavutettujen ja perusteltujen tulkintasuositusten *illustroimiseksi ja konkretisoimiseksi.* Yksittäisratkaisuja voidaan käyttää myös *laaditun systematiikan "testaamiseksi"* ja sen osoittamiseksi, että käytännön tapaukset sijoittuvat luontevasti tutkimuksen kehitettyyn luokitukseen. Tämä tekee siitä tavallaan "vakuuttavamman". Kolmanneksi tutkija voi hyötyä yksittäisistä oikeustapauksista niiden *paljastaessa sellaisia oikeudellisesti kiintoisia tilanteita ja asetelmia,* joita tutkija ei ehkä muutoin tulisi ajatelleeksi.

(3) *Kuvaus ja käytäntöjen kritiikki.* Tapauksia voi tarkastella myös kuvaamalla usean ratkaisun muodostamaa *käytäntöä.* Tutkimus harvemmin pysähtyy pelkkään kuvaukseen, vaan deskriptioon liittyy yleensä kritiikki ja pyrkimys muutokseen. Kritiikki on kyllä mahdollinen ilman kuvaustakin, mutta usein vasta käytännön kartoituksen kautta *saadaan tietoa siitä, mihin suuntaan* ja *missä kohdin* käytäntöä tulisi muuttaa. Näin kuvaus saattaa tosiasiallisesti olla *muutoksen välttämätön ehto.* Osoitettaessa konkreettisesti suositeltavan ja rationaalisesti hyväksyttävän toimintalinjan välinen ero toimenpidesuositukset saavat myös tuekseen tavallaan uutta pontta.

Yksittäisessä tutkimuksessa *jokin vaihtoehdoista* 1—3 lienee aina etusijalla. Oikeudellinen peruskatsomuksen ohella ratkaisuun vaikuttavat myös aineiston saatavuus, tarkasteltava oikeuskysymys ja oikeudellisen sääntelyn tiukkuus. Jos asiasta ei ole annettu KKO:n ratkaisuja, on pakko turvautua alempaan oikeuskäytäntöön. Toisaalta, jos tilanne aktualisoituu pari kolme kertaa vuodessa, tai asiasta on otettu lakiin selkeät säännöt, vahvennuksen etsiminen käytäntöä analysoimalla on turhaa.

---

[6] Asetelma on syntynyt tässä tutkimuksessa relevanttien käyttötapojen pohjalta eikä pyri olemaan tyhjentävä. Täydennykseksi ks. esim. *Hjerner* 1982 s.10 ja *Heinonen* 1986 s.920.

Rangaistuksen mittaamisesta on nyttemmin jo melko runsaasti ylempien oikeuksien perusteltuja mittaamisratkaisuja. Aiheesta on tämän lisäksi vuosittain satoihin tuhansiin nouseva rutiinijuttujen massakäytäntö. Toisaalta perinteisesti velvoittaviksi katsottuihin oikeuslähteisiin pohjaava normatiivinen perusta on samanaikaisesti verraten heikko.

Mittaamistutkimuksessa mahdollistuvat siten kaikki yllä kuvatut oikeuskäytännön käyttötavat. Ylempien oikeuksien antamia ratkaisuperusteita analysoimalla on hyvät mahdollisuudet tiivistää normatiivista perustaa, konkretisoida tulkintasuosituksia sekä testata mittaamisperusteiden systematiikkaa. Oikeuskäytännön massa-analyysit taas tarjoavat välineen sekä käytännön yhtenäistämiseen että sen kehittämiseen. Vaikka eri yhteyksistä selvinnee kulloinkin tapausten käyttötapa, voidaan päälinjat lukijan asennoitumisen helpottamiseksi tiivistää seuraavasti.

Perusteiden tulkintaa oikeustosiseikastopuolella valottavia tapauksia (luku IV) käytetään, paitsi normatiivisen suosituksen välittömänä perustana, etenkin sen osoittamiseksi, että tuomioistuimet todella ovat ottaneet huomioon määrätyt, tekstissä argumentoidut ja suositetut mittaamisperusteet. Näin pyritään *vahventamaan esitettyä suositusta*. Samalla *täsmennetään ja tarkennetaan* yleisessä muodossa esitettyä suositusta. Siihen nähden, että rangaistuksen määräämistä koskevan päätöksen perustelujen puute on edelleen korjausta vaativa epäkohta, näiden harvinaiseksi jäävien perustelujen tavanomaista ehkä hieman laajempaa esittelyä voinee pitää myös *perustelutekniikan kehittymisen kannalta puolustettavana.*[7] Normatiivissävytteisen käytön ohella tapauksia esitellään joissain tilanteissa puhtaasti tarkoituksessa *illustroida* muutoin kovin teoreettisen tuntuiseksi jäävää tilannetta. Tämän ohella oikeustapauksista on tämän jakson esityksissä ollut paikoin hyötyä niiden tuodessa esiin kysymyksenasetteluja, jotka muutoin olisivat saattaneet jäädä syrjään.

Luvun IV tarkasteluissa oikeustapaukset ovat liittyneet vain oikeustosiseikaston arvottamiseen. Luvussa V kiinnitetään huomio myös lopputulokseen oikeusseuraamuspuolella. Tavoitteena on kytkeä mittaamisperusteiden yhdistelmät konkreettiseen rangaistuskäytäntöön. Keskustelu sovellettavasta sanktiotasosta jatkuu erityisen osan puolella.[8]

[7] Tuomioperustelujen puuttumiseen vedoten ei Nousiainen hyödyntänyt omassa teoksessaan lainkaan pehmeitä oikeustapausanalyysejä (*Nousiainen* 1961 s.12, tunnusmerkistön valintaratkaisujen perusteiden erittely olisi tosin antanut vihjeitä myös mittaamisharkinnan perusteista). Muissa pohjoismaissa tutkimus on voinut keskittyä myös oikeuskäytännön ratkaisuperusteiden analyysiin (ks. mm. *Lindegaard* 1982, *Stigel* 1982 sekä mietinnön NU 1984:2 liiteosaa).

[8] Sen kvantitiiviset analyysit ovat nähtävissä lajivalintaa koskevien pehmeiden analyy-

4. Tutkimuksen teoreettinen viitekehys — normaalirangaistusajattelu ja "uusklassinen näkökulma"

4.1. Muoto ja sisältö

Vaikka materiaalisia kysymyksiä koskevat valinnat on toistaiseksi pidetty mahdollisimman avoimina, on yksi muoto soveliaampi yhdenlaisten, toinen toisenlaisten arvojen edistämiseen. Normaalirangaistusajattelu tarjoaa tutkimukselle tällaisen teoreettisen muodon — "viitekehyksen" — jonka pohjalta syntyvät kysymyksenasettelut johtavat helposti korostamaan yksiä arvoja toisten kustannuksella. Sen vuoksi onkin välttämätöntä eksplikoida se, minkä normaalirangaistusajattelulle pohjaava rangaistuksen määräämistapa kaikkein helpoimmin ja luontevimmin hyväksyy materiaaliseksi sisällökseen.[9]

4.2. Mittaamisperusteet ja -periaatteet

Normaalirangaistusajattelun arvoina ovat yhdenvertaisuus ja ennakoitavuus. Vaikka nämä ovatkin muodollisia periaatteita, on korostuksella myös sisällöllinen, käytettävien perusteiden määrään ja laatuun liittyvä sanoma. Mitä perusteiden *määrään* tulee, normaalirangaistusajattelu korostaa tapauskohtaisen arvioinnin sijasta rangaistuksen määräämistapaa, joka valitsee muutamat ja harvat kiintopisteet siten, että rangaistuksen mittaaminen on ainakin näiden kriteerien valossa johdonmukaista ja yhdenvertaista. Normaalirangaistusperiaatteen yksi viesti on luopua liiallisen yksilöivästä tapausanalyysista, sillä arvioitavien perusteiden kasvaessa kasvaa myös vaara, että arvioijat päätyvät niiden arvottamisessa toisistaan poikkeaviin tuloksiin. On helpompi päästä yksimielisyyteen kolmen kuin kolmenkymmenen näkökohdan arvottamisesta. Harvat kriteerit takaavat linjan johdonmukaisuuden. Toisaalta liika supistaminen johtaa siihen, että analyysista jää pois jotakin olennaista.

Sisällöllisessä suhteessa normaalirangaistusajattelu yhdistetään suhteellisuusperiaatteeseen, sovitusajatukseen ja tekokeskeiseen kriminaalipolitiikkaan. Vastineparina olisivat taas yksilöllisten rangaistusten periaate, erityisestävyys ja tekijäkeskeisyys (*Takala* 1972 s.23 sekä *Anttila* 1975 s.381 ss). Tapausten ainutkertaisuuteen perustuva rangaistuksen määräämisideologia onkin luontevasti yhdistettävissä tekijäkeskeiseen arviointiin, sillä juuri rikoksentekijöiden ja heidän henkilöönsä liittyvien piirteiden kiinteä luokittelu on vaikeata: ihmiset ovat

---

sien suorana jatkeena. Niistä on kolmannessa osassa oma metodiesittely.

[9] Näin on tavallaan ennalta varauduttu siihen, ettei liian helposti antauduta "muodon vietäväksi". Tämä koskee sekä yleisiä periaatteita että peruskäsitteitä.

yksilöitä ja rikostapaukset käyvät äärettömiin varioiviksi, koska niihin syyllistyvät ihmiset loputtomiin vaihtelevine piirteineen ja olosuhteineen. Siirrettäessä tarkastelu ulkoisiin tekoihin käy kiinteiden kriteerien ja luokkien konstruointi helpommaksi. Näin tekokeskeisyys, mittaamisperusteiden joukon karsinta sekä tyyppirangaistusajattelu käyvät yksiin.

Nämä havainnot johtavat normaalirangaistusajattelun ominaisuuteen kaventaa ratkaisijan harkintavaltaa. Erityisestävyys ja yksilöllinen rangaistuksen määräämistapa edellyttivät loputtomasti vaihtoehtoja. Asiallinen menettely oli ratkaisutasolla mahdollista vain, jos nämä kaikki voitiin ottaa huomioon. Tämä taas merkitsi käytännössä, ettei mittaamisesta voitu antaa ennakollisia ohjeita. Oli taattava riittävä liikkumavara, jotta ratkaisija löytäisi juuri oikean kohtelun.[10]

Normaalirangaistusajatteluun sisältyy siis tietyt arvovalinnat, siitä huolimatta, että osa kirjoittajista tahtoo korostaa mallin arvovapautta.[11] Mittaamisopin aatehistoriasta löytyy kuitenkin näyttöjä muodon ja sisällön yhteydestä. Suhtautuminen ns. taksatiivijärjestelmään määräytyi jokseenkin suoraviivaisesti sen mukaan, kuinka suhdanteet vaihtelivat erityisestävyyden, yleisestävyyden ja sovituksen välillä (ks. erit. *von Eyben* 1950 s.328-330). Muodon valinta on kuitenkin sisältöön nähden toissijainen. Normaalirangaistusajattelun asettaminen mittaamisen heuristiseksi välineeksi ei oikeuta suoraan hylkäämään esimerkiksi erityipreventiota ja yksilöivää kohtelua. Valinta pikemminkin velvoittaa pitämään huolen siitä, että muodon vaikutuksesta muutoin helposti alakynteen jäävät arvot saavat osakseen niiden asialliseen painoon perustuvan huomion.

4.3. Käsitteet ja kysymyksenasettelut — rangaistusarvo

Muoto vaikuttaa myös peruskäsitteiden valintaan. Mittaamisessa sellaiseksi on uusklassisen rikosoikeuden myötä tullut *rangaistusarvo* (straffvärde). Termi

---

[10] Tälle harkinnanvapaudelle voidaan antaa myös toisenlainen selitys. Kun luotettavat tutkimukset rangaistuksen vaikutuksista puuttuivat, eikä empiiristä näyttöä siis ollut sen enempää yhden kuin toisenkaan keinon paremmuudesta, voitiin ns. "tervettä järkeä" käyttäen justifioida usempikin lopputulos. Ainakaan niitä ei voitu pitävästi osoittaa vääräksi. Todistustaakka oli sillä, joka tahtoi harkintavaltaa sitoa. Todistaminen olisi taas edellyttänyt määrättyjen vaihtoehtojen poissuljentaa empiirisesti pitämättöminä. Tähän puutteellinen tutkimustieto ei kuitenkaan tarjonnut mahdollisuuksia.

[11] *von Hirsch* on kuitenkin pyrkinyt todistamaan edustamansa "sovitusmallin" riippumattomuutta niistä arvoista ja päämääristä, joihin kriminaalipolitiikalla pyritään (*von Hirsch* 1983 s.244 ss).

on käsitteellisessä yhteydessä moraalisia aspekteja korostavaan rikosoikeuteen. Siitä keskusteleminen olisi mahdotonta hoitoideologisin tai erityispreventiivisin kielipelein.

Rangaistusarvo kytketään seuraavassa niihin syihin, joita voidaan esittää määrätyn tasoisen ja laatuisen sanktioinnin tueksi (samansuuntaisesti *Jareborg* 1980a s.42 ja *Lahti* 1982 s.215). Tässäkin merkityksessä käsitteelle voidaan antaa monta sisältöä. Ruotsin vapausrangaistuskomitea ymmärtää rangaistusarvon rikosten keskinäistä törkeyttä määrittäväksi *suhdekäsitteeksi*: "Straffvärde är alltså ett mått på hur brotten i svårhetshänseende förhåller sig till varandra" (SOU 1986:14 s.131). Sen mukaan, kuka arvioinnin tekee, erotetaan *abstraktinen* ja *konkreettinen* rangaistusarvo. Ensin mainittu viittaa rikostyypin arvottamiseen lainsäädäntötasolla, jälkimmäinen konkreettisen teon arvottamiseen tuomioistuintasolla (SOU 1986:14 s.131 ja myös *Victor* 1981 s.14).

4.4. Relatiivinen ja absoluuttinen näkökulma

Ongelmat alkavat, kun keskustelu laajennetaan rikosten välisistä suhteista rangaistuksiin. Honkasalo kirjoittaakin: "Rangaistus ei voi olla oikea sovitus yksinomaan sillä perusteella, että se on jonkunlaisessa suhteessa muista teoista tuleviin rangaistuksiin. Rangaistusten *relatiivinen suhteellisuus* ei tyydytä ihmisen oikeustajuntaa . . . Ihmisen oikeustajunta on tyydytetty vain sillä edellytyksellä, että rangaistuksen sisältämä kärsimys myös *absoluuttisesti otettuna vastaa teossa ilmennyttä syyllisyyttä*" (*Honkasalo* 1937 s.50).

Galligan puhuu vastaavasti "vertailevasta" ja "luonnollisesta" ansainnan periaatteesta. Ensin mainittu järjestää rikokset ja rangaistukset ainoastaan keskinäiseen suhteeseen, jälkimmäinen kytkee nämä sarjat toisiinsa jollakin absoluuttisella tasolla (*Galligan* 1981a s.165 ss. ja sama 1981b s.298 ss). *Von Hirsch* käyttää termejä "ordinaalinen" ja "kardinaalinen" suhteellisuus. Ensin mainittu viittaa rikosten vakavuuteen ja ankaruuteen suhteessa toisiinsa. Kardinaalinen suhteellisuus taas edellyttää "järkevää" suhteellisuutta rikosten törkeyden ja absoluuttisen rangaistustason välillä: ". . . a reasonable proportion . . . between the absolute levels of punishment and the seriousness of the criminal conduct" (*von Hirsch* 1983 s.214 ja 219 ss. sekä sama 1984b s.1096 ss). Myös Ruotsin vapausrangaistuskomitea huomauttaa tarpeesta sitoa rangaistusarvoa koskevat keskustelut tiettyyn absoluuttiseen rangaistustasoon: "Straffvärderesonemanget måste alltså förankras nivåmässigt" (SOU 1986:14 s.131). Rangaistusarvokeskustelut voidaan viedä loppuun ts. vain tietyn, annetun tai päätetyn, rangaistustason puitteissa. — Kaikki nämä luonnehdinnat antavat aiheen eräisiin tarkentaviin huomautuksiin.

Relatiivista näkökulmaa edustavat siis päätökset, joilla rikoksia verrattaan toisiinsa näiden välisten törkeyserojen vahvistamiseksi. Samalla tavalla jyvitettäisiin myös rangaistukset suhteessa toisiinsa. Tämän ohella olisi päätettävä myös, kuinka törkeänä yhteiskunta pitää tiettyä rikosta "sinänsä" ja kuinka paljon se aikoo ylipäätään käyttää rangaistusresursseja. Nämä olisivat päätöksiä *absoluuttisesta rangaistusarvosta*. Näiden tuloksena sitten kytkettäisiin konkreettiset rikosten sarjat vastaaviin rangaistusten sarjoihin.

Niin selvältä kuin tuo ero tuntuukin, on absoluuttisen ja vertailevan oikeudenmukaisuusnäkökulman — josta tässä asiallisesti on kyse — ero filosofisesti pulmallinen. Oikeudenmukaisuusteoria toki tuntee esityksiä, joissa vertailevan oikeudenmukaisuuden rinnalle on asetettu absoluuttinen, "ei-vertaileva" oikeudenmukaisuus (esim. *Feinberg* 1974). Absoluuttinen oikeudenmukaisuusarvostelma olisi *arvostelma ilman vertailua muihin ihmisiin, ryhmiin tai sääntöihin*. On kuitenkin osoitettavissa, että silloinkin, kuin arvostelma ei prima facie nojaa mihinkään vertailumittaan, sellaista lopultakin aina edellytetään (ks. erityisesti *Sadurski* 1985 s.16-21). Tapauksissa, joissa minkäänlaista vertailua ei edellytetä — esim. kidutuksen kieltäminen itsessään vääränä — ei kyse asiallisesti ole oikeudenmukaisuus-arvostelmasta, vaan yhteiskunnan tunnustamista muista arvoista (esim. humaanisuus, vaatimus kärsimyksen vähentämisestä, hyvinvoinnin lisäämisestä jne, ks. *Sadurski* 1985 s.20-21).

Siltä osin kuin rangaistusarvoa koskevat päätökset ovat oikeudenmukaisuusarvostelmia — jollaisiksi ne yleisesti tulkitaan — edellytetään aina jonkinlaista vertailua. Rikokset ovat aina lieviä tai törkeitä vain suhteessa muihin rikoksiin. Toisaalta on ilmeistä, ettei absoluuttinen näkökulma ole tullut oikeudenmukaisuusteorioihin ja rangaistusarvokeskusteluun sattumalta. Taustalle on mahdollista konstruoida kaksi loogisesti eritasoista selitystä.

Näistä yksinkertaisin on puhtaasti tekninen. Vertaileva ja absoluuttinen rangaistusarvo viittaa sen mukaan todellakin *kahteen eri asiaan*: On yksi asia määrittää samojen suureiden keskinäisiä suhteita, toinen asia kytkeä eri suureet määrättyjen transformaationormien avulla tosiinsa. Molempia tarvitaan. Rikokset tulee jyvittää keskenään ja niitä vastaamaan on valittava tietyt rangaistukset (ks. esim. *Sadurski* 1985 s.238). Puhuminen relatiivisesta rangaistusarvosta ja absoluuttisesta rangaistustasosta on teoreettisesti ehkä harhaanjohtava, mutta käytännössä havainnollinen tapa tuoda esiin nämä kaksi eri asiaa.

Varsinaisesti relatiivisen ja absoluuttisen näkökulman erottamisen taustalla on kuitenkin koko oikedenmukaisuusteorian ehkä perustavin erottelu säännön itsensä ja tuon säännön soveltamisen, tai vastaavasti, järjestelmän itsensä ja järjestelmän puitteissa tehdyn ratkaisun justifioinnin välillä (samoin *Sadurski*

1985 s.21 ja 42). Absoluuttinen näkökulma edustaa järjestelmää, relatiivinen sen yksittäisiä soveltamisratkaisuja.[12] Tällä erottelulla on filosofiassa pitkät perinteet (ks. jakso III.A). Juuri rangaistusjärjestelmää koskevissa kysymyksissä ero systeemitason ja systeemin soveltamisratkaisujen välillä näyttäytyy erityisen selvänä. Rangaistusarvosta keskusteltaessa onkin tärkeätä havaita, että *päätökset rangaistusten allokoinnista tehdään aina tiettyjen resurssien puitteissa.* Lähtökohtana on tietty ''rangaistusvolyymi'' (''rangaistuspaketti''), jonka allokoinnista on kyse. Tuon ''paketin'' koosta päättäminen on ''absoluuttista rangaistusarvoa'' koskeva päätös — sen sisällön jakaminen ja päätökset siitä ''kuka saa mitäkin ja missä järjestyksessä'' edustaa relatiivista rangaistusarvoa.

Kaikkein yleisimmällä tasolla resurssien laajuus — ja siis käyttöön saatavan ''paketin'' suuruus — määräytyy yleisten rakennetekijöiden kautta. Tuon kokonaismäärän jako tapahtuu tavallaan ''hierarkkisesti'', portaittain siten, että koko ajan edellytetään samanaikaisesti päätöksiä sekä rikosten keskinäisesti jyvityksestä että sovellettavasta sanktiotasosta, samoin kuin siitä ''osapaketista'', jonka puitteissa tietylle rikokselle tai sen tyyppimuodolle varatut sanktioresurssit jaetaan. Tässä ylemmän tason päätökset edustavat tavallaan absoluuttista tasoa, jonka puitteissa alemman tason relatiivista rangaistusarvoa koskevat päätökset tehdään. Näiden portaiden erottelu on puhdas abstraktio. Kyse on systeemitason ja systeemin sovellutustason eroista. Konkreettisena vastineena tälle konstruktiolle on esimerkiksi työnjako lainsäätäjän ja tuomarin välillä — joka sekin on liukuva (muitakin tasoja voidaan erottaa). Lainsäätäjä ts. päättää tietyn rikoksen abstraktin relatiivisen rangaistusarvon ja vahvistaa sille asteikon suhteissa muihin rikoksiin. Nämä päätökset edustavat tuomioistuintasolle ratkaisua ''absoluuttisesta'' rangaistusarvosta. Lainsäätäjä on abstraktin rangaistusarvon ja rangaistusasteikon vahvistettuaan osoittanut, kuinka suuri osa kokonaisosuudesta voidaan käyttää varkaiden rankaisemiseksi. Tuon osuuden puitteissa tulee tuomioistuinten menetellä mahdollisimman rationaalisesti. Nämä tuomioistuinratkaisut merkitsevät siten konkreettisen relatiivisen rangaistusarvon vahvistamista. Olennaista on, että allokointiperusteisiin ei sillä, onko jaettavana esim. 1 000 tai 10 000 vankipaikkaa ole juuri vaikutusta. Relatiivisen rangaistusarvon arviointiperusteet ovat rikoksia jyvitettäessä jokseenkin riippumattomat rangaistusjärjestelmän konkreettisesta sisällöstä.

[12] Käsittääkseni kriminaalipolitiikan yleistavoitteiden vakiintunut määrittely minimoimis- ja jakamistavoitteeseen on myös yksi tapa soveltaa tätä aggregoinnin ja allokoinnin erottelua.

4.5. Rikosten ja rangaistusten arvottaminen

Relatiivista rangaistusarvoa koskevat päätökset toteutuvat vasta, kun rikoksiin liitetään rangaistukset. Vasta rangaistukset ilmentävät näiden päätösten sisällön ja antavat niille merkityksen. Kun rangaistuksista tehdään päätelmiä rikosten keskinäisestä järjestyksestä ja törkeyssuhteista, on tällaisenkin tarkastelun taustalla jo intuitiivisesti koettu näkemys rangaistusten ankaruusarvosta (kärsimysarvosta). Tämä rangaistusten keskinäinen ankaruus on oletettu niin itsestään selväksi, ettei siitä juuri ole edes keskusteltu — ei ainakaan siinä mielessä, että rangaistuksia olisi verrattu toisiinsa ja pohdittu mikä on esim. sakon ja ehdollisen vankeuden ankaruussuhde.

Kriminaalipolitiikassa edellytetään jatkuvasti perusteltuja ratkaisuja niin rangaistusten ankaruutta kuin rikosten keskinäistä törkeyttä koskeviin kysymyksiin. Tähän tulee myös tutkimuksen tasolla kiinnittää huomio: *rikosten rangaistusarvoja* koskevan pohdinnan ohella on otettava tarkasteluun myös kysymys *rangaistusten sanktioarvoista.*

5. Mittaamistutkimus ja tuomarin riippumattomuus — jälkihuomautus

Luvun aloitti lyhyt kuvaus vapaan mittaamisharkinnan dogmin aatehistoriasta. Aiheen käsittelyn kuluessa on eri tavoin osoitettu tuon dogmin sidokset pitämättömiin teoreettisiin lähtökohtiin (mm. käsityksiin oikeudellisen sääntelyn dikotomisuudesta ja moraaliarvostelmista perustelemattomina intuitioina). Samalla on jo asiallisesti tullut ratkaistuksi suhtautuminen vapaan mittaamisharkinnan dogmin kääntöpuoleen — väitteeseen siitä, että mittaamissuositukset ja yritykset vaikuttaa rangaistusta määräävän tuomarin harkintaan merkitsevät tuomioistuinten riippumattomuuden loukkaamista. Kun tuomioistuimille on jätetty harkintavalta, on näin menetelty uskossa, että tämä on paras keino taata asioiden oikeuden- ja tarkoituksenmukainen käsittely. Tavoitteena ei ole turvata ratkaisijalle itsearvoista liikkumatilaa, sen enempää kuin tukea henkilökohtaisten, yleisesti hyväksyttyjen kriminaalipoliittisten näkemysten kanssa ristiriidassa olevien arvojen voimaansaattamista (*Ashworth* 1982 s.50 ja sama 1983 s.68). Tämä lähtökohta tuntuu aika ajoin unohtuvan keskusteltaessa tuomioistuinten riippumattomuudesta. Kuten *Holopainen* huomauttaa, riippumattomuus on näissä pohdinnoissa usein saanut niin voimakkaan korostuksen, että tuomioistuimet tuntuvat olevan täysin omavaltaisia, yksistään oman mielensä mukaan toimivia.[13] Kansanvaltaisessa järjestelmässä — Holo-

[13] Riippumattomuusargumenttiin vetoaminen tuo keskusteluun mukaan myös tunteenomaisia sävyjä. Riippumattomuus yhdistetäänkin kiintoisalla tavalla *jonkinlaiseksi positii-*

painen jatkaa — ei riippumattomuus ole kuitenkaan itsetarkoitus eikä *tuomioistuimille* myönnetty etu. Riippumattomuus on väline sen varmistamiseksi, että tuomarit pystyvät olemaan riippuvaisia voimassa olevasta oikeusjärjestyksestä (*Holopainen* 1978 s.87 ja sama 1981 s.6).[14] Riippumattomuus on riippumattomuutta ulkopuolelta annettavista, yksittäistapauksia koskevista sitovista ohjeista ja määräyksistä, sen takaamiseksi, että tuomioistuimet mahdollisimmin täydellisesti kykenisivät selvittämään voimassa olevan oikeuden kannan ao. kysymykseen. Tämä tapahtuu oikeuslähteisiin vedoten. Riipumattomuus on siten riippuvuutta legitiimeistä oikeuslähteistä (ks. *Holopainen* 1978 s.85 sekä *Reinikainen* 1979 s.57 viitteineen). Suosituksia tuottava tutkimus antaa juuri tietoa relevanteista mittaamislähteistä muotoutuen lopulta itse osaksi harkinnassa huomioon otettavaa materiaalia.

---

viseksi luonteenominaisuudeksi. Kuten *Jääskinen* on asiasta huomauttanut, riippumattomuus samastuu lähinnä rohkeudeksi seurata asian ratkaisemisessa lain sisältöä koskevaa tuomarin vakaumusta, pelkäämättä siitä tuomioistuimelle mahdollisesti aiheutuvia vaikeuksia ja konflikteja valtaa pitävien kanssa (vrt. Runebergin "Maaherra", ks. *Jääskinen* 1986 s.45—46).

[14] Tämä voidaan tarvittaessa perustaa suoraan hallitusmuodon 2[4] §:n määräykseen. Sen mukaan *tuomiovalta* kuuluu riippumattomille tuomioistuimille. *Tuomiovalta* on vuorostaan juuri määriteltävissä *oikeussäännösten soveltamiseksi yksittäistapauksissa sen vahvistamiseksi, mitä siinä on pidettävä voimassa olevan lain mukaisena* (ks. *Holopainen* 1978 s.88). Mittaaminen on vuorostaan juuri tuomiovallan- ja oikeudenkäyttöä, ei vapaata tarkoituksenmukaisuusharkintaa. Lainkäyttö- ja hallintotoimintojen erokriteerien luonnehdinnoista ks. *Merikoski* 1968 s.11 ss, *Vilkkonen* 1970 s.24 ss sekä *Lahti* 1974 s.70—71 viitteineen.

LUKU III

MITTAAMISPERIAATTEET

A. RANGAISTUSTEORIAT JA RIKOSOIKEUDEN JUSTIFIOINTIONGELMAT

1. Johdanto

Kun esimerkiksi sopimusoikeuden tutkija voi melko huoletta otaksua lukijoiden lähtökohtaisesti hyväksyvän sopimusten käytön, joutuu rikosoikeuden parissa työskentelevä vastatusten epäilijöiden kanssa, jotka asettavat koko järjestelmän mielekkyyden kyseenalaiseksi. Rikosoikeus edellyttää teoriaa itsensä puolustukseksi. Tämä puolustus esitetään perinteisesti ''rangaistusteorian'' muodossa. Sillä tarjotaan vastaukset rangaistuksen tarkoitusta, oikeutusta ja tehtäviä koskeviin kysymyksiin.[1] Siihen katsomatta kuinka eksplisiittisesti kannanmääritykset on tiedostettu ja tuotu esiin, nojaa jokainen rangaistuksen käyttöä koskeva lainsäädäntö- tai lainsoveltamisratkaisu tiettyyn rangaistusteoreettiseen konseptioon. Rangaistuksen määräämisen ongelmat ovatkin vain osa laajemmasta rangaistusteoreettisesta problematiikasta,''rangaistuksen tarkoitusta koskevan opin käytännön sovellutus'', kuten asia on rikosoikeudellisessa kirjallisuudessa ilmaistu.[2]

---

[1] Näin esim. *Backman* 1976 s.27. Varsinaisesti ''teoria'' -nimikkeen ansaitsisi lähinnä ajatusrakennelma, jonka puitteissa rangaistuksen käytön perusteita ja tavoitteita tarkastellaan eri toimintatasoilla ja joka antaa perustellut ja toisiinsa sovitettavissa olevat vastaukset mm. kriminalisointeja, rangaistusjärjestelmää kokonaisuudessaan sekä yksittäisten rangaistusten langettamista koskeviin justifiointiongelmiin. Perinteisistä rangaistusteorioista ks. tarkemmin esim. *Uitto* 1950 s.1 ss. ja *Nousiainen* 1961 s. 15 ss. sekä *Backman* 1976 s.28 alav. 2 kaikki viitteineen.

[2] ''. . .die praktische Anwendung der Lehre vom Wesen und Zweck der Strafe''(*Maurach* 1971 s.835 ja *Maurach-Zipf* 1984 s.414).

1.1. Monistinen vai pluralistinen teoria

Rangaistusteoreettista keskustelua on usein värittänyt pyrkimys monistisen järjestelmän luomiseen. Taustalle on postuloitu yksi yhtenäinen tavoite- tai arvoperusta, jonka suuntaisiksi instituution yksityiskohtia koskevat säännöt on tahdottu konstruoida.[3] Tämä on ominaista eritoten filosofisille järjestelmille, joiden osana rangaistusteoriat usein esitetään (esim. *Bentham, Kant* ja *Hegel*). Monistisiin teorioihin kytkeytyvää teoreettista eleganssia ei kuitenkaan tule tavoitella sisällön kustannuksella. Pyrkimyksiä luoda sisäisesti johdonmukainen ja ristiriidaton eettinen järjestelmä, ja yrityksiä muotoilla toimivan sosiaalisen instituution säännöt ei myöskään voi suoraan rinnastaa. Arvojen ristiriita, jota esimerkiksi arvoteorian alalla voi lieventää muotoilemalla perusperiaatteet riittävän yleisiksi, ei ole sosiaalisten instituutioiden tasolla vältettävissä. Muiden sosiaalisten järjestelmien tavoin myös rangaistus palvelee useampaa tehtävää. Niiden toteuttamisessa on kiinnitettävä huomio useisiin - keskenään ristiriitaisiinkin — arvoihin. Instituution päätarkoituksen tultua selvitetyksi on vielä ehkä selvitettävä esimerkiksi ne periaatteet ja arvot, joita tulee kunnioittaa perustavoitetta itseään edistettäessä.[4] Vain ristiriitojen mahdollisuus tunnustamalla ne voivat saada rationaalisesti hyväksyttävissä olevan ratkaisun.

1.2. Kysymysten erottelua

Monistisen lähtökohdan hylkääminen merkitsee tässä ainoastaan, ettei yksinkertainen pelote, parannus tai intuitiivinen sovitusajatus edusta sellaista filosofista aksioomaa, josta yksittäiset väitteet olisivat johdettavissa. Pluralistinen lähtökohta taas sisältää implisiittisesti ajatuksen ongelman analyyttisesta tarkastelusta. Yksittäisen "rangaistuksen tarkoituksen ongelman" sijasta vastattavana on joukko toisistaan poikkeavia osakysymyksiä. On pidettävä erillään kysymykset, jotka koskevat: (1) *järjestelmää* kokonaisuudessaan (1a) ja *yksittäisiä järjestelmän soveltamista* (1b), (2) *oikeutusta* (2a, millä perusteella,

---

[3] "Enhetsteori", *Sundby* 1974 s.289. Päätös siitä, perustaako teoria yhden vai useamman perusteesin ja arvolähtökohdan varaan on tietenkin yleinen, kaikkea oikeudellista tutkimusta koskeva ongelma (ks. esim. perusoikeuksia koskevan tutkimuksen osalta *Alexy* 1985a s.30—31, "Ein-Punkt-Theorie" versus "kombinierte Theorie"). Monistisen teorioiden eduista ks. esim. *Hodson* 1983 s.121.

[4] Ks. *Hart* 1968 s.10 ja *MacCormick* 1981 s.138. Kuten vahingonkorvausoikeudellista analogiaa käyttänyt *von Eyben* toteaa: Ei ole mitään estettä sille, että vahingonkorvauksen suuruudesta päätettäessä sellaisillakin seikoilla on merkitystä, joihin ei kiinnitetä huomiota ratkottaessa kysymystä siitä, onko vahingonkorvausta ylipäätään maksettava (*von Eyben* 1950 s.276).

millä oikeutuksella), *tavoitteita* (2b, missä tarkoituksessa) ja *selitystä* (2c, miksi), (3) *kriminalisointeja* (3a) ja kriminalisointien *tehosteita* (3b), sekä (4) rangaistuksen langettamisen *ehtoja* (4a, millä ehdoin) ja valittuja *menettelytapoja* (4b, miten).[5] Erityisesti *justifikatorisiin* ongelmiin (2a) voidaan etsiä lisäksi vastausta *ulkoista* ja *sisäistä* näkökulmaa soveltaen.[6] Eri vaihtoehtoja yhdistelemällä erottuu vastattavaksi joukko selvästi toisistaan poikkeavia kysymyksiä. Vaikka kysymysten erottelu ei itsessään vastaa substanssiongelmiin, antaa se kuitenkin paremmat takeet siitä, ettei eri asioista keskustella samoilla nimikkeillä. Tässä yhteydessä ei toisaalta ole tarvetta puuttua kaikkiin analyysikehikon synnyttämiin ongelmiin.[7] Teeman kannalta riittää kannanotto (a) kriminali-

[5] Vaikka tämänkaltainen kysymysten erottelu luetaan ns. analyyttisen oikeustieteen ansioihin, löytyy vastaavia ajatuksia jo viime vuosisadan kirjoittajien esityksistä (mm. Feuerbach piti erillään rangaistuksen oikeutuksen "Rechtsgrund", tavoitteen "Zweck" sekä järjestelmän toimeenpanon "Zufügung" ks. *Müller-Diez* 1985 s.815 sekä *Kaufmann* 1982 s.269 ss. viitteineen). Austin erotti niin ikään koko järjestelmää ja yksittäisratkaisuja koskevat justifiointiongelmat toisistaan (*Austin* 1873 s.116). Tuo jako on sittemmin Rawlsin ja eritoten Hartin vaikutuksesta vakiintunut anglosaksisen kielialueen analalyysien osaksi (ks. *Rawls* 1955 s.3 ss ja *Hart* 1968 s.3 ss). Konkreettisia järjestelmän soveltamispäätöksiä tarkastellessaan Hart teki myös eron rangaistuksen langettamisen ehtojen (kenelle) ja rangaistuksen määrän (kuinka paljon) välillä ("title" ja "amount" ks. *Hart* 1968 s.4 ja *MacCormick* 1981 s.132). Suomessa *Tulenheimo* erotti niin ikään kysymykset rangaistuksen määritelmästä ja olemuksesta, kriminaalipoliittisen kysymyksen kuinka rangaista (preventiolajit) sekä oikeusfilosofisen kysymyksen rangaistuksen oikeutuksesta (*Tulenheimo* 1919 s.264 ss). Vanhemmista pohjoismaisista esityksistä mainittakoon edelleen *Agge* 1939 s.52 ss. sekä *Uitto* 1950 s.15 ss).

[6] Ulkoisia ovat senkaltaiset kysymykset, kuten tarvitaanko järjestelmää lainkaan ja mitä moraaliperiaatteita se seuraa (ks. myös *Jareborg* 1985 s.8). Sisäistä näkökulmaa noudattava otaksuu järjestelmän jo pohjaavan johonkin systemaattiseen arvojärjestelmään, jonka sisällöstä hän yrittää päästä selvyyteen tai jonka mukaisesti hän yrittää systeemiä edelleen kehittää. Ulkoista näkökulmaa noudattava arvioi rikosoikeusjärjestelmän moraalia itsessään tietyn laajemman moraalijärjestelmän pohjalta. *Peczenik* käyttää tässä yhteydessä termejä "contextually sufficient legal justification" ja "deep (fundamental) justification" (*Peczenik* 1983a s.1 ss). Voidaan puhua myös "systeemijustifikaatiosta" ja "syväjustifikaatiosta". *Jareborgia* seuraten rikosoikeusjärjestelmän syväjustifikaation malleiksi voidaan erottaa: (1) *Valtapoliittinen perustelu*: järjestelmä on tarpeen yhteiskunnan suojelemiseksi ja valtiohajaannuksen estämiseksi. (2) *Eettinen perustelu*: toimiva rangaistusjärjestelmä on välttämätön, jotta ihmisten elämä olisi siedettävää. (3) *Sosiaalipsykologinen perustelu*: järjestelmä on välttämätön yleisön oikeustajunnan tyydyttämiseksi ja yksityisten kostoreaktioiden hillitsemiseksi (esim. *Jareborg* 1979 s.8-9). Tekstin esitys tähtää eettiseen perusteluun ja sen ehtojen osoittamiseen. Sisäisen ja ulkoisen justifikaation näkökulmaeroista rikosoikeudessa ks. myös *Backman* 1976 s.29, *Klami* 1983 s.368 ja *Murphy* 1986 s.1 ss. sekä oikeus- ja arvoteoriassa *Alexy* 1978 s.273 ss, *Aarnio* 1975 s.1 ss. sekä *Hare* 1981 s.188.

[7] Eri vaihtoehdot systemaattisemmin läpikäyvistä esityksistä voi suosittaa *Rossin* ja *Ja-*

sointien yleisjustifikaatiota, (b) rangaistusjärjestelmän perustavoitteita ja justifikaatiota sekä (c) konkreettisen rangaistuksen langettamisen ehtoja koskeviin ongelmiin. Tällä luodaan pohja varsinaisen tutkimusongelman (konkreettisen rangaistuksen laatu ja määrä) käsittelylle.

2. Kriminalisoinnit

Yhteiskunnan oikeus rajoittaa kielloin kansalaisten vapautta hyväksytään usein "eräänlaisena luonnonoikeudellisena itsestäänselvyytenä" (*Klami* 1983 s.369). Milloin menettelyn oikeutus asetetaan kyseenalaiseksi, puolustukseksi voi raportin *Doing Justice* tavoin vedota suoraan intuitioon ilman enempiä perusteluja: "Certain things are simply wrong and ought to be punished. And this we do believe" (*von Hirsch* 1976 s.xxxix). Intuitiivis-moralistinen justifikaatio edellyttää jo ennalta vahvistettua, uskonnollista tai moraalista normistoa, jonka käskyt laki vain ratifioi (ks. *Gross* 1979 s.19 ss sekä *Jareborg* 1980 s.34). Vahvan metafyysis-luonnonoikeudellisen leimansa ohella ajatus on oikeusturvasyistä ongelmallinen. Kuten *Jareborg* kirjoittaa :". . .En skara riksdagsledamöter valda i demokratisk ording utgör emellertid ett bättre skyld mot god-

reborgin kirjoituksia. *Rossin* mukaan "miksi" kysymykseen annettavat vastaukset saattavat tarjota (1) kausaaliselityksen (mistä syystä), (2) finaalisen (tavoitteita koskevan) selityksen (missä tarkoituksessa) tai (3) tiettyyn oikeus- tai moraalijärjestelmään viittaavan justifikaation (millä oikeutuksella). Rangaistus vuorostaan saattaisi viitata: (1) järjestelmään sellaisenaan (riippumatta sen sisällöstä tai historiallisesta kontekstista), (2) järjestelmään sellaisena kuin se on määrätyn valtion rikoslaissa tai (3) järjestelmän soveltamiseen konkreettisin yksittäisratkaisuin (esim. tuomio ja täytäntöönpano). Asetelman pohjalta on siis muotoiltavissa yhdeksän osaongelmaa (ks. tarkemmin *Ross* 1975 s.43 ss, jossa tosin käsitellään näistä vain osa). *Jareborgin* erotteluperusteina ovat vastaavasti: (1) Järjestelmän sisäiset perusteet ja järjestelmää kokonaisuudessaan koskevat perusteet, (2) järjestelmän eri toimintatasot (kriminalisointi, rangaistusjärjestelmä yleensä sekä yksittäisratkaisu) sekä (3) kysymykset "miksi" ja "kuinka" (*Jareborg* 1985 s.2). Näistä kahta viimeksi mainittua hyödyntäen Jareborg muotoili seuraavan analyysikaavion:

	Miksi?	Kuinka?
Kriminalisointi	1	2
Rangaistusjärjestelmä kokonaisuudessaan	3	4
Yksittäistuomio	5	6

Eri kirjoittajat painottavat eri näkökulmaeroja sen mukaan kuinka kunkin esitys vaatii. Tekstissä ovat keskeisinä erottelut kriminalisointi/rangaistus, järjestelmätaso/yksittäisratkaisu, tavoite/justifikaatio sekä kysymykset "millä ehdoilla" ja "kuinka".

tycke än tillit till sådana "högre" kriminaliseringar" (*Jareborg* 1985 s.4, ks. myös *Gross* 1979 s.32).[8]

Selittämätön intuitio ei riitä justifioimaan sen enempää kriminalisointeja kuin rangaistuksiakaan. On esitettävä ne *käytännön syyt*, joihin vetoamalla voidaan osoittaa kiellettävän menettelyn haitallisuus yksilön tai yhteiskunnan vitaalisten intressien kannalta. Tämän "pragmaattis-rationaalisen" justifikaation ydin on kirjattu liberalismin perushahmon J.S. *Mill*'in usein siteroituun lauseeseen: "The only purpose for which power can rightfully be exercised over any member of a civilised community against his will is to prevent harm to others"(*Mill* 1974 (1859) s.68). Tältä pohjalta muotoiltavat "liberalistiseen traditioon sitoutuvan kriminaalipolitiikan" perusteesit voidaan tiivistää seuraavasti.[9]

1 Kieltoja ei saa sisällyttää rikoslakiin ainoastaan tarkoituksessa saattaa niiden vastainen käyttäytyminen rangaistuksen kohteeksi.
2 Rikoslakia ei saa käyttää sellaisten tekojen rankaisemiseen, joista ei aiheudu vahinkoa.
3 Rikoslakia ei saa käyttää, milloin vähemmän kärsimystä aiheuttavat toimenpiteet ovat yhtä tehokkaita tai lähes yhtä tehokkaita haitallisen käyttäytymisen sääntelyssä.
4 Rikoslakiin ei saa sisällyttää kieltoja, joiden sivuvaikutukset ovat haitallisempia kuin käyttäytyminen, jota ne pyrkivät estämään.
5 Rikoslailla ei saa pakottaa ihmisiä toimimaan heidän omien etujensa mukaisella tavalla (ks. *Walker* 1980 s.6-7).

---

[8] Kriminalisointeja koskeva moralistinen perustelu johtaa helposti myös vastaavaan rangaistusteoreettiseen justifikaatioon. Jos näet lakien perusteluksi riittää moraalisten arvostelmien tukeminen niiden itsensä vuoksi, voidaan myös rangaistus justifioida sen itsensä edustaman moraalisen arvon nojalla (ks. *Gross* 1979 s.378). Näin menetellään sovitusteorioissa, joissa rikoksen sovittaminen rangaistuksella asetetaan arvoksi sinänsä ja oikeudenmukaiseksi per definitionem. Näin rangaistus tavallaan perustelee itse itsensä. Koska rangaistus perustuu moraalilain käskyyn, ei siitä päättäminen jää enää yksinomaan yhteiskunnan oikeudeksi. Siitä muodostuu myös yhteisön velvollisuus: "Att det är statens rätt och plikt att för uppbärände af rättsordningen upphäfva det orätta, få vi äfven taga för gifvet" (*Forsman* 1930 s.30).

[9] Erityisesti viides teesi tuottaa ongelmia. Rikoslakia on käytetty ja käytetään edelleen myös tarkoituksessa suojata tekijää itse aiheuttamiltaan loukkauksilta. Tällaisen menettelyn rankaisemiseen tosin tarvitaan erityisen painavat perusteet, ja usein "itseloukkausta" käsitelläänkin oikeuttamisperusteena (ks. *Jareborg* 1984 s.249). Teema johtaa nopeasti valtion tehtäviä ja funktioita koskeviin pohdintoihin (paternalistisen rikosoikeuden mahdollisuudet), joihin ei tässä ole tilaa (ks. esim. *Honderich* 1976 s.184 ss, *Hart* 1965 s.4 ss, *Walker* 1980 s.6-7, *Feinberg* 1984 passim, *Jareborg* 1984 s.36 ss. sekä kotimaisista kirjoittajista *Klami* 1983 s.407 ss. ja *Lahti* 1982 s.207 ss).

Jatkokysymykseen, onko oikeus pitää *mitään* intressejä niin tärkeinä, että niiden tukeminen rangaistuksin on perusteltua, riittää tässä viittaus esimerkiksi *Hartin* "luonnonoikeuden minimisisällön" käsitteeseen. Tällä Hart on tahtonut kuvata niitä vaatimuksia, joita järjestäytynyt yhteiskuntaelämä, ja ennen kaikkea ihmisten eloonjääminen yhteiskunnassa, asettavat oikeusjärjestyksen sisällölle. On olemassa sääntöjä, joiden perusta on itsensä säilyttämisen "luonnollisessa" oikeudessa, koska: ". . . without such a content laws and morals could not forward the minimum purpose of survival which men have in associating with each others" (*Hart* 1961 s.189).[10]

3. Rangaistusjärjestelmä — tavoitteet ja justifikaatio

3.1. Pragmaattis-rationaaliset syyt

Vaikka kieltojen justifikaatio ei perustele käytettyjä keinoja, ne ovat kuitenkin toisiinsa sidoksissa (ks.tästä *Klami* 1983 s.400). Kriminalisointien pohjatessa pragmaattis-rationaalisiin syihin, ei niitä tukevaa rangaistusjärjestelmää voi perustella yksin intuitiivis-moraalisin näkökohdin. Koska rangaistukset merkitsevät ihmisille normaalisti kuuluvien oikeuksien riistoa ja tahallista kärsimyksen aiheuttamista, edellyttävät ne erillistä perustelua.[11] Kun rangaistukset

---

[10] On tietenkin mahdollista riitauttaa tämäkin arvoperusta. Näin tehtäessä kielletään kuitenkin nyt käytävältä keskustelulta kokonaan mielekkyys, sillä koko kysymyksenasettelumme on jo tavallaan edellyttänyt yhteiselämän jatkumista ylimpänä tavoitteenamme. Onhan pohdittavana tietyn sosiaalisen instituution (rikosoikeusjärjestelmän) justifiointi ja sisältö toimivana, tulevaisuudessa olemassaolevana järjestelmänä. Kuten *Hart* huomauttaa, emme suunnittele sosiaalista instituutiota itsemurhakerhon tarpeisiin. Jo sen kysymyksen herättäminen, millaisissa olosuhteissa ihmisten tulisi tulevaisuudessa elää, edellyttää, että he ylipäänsä haluavat elää (ks. *Hart* 1961 s.188). Eloonjäämisen tavoitteen ja rikosoikeudellisen järjestelmän kytkevät yhteen viime kädessä luonnon tosiasiat: ihmiset ovat haavoittuvia ("Human vulnerability") ja tarvitsevat näin *periaatteessa* suojaa loukkauksia vastaan. *Käytännössä* tämän suojan tekee välttämättömäksi ihmisten rajallinen altruismi ("Limited altruism"), jonka voimasta ihmiset ovat valmiita olemassaolon taistelussa asettamaan omat edut muitten etujen edelle. Nämä yhdessä perustelevat yhteisesti noudatettavien kieltojen mielekkyyden. (ks. tarkemmin *Hart* 1961 s. 187 ss).

[11] Rangaistukseen kuuluu käsitteellisesti sekä *moraalinen lataus* (moite, paheksunta) että *tarkoituksellinen kärsimyksen tai haitan aiheuttaminen* (ensinmainitun ehdon perustelusta ks. erityisesti *Ross* 1975 s.37 ss). Rikosoikeudellisen rangaistuksen olennaisiksi lisämääreiksi on vielä asetettava *virallisuus* (tuomitaan viranomaisten toimesta rikosoikeudellisen järjestelmän puitteissa) sekä *legalistisuus* (tuomitaan vain normia rikkoneelle, rikoksen tehneelle henkilölle). Käsitemäärittelyistä tarkemmin ks. *Ross* 1975 s.36 ss, *Hart* 1968 s.4—5 sekä myös *Anttila-Heinonen* 1977 s.14.

toisaalta nyt esitetyn mukaan on asetettu tukemaan rationaalisesti perusteltavissa olevia kieltoja, on niiden justifikaation vähimmäisehtona *jonkinasteinen tehokkuus näiden kieltojen tukemisessa*. Rangaistusten tulee tuottaa vähemmän haittaa ja enemmän hyötyä kuin minkään muun vaihtoehtoisen kohtuullisin kustannuksin toteutettavissa olevan järjestelmän, ja sen tuottamien hyötyjen tulee olla aiheutettuja haittoja suuremman. Perustelut, jotka eivät kiinnitä lainkaan huomiota järjestelmän ominaisuuteen yhteiskuntaa hyödyttävänä, ovat siksi jo lähtökohtaisesti riittämättömät.[12] Toiseksi hyödyllisyys yksin ei riitä, vaan ratkaisevaksi muodostuu hyötyjen ja haittojen vertaaminen, sekä vaihtoehtojen arviointi.

3.2. Utilitarismin kritiikki—ihminen päämääränä ja keinona

Hyötypohjainen perustelu on torjuttu vetoamalla Kantin etiikkaan ja väitteeseen, jonka mukaan ihmisten rankaiseminen tarkoituksessa, etteivät muut tekisi rikosta, merkitsee yksilön uhraamista toisten edun vuoksi. Tämä on ihmisarvoa alentavaa, sillä ihmistä ei koskaan tulisi käyttää välineenä, vaan häntä on aina kohdeltava päämääränä sinänsä (esim. *Vandberg* 1982 s.8 viitteineen). Taustalla on siten tunnettu maksiimi:

> "Toimi siten, että käytät ihmistä, sekä omaa että jokaisen muun persoonaa, aina samalla tarkoitusperänä eikä koskaan pelkästään välineenä" (*Kant* 1932 s.120).

Preventioon nojaavan rangaistusjärjestelmän, ollakseen moraalisesti hyväksyttävä, tulisi siis kunnioittaa toiminnassaan ihmisen yksityisautonomiaa ja hänen arvoaan ihmisenä. Ratkaistavaksi vain jää, mitä kielto kohdella ihmistä välineenä merkitsee.

Ehdoton kielto käsitellä ihmistä välineenä tuntuu prima facie utopistiselta, sillä sosiaalinen yhteiselämä perustuu juuri siihen, että ihmiset käyttäytyvät tavalla, joka on toisten etujen mukaista ja näille hyödyksi. Periaate ei itse asiassa kategorisesti kielläkään ihmisten käyttämistä välineinä; siinä kielletään ainoastaan ihmisten käyttäminen *pelkästään* välineenä. Kant sallii sen, että henkilöitä käytetään myös välineinä, kunhan heitä ei käytetä *yksinomaan* välinei-

[12] Moralistinen perustelu jättää rangaistuksen käytölle rationaalista justifikaatiota etsivän tyytymättömäksi. Tämä piirre on saanut esim Richard *Wasserströmin* hylkäämään Just Deserts-opin. Hänen mukaansa oppi perustaa rangaistuksen käytön viime kädessä epämääräiseen intuitioon, jonka mukaan rikos ansaitsee rangaistuksen ilman, että kykenemme tätä vaatimusta enää rationaalisesti perustelemaan. Retributivismi ei siten muodosta *Wasserströmin* mukaan ainakaan toistaiseksi riittävää rangaistuksen justifikaatiota (*Wasserström* 1977 s.193-194).

nä. *Aina* heitä on kuitenkin kohdeltava *myös päämääränä* sinänsä.[13] Mitä merkitsee siis ihmisen kohteleminen "päämääränä"?

Se, kohdellaanko ihmistä päämääränä vaiko välineenä, jäisi Kantin omien esimerkkien mukaan riippuvaiseksi siitä, *voiko toiminnan kohteena oleva ihminen itse omaksua toiminnan tarkoituksen* (*Kant* 1932 s.121). *Hodson* päätyi Kant-tulkinnassaan käsitykseen, jonka mukaan se, että henkilö voisi omaksua toiminnan päämäärän vuorostaan edellyttää, että hänellä on *valinnan mahdollisuus*. Toisen kohteleminen päämääränä sinänsä merkitsee siten aina tämän henkilön omien valintojen kunnioittamista. Kategorinen imperatiivi on näin täsmentynyt *"ihmisen (valintojen) kunnioittamisen periaatteeksi"* ("Respect for persons- principle" *Hodson* 1983 s.2 ss). Periaate, joka vaatii meitä kohtelemaan ihmisiä ajattelevina olentoina, joiden tulee itse saada päättää elämänvalinnoistaan, on - siihen katsomatta kuinka "aidon kantilainen" se on[14] - yleisesti hyväksyttävissä yhdeksi lainsäädännön eettisyyden mitoista. Se, että ihmisten valintoja on kunnioitettava[15] merkitsee samalla, että häntä on kohdeltava päämääränä sinänsä, ei pelkkänä tahdottomana välikappaleena muiden hyväksi.

Olisi siis ratkaistava, kuinka taata yksilöiden vapauspiiri siten, ettei omien vapauksien käyttäminen loukkaa toisten oikeuksia. Näin on myös rangaistusjärjestelmän justifiointi saatettu osaksi laajempaa poliittisten oikeuksien teoriaa: teoriaa, joka pyrkii sovittamaan yhteen yksilön vapauksien ja oikeuksien kunnioittamisen sekä valtion pakkovallan tavalla, joka säilyttää yksilön autonomian.[16] Nämä teoriat nojaavat kaikki tavalla tai toisella klassiseen yhteiskuntasopimusoppiin.

---

[13] Tästä ovat Kant-tutkijat yhtä mieltä (ks. *Salomaa* 1932 s.379, *Ross D.* 1962 s.49 ja *Paton* 1958 s.165 ss).

[14] *Hodson* itse pitää muotoilemaansa periaatetta riittävän "kantilaisena" (*Hodson* 1983 s.2). Pyrkimys valinnanvapauden turvaamiseen onkin kantilaisia oikeudenmukaisuusteorioita yhdistävä piirre. Se ilmenee myös Rawlsin kirjoitusten pohjalta muotoillussa rangaistusteoriassa (ks. *Decker* 1979 s.111, lakien tehtävänä on rajoitusten sijasta :".. to liberate individuals from the constrains and obstacles which prevent them from realizing their rational life plans"). Vastaavasti ihmisten moraalisen kohtelun vaatimus edellyttää Morrisin mukaan, että a) sallimme yksilön tehdä elämäänsä vaikuttavat valinnat ja b) vastauksemme ja reaktiomme yksilöä kohtaan ovat vastauksia hänen valintoihinsa (*Morris* 1975 s.580).

[15] Hodsonin esittelemin tarkemmin rajoituksin, ks *Hodson* 1983 passim.

[16] "What is needed . . . is a political theory which makes the state's decision to punish me in some sense my own decision. If I have willed my own punishment . . . then even if at the time I happen not to desire it -it can be said that my autonomy and my dignity remain intact" (*Murphy* 1979 s.97).

3.3. Rangaistus reilun pelin siirtona

Yhteiskuntasopimusteorioiden tarkoituksena on osoittaa, että ainoastaan sellaiset pakkoa sisältävät instituutiot, joihin rationaaliset ihmiset tietyssä valintatilanteessa (ns. alkutilanteessa) päätyisivät, ovat oikeudenmukaisia.[17] Päästyään sopimukseen niistä periaatteista, joiden mukaan yhteiskunnan instituutiot järjestetään, ihmiset sitoutuvat noudattamaan näitä sääntöjä myös tulevaisuudessa, silloinkin kun he joutuvat näiden noudattamisesta kärsimään (*Uusitalo* 1973 s.89). Lakien noudattaminen on vastasuoritus niille yhteiskunnan jäsenille, jotka ovat itsekieltäymyksen kautta pidättäytyneet lakien rikkomisesta. Joka kieltäytyy *tästä* vastasuorituksesta lakia rikkomalla, joutuu muulla tavalla maksamaan velkansa yhteiskunnalle. Tämä velka suoritetaan rangaistuksen muodossa. Rangaistus on siten edellytyksenä sille, että järjestelmä rikoksen sattuessa voisi säilyä oikeudenmukaisena. Sen tehtävänä on antaa takeet, ettei lakia rikkonut saavuta lakia noudattaneiden kustannuksella oikeudetonta etua (ks. *Morris* 1975 s.580, *Murphy* 1979 s.97—102 ja *Plant* 1980 s.65). Teoria puolustaa siis rangaistusta *keinona, joka takaa etujen ja rasitusten oikeudenmukaisen jakautumisen yhteiskunnassa*. Rangaistus on eräänlainen "reilun pelin siirto" - vastasuoritus, eli velvollisuudesta maksettu velka yhteiskunnan muille jäsenille.[18]

Jos huomio kiinnitetään yksinomaan tähän velvollisuuteen ja pyrkimykseen moraalisen tasapainotilan korjaamiseen sen itsensä vuoksi, on teoria ymmärrettävissä puhtaan retributiiviseksi rangaistusteoriaksi.[19] Käsittääkseni tällä

---

[17] Yhteiskuntasopimusteoreetikot eivät tietenkään väitä, että tällaista alkutilannetta olisi koskaan historiallisesti ollut. Kyse on fiktiosta, jonka avulla voimme määritellä oikeudenmukaisen ja puolueettoman oikeusjärjestyksen sisällön (ks. *Plant* 1980 s.65, *Murphy* 1979 s.101 sekä myös *Backman* 1976 s.51-52).

[18] Tuon "pelin" olennaiset asetelmat olivat seuraavat: 1) Lähtökohtana on fiktiivinen alkutilanne, jossa rationaaliset ihmiset vapaaehtoisesti osallistuvat yhteiskuntaa ohjaavien sääntöjen laadintaan sekä hyväksyvät nämä säännöt paitsi muita, myös itseään koskeviksi. 2) Syntyneen sopimuksen (lain) nojalla tarjotaan ihmisille joukko etuisuuksia, joista he saavat yhteiskunnan jäseninä nauttia. 3) Saatujen etujen vastapainona ja niiden jakamisen edellytyksenä yksilöt joutuvat kuitenkin tekemään joukon uhrauksia (noudattamaan lakia silloinkin kun se olisi epämiellyttävää). 4) Henkilö, joka päättää olla noudattamatta tehtyä sopimusta ja rikkoo lakia, saa samalla etua muiden yhteiskunnan jäsenten kustannuksella. Tämä on vastoin poliittisen oikeuksien ja velvollisuuksien vastaavuutta, se rikkoo oikeudenmukaiseksi koettua etujen ja velvollisuuksien tasapainoa ja on siten "epäreilua" muita kohden. 5) Reiluuden nimissä on tasapainon saavuttamiseksi rikkoneen kannettava ylimääräinen taakka, joka poistaa tehdyn rikoksen perusteella saavutetun edun.

[19] Näin sitä käsittelevät mm. *von Hirsch* 1976 s.47 ss, *Murphy* 1979 s.84 ja *Sadurski* 1985 s.57 ss.

''kantilas-rawlsilaisella'' teorialla on myös tehokkuusnäkökohtia painottava pragmaattinen puolensa, joskaan se ei teorian alkuasetelmasta suoraan ilmene. Vaikka perustelu nojaa moraalisiin näkökohtiin, ei ''reilu peli'' *sinänsä* justifioi rangaistuksen käyttöä, vaan se, että ihmiset olisivat alkutilanteessa valmiit sisällyttämään rangaistusjärjestelmän yhteiskuntaa sääntelevien mekanismien joukkoon. Lopullinen justifikaatio paljastuu vasta kun saadaan vastaus siihen, *miksi tämä järjestelmä valittiin*. Koska rangaistus merkitsee lisäkärsimyksen aiheuttamista, ja siis niiden etuisuuksien riistämistä, joiden maksimointiin sopimuksella pyrittiin, täytyy ihmisillä olla *pätevät syyt* tällaisen järjestelmän valintaan.

Riittävän vakuuttavana perusteena voi teorian omista lähtökohdista olla vain *järjestyksen ja stabiliteetin säilyttäminen*, sillä *vain järjestyksen vallitessa ihmiset voivat nauttia niistä eduista, joita yhteiskuntasopimus heille tarjoaa*. Tähän stabiliteetin säilyttämiseen tähtää (muiden järjestelyjen ohella) myös rangaistusjärjestelmä. Rangaistus kuuluu ihmisten valitsemiin sosiaalisiin järjestelmiin vain, koska se takaa sopimuksen tarjoamien vapauksien käyttämiselle välttämättömän yhteiskuntarauhan (ks. myös *Decker* 1979 s.110).

Jos rangaistuksen legitimoi viime kädessä pyrkimys yhteiskuntarauhan säilyttämiseen, on myös edellytettävä, *että rangaistus todella vaikuttaa ihmisten käyttäytymiseen*. Pelkkä tasapainotilan palauttaminen ''ideoiden maailmassa'' ei riitä.[20] Tämä reilun pelin teorian taustalle konstruoitavissa oleva preventioperustelu on Hartille ja Rawlsille niin itsestään selvä, ettei kumpikaan ole aihetta sen kummemmin problematisoinut:

> ''Lähtökohtana tietenkin on rikoslain ja sen sanktioiden tarve yhteiskuntaa uhkaavan käyttäytymisen vastustuskeinoina. Tämä sisältää myös oletuksen, että rikoslaki rangaistusuhkineen tosiasiallisesti vähentää antisosiaalista käyttäytymistä, uskomus, jonka voi kyllä hyvällä syyllä väittää perustuvan vähemmän luotettavaan todistusaineistoon.'' (*Hart* 1968 s.46-47).
>
> ''On totta, että kohtuullisen hyvin järjestäytyneessä yhteiskunnassa oikeudenmukaisten lakien loukkaamisesta rangaistut henkilöt ovat tavallisesti tehneet jotakin väärää. Näin on sen vuoksi, että rikoslain tehtävänä on tukea ja vahvistaa niitä ihmisten luonnollisia perusvelvollisuuksia, jotka kieltävät meitä loukkaamasta toisten ihmisten henkeä, terveyttä

[20] Ks. *Clarke* 1982 s.35: ''On selvää, ettei rangaistuksesta ole apua yhteiskuntarauhan, ja sitä kautta ihmisten oikeuksien puolustamisessa, ellei se jälkikäteisen ideoiden maailman tasapainotilan palauttamisen sijasta kykene nimenomaan rikosten ehkäisemiseen. Tämä jää myös Galliganilta havaitsematta hänen pohtiessa, miksi reilu peli edellyttää juuri rangaistusta (*Galligan* 1981a s.157-159).

tai omaisuutta, ja juuri tätä tehtävää palvelevat rangaistukset". (*Rawls* 1973 s.314).

Kohdeltaessa teoriaa sellaisena kuin se on, ts. yrityksenä saattaa preventiivisen rangaistus*järjestelmän* käyttö sopusointuun yksilön autonomian ja ihmisarvon kanssa, on sillä kiistatta eräitä etuja puolellaan, edellyttäen, että seuraavissa jaksoissa täsmennettävät rangaistuksen käytön ehdot täytetään. Se heijastelee eräitä keskeisiä, yleisesti hyväksymiämme moraaliarvostuksia (näin myös *MacCormick* 1981 s.143). Pidämme oikeana, että ihmistä palkitaan itsekieltäymyksestä, jos ei muuten, niin vähintäänkin siinä muodossa, etteivät muut pääse ansiotta hyötymään toisten pidättyvyydestä. Tässä suhteessa rangaistus velanmaksuna on todellakin sitä, mitä "reilu peli" edellyttää. Yhtälailla olemme usein valmiit vaatimaan, "joka leikkiin ryhtyy, se leikin kestäköön". Teoria kunnioittaa edelleen ihmistä rationaalisiin valintoihin kykenevänä olentona. Siihen katsomatta, että tämä olettamus saattaa olla paikoin empiirisesti epärealistinen on se moraalisesti kuitenkin parempi kuin vaihtoehdot, jotka rakentavat rangaistusteoriansa sellaisen ihmiskäsityksen varaan, jossa yksilöitä pyritään hoitamaan kuten sairaita lapsia (hoitoideologia), tai heitä manipuloidaan rangaistusuhin ikään kuin eläimiä.

3.4. Reilun pelin ehdot ja rangaistusjärjestelmän kritiikki

Liberalistisen rangaistusteorian alkuasetelmaan liittyy kuitenkin joukko rangaistusjärjestelmän justifioinnin kannalta kiusallisia ehtoja ja varaumia, joihin teorian kritiikki on myös tarttunut.[21] Sen kärki suuntautuu oletukseen, jonka mukaan lait hyödyttävät kaikkia ja niin muodoin myös moraalisesti velvoittavat alistumaan tottelevaisuuden puutteesta seuraavaan rangaistukseen. *Edut eivät kuitenkaan jakaannu tasan, eivätkä säännöt hyödytä kaikkia.* Valtaosa rikoksentekijöistä kuuluu yhteiskuntaluokkaan, jonka yhteydessä velvollisuus rangaistuksen kärsimiseen maksuna siitä kaikesta hyvästä, minkä yhteiskunta on heille antanut, kuulostaa lähinnä huonolta pilalta. Moraaliselle vastavuoroisuudelle ei siis löydy teorian edellyttämiä perusteita - seikka, joka vakavasti vaarantaa esitetyn justifikaation.[22]

---

[21] Ks. tästä esim. *von Hirsch* 1976 s.149, *Wasserström* 1977 s.193 ss, *Murphy* 1979 s.100 ss, *Norrie* 1980 passim, *Clarke* 1982 passim, ja *Burgh* 1982 s.203.

[22] Ks. *Murphy* 1979 s.107-108 sekä *Norrie* 1982 s.61. Se vaikuttaa paitsi kysymykseen vastuun määrästä, myös oikeutukseen ylipäänsä rangaista :". . . for theft, vandalism, rape, murder, fraud etc. them being products of an alienating, materialistic and sexist society" (*Clarke* 1982 s.53). Liberalistinen justifikaatio rakentuu oletukselle tasapuolisesta kompromissista, jossa oikeuksien suojaamiseksi riistetään osa toimintavapautta. Mietittäessä *keiden*

Kritiikki palauttaa esityksen siten takaisin niihin *kieltoihin* ja *lakeihin* joiden tukemisesta rangaistusjärjestelmässä on kyse. On tärkeää huomata, ettei rangaistusjärjestelmää voi justifioida abstraktiona, vaan ainoastaan yhteydessään vallitsevaan rikoslakiin ja poliittiseen järjestelmään.[23] Tässä enempiä perusteita tuskin kaipaavat vaatimukset, joiden mukaan lait on säädetty demokraattisesti, ne palvelevat kaikkia ja takaavat ihmisille tietyn valinnan- ja toiminnavapauden sekä mahdollisuuden suunnitella ja toteuttaa omaa elämänsuunnitelmaansa jne. Tarkempia vastauksia näihin rangaistusjärjestelmän syväjustifikaation ehtoihin olisi etsittävä sisällöllisistä oikeudenmukaisuusteorioista (ks. esim. *Rawls* 1973 ja esim. *Finnis* 1980 ja *Sadurski* 1985 s.75). Tässä riittää, kun havaitaan rangaistusjärjestelmän oikeutus historiallisesti sidotuk-

---

etuisuuksista ja velvollisuuksista tässä kompromississa on kyse, ei voi olla epäilemättä tehdyn kompromissin tasapuolisuutta. Toisella puolella on suuri lakia kunnioittava ja suojaa vaativa enemmistö, toisella puolella taas lakia rikkova pieni vähemmistö, johon lakia sovelletaan ja jonka vapaus on vaakakupissa enemmistön oikeuksia suojattaessa. Liberalistin vastattavaksi asettuu tällöin vaikea kysymys: minkä vuoksi ei enemmistö oman etunsa nimissä huolehtisi siitä, että heidän oikeuksiensa suoja painaisi vaakakupissa rikollisten vapaudensuojaa enemmän. Huomautus, jonka mukaan vapaudelle kuuluvan arvon tässä kompromississa takaa se, että rikoksiin syyllistyneiden oikeusturva ja vapauden suoja pitkällä tähtäimellä koituisi kaikkien hyväksi, on vastauksena epäuskottava. Tästä vapauden suojasta ei enemmistö tule koskaan nauttimaan, eikä tunne intressiä sen turvaamiseksi. Kuten *Dworkin* toteaa, rikoslaki on pikemminkin yhteiskunnan alimmalla portaalla olevan taparikollisen kuin keski-tai yläluokkaan kuuluvan vapauden uhkaajana, eikä ensin mainittujen aseman parantaminen tässä kompromississa tule edes pidemmän päälle vaikuttamaan edistävästi jälkimmäisen oikeusasemaan (*Dworkin* 1977 s.12).

[23] Rangaistusteoria on siis osa valtion pakkovallan yleistä justifikaatiota: ". . . the theory on punishment cannot be independent: It is incurably relative to the justification of the effects it is seeking to promote - in this case the maintainance of the state and the legal order. . ." (*Lacey* 1984 s.28-29). *Von Hirsch* sivuuttaa liian kevyesti tämän yhteyden. Havaitessaan ongelmat, jotka liittyvät rangaistusjärjestelmällä voimaansaatettavien sosiaalisten järjestelyjen oikeudenmukaisuuteen itseensä, hän kysyy: ". . .must the legitimacy of the institution of punishment depend on the existence of larger social arrangements that are absolutely fair. The actor certainly may be worthy of censure—even in an imperfect social system" (*von Hirsch* 1985 s.58). Kysymykseen voi vastata *Murphyn* sanoin: "It surely logically consistent to regard a goal as morally important and also argue that the state has no business in promoting that goal" (*Murphy* 1985 s.4). Rangaistusjärjestelmän kaltaisella, perusoikeuksiin jyrkästi puuttuvalla välineellä ei siis voi edistää mitä hyvänsä järjestelyä eikä sitä voi käyttää milloin hyvänsä tekijä on "worthy of censure". Vain kun *pakottavat valtionintressit niin vaativat, eikä mikään muu menetelmä ole tehossaan ja tuottamissaan hyödyissä suhteessa kustannuksiin läheläkään rangaistusjärjestelmän hyödyllisyyttä* on siihen lupa turvautua (ks. tarkemmin *Murphy* 1985 s.4—5, rangaistusteorioiden tarkastelusta suhteessa valtioon ja sen legitimaatioon ks. erityisesti *Callies* 1973 passim).

si (ks. myös *Galligan* 1981a s.162). Järjestelmätason justifikaatio ja tavoitteet voidaan siten tiivistää seuraavasti:

TAVOITE

Sosiaalinen kontrolli, yhteiskuntarauhan ylläpitäminen, vitaalisten yksilöllisten ja yhteisöllisten oikeushyvien suojelu, toiminnan ja valinnanvapauden sekä turvallisuuden takaaminen.

JUSTIFIKAATIO

a) Sosiaalinen järjestys on hyvä, lait on säädetty demokraattisesti ja ne palvelevat kaikkia. Lait kieltävät vain teot, jotka aiheuttavat vahinkoa toisille.

b) Rangaistusjärjestelmä on ainakin jossain määrin tehokas keino ehkäistä rikollisuutta. Sen aiheuttamat haittavaikutukset ovat saavutettavia hyötyjä pienemmät.

Lakien ja yhteiskunnallisten olojen oikeudenmukaisuus on siten ehtona niitä tukevien ja stabilisoivien rangaistusten oikeudenmukaisuudelle. Lakien noudattamisen varmistaminen pakolla on sitä perustellumpaa, mitä tasapuolisemmat lait ovat. Rikoslain käyttö on sitä huonommin perusteltavissa, mitä enemmän on tarjolla moraalisesti hyväksyttävämpiä välineitä. Rangaistusten langettaminen on sitä epäilyttävämpää, mitä enemmän saamme tietoa sen tehottomuudesta ja mitä rajallisemmat ovat ihmisten toimintavapaudet.

On toinen asia, kuinka olemassaolevat rikoslait ja yhteiskuntaolot suhtautuvat näihin vaatimuksiin.[24] Justifiointia koskeva teoria ei käsitykseni mukaan saisi rajautua yksin sisäisen näkökulman seuraamiseen, vaan olisi suhtauduttava vakavasti myös ulkoisen justifikaation ongelmiin. Tehtävänä ei ts. tulisi olla niinkään perusteiden esittäminen voimassaolevan järjestelmän tueksi, kuin kelvollisen justifikaation *ehtojen* osoittaminen. Rikosoikeudellisia esityksiä on tässä perinteisesti leimannut virheellinen lähtökohta: tehtäväksi on omaksuttu pitävien perusteiden etsiminen jo harjoitetun käytännön puolustukseksi. Rangaistusjärjestelmä hyväksytään siis tavallaan yhteiskuntaan joka tapauksessa kuuluvana "kulttuuritosiasiana" (*Ross* 1966 s.469), jonka oikeutusta ei aidossa mielessä aseteta kyseenalaiseksi. Lopputulos on ts. jo ennakolta hyväksytty ja

[24] "As long as a substantial segment of the population is denied adequate opportunties for a livehood, any scheme for punishing must be morally flawed" (*von Hirsch* 1976 s.149). Vaikka nämä huomautukset vaivaavat niin "liberaaliksi" luokiteltua *von Hirschiä* kuin myös kovan linjan konservatiivina tunnettua *van den Haagia*, heijastuu kirjoittajien poliittinen asennoituminen kannanottojen jyrkkyyteen; *Norrie*: "No moral justification", *Murphy:* "societies largely lack the moral right to punish", *von Hirsch*: "morally flawed" ja *van den Haag*: "ideas of justice turn sour"(ks. *Clarke* 1982 s.53).

tehtävänä on vain pitävien perusteiden etsiminen (ks. myös *Klami* 1983 s.369 sekä *Eckhoff* 1984 s.34).[25] Näitä on sitten vaihdettu sen mukaan, kuin empiriaa koskevat otaksumat ovat osoittautuneet virheellisiksi.

"Pitävien" perusteiden sijasta on siis osoitettava kelvollisen justifikaation ehdot. Milloin ne jäävät toteutumatta, ei seurauksena tulisi olla teorian vaan todellisuuden muovaaminen. Toisaalta rangaistusjärjestelmän moraalisten puutteiden havaitseminen ei välttämättä oikeuta järjestelmän hylkäämiseen. Siitä luopumalla kun ei valitettavasti voida luopua tarpeesta torjua haitallista käyttäytymistä. Järjestelmän pitkä ikä johtuu ainakin osaksi *myös* siitä, että sillä on eräitä käytännöllisiä ja moraalisia etuja puolellaan. Se on vähemmän resursseja vaativa kuin jokin toinen (edes jossain määrin tehokas) sosiaalisen kontrollin muodoista. Se myös kunnioittaa - tai ainakin se on muotoiltavissa siten, että se kunnioittaa - yksilön valinnan ja toiminnanvapauden keskeisiä moraalisia arvoja; ja mitä todennäköisemmin jopa paremmin kuin monet vaihtoehtoiset järjestelyt (ks. myös *Jareborg* 1980 s.44).[26]

4. Konkreettisen rangaistuksen langettamisen ehdot - syyllisyysperiaate ja toisintoimimismahdollisuus

4.1. Vastuuehtojen kuvaus

Syyllisyysperiaate rangaistuksen langettamisen ehtona vaatii, että henkilö olisi voinut menetellä toisin. Tämä pätee sekä rikosoikeudeelliseen[27] että moraaliseen vastuuseen yleensäkin.[28] Toisintoimimismahdollisuus edellyttää sekä *ky-*

[25] Rangaistuksen rehellinen justifiointi voi tietysti osoittautua vaikeaksi tehtäväksi, jolloin tutkijaa kohtaa kiusaus hyväksyä lopputulos jo annettuna ja kuvata sitä tukevat syyt niin hyvin kuin taitaa, ks. *von Hirsch* 1985 s.59: "It seems easier to accept the institution of punishment than to understand and accept the premises these theories propose as the basis for punishment". Sen sijaan esim. *Murphy* myöntää avoimesti kasvavat epäilynsä yhdistää liberalistiseen valtioideaaliin nykyisenkaltainen rangaistusjärjestelmä: "When moral accounts of punishment are brought together with issues in social and political philosophy (including the philosophy of constitutional law), we may not be able to retain everything that appeals to us in one neat conceptual package, in one coherent system. Some fundamental theoretical choices may be required" (*Murphy* 1985 s.9).

[26] Tällä en tarkoita, että nykyinen rangaistusjärjestelmä olisi lähelläkään poliittista tai moraalista ideaalia. Olemme vain valitettavasti tekemisissä kysymysten kanssa, joiden yhteydessä on mahdollista tehdä valintoja ainoastaan huonojen vaihtoehtojen välillä, eli Jareborgin sanoin: "Straffrätt är egentligen någonting väldigt deprimerande. Men det finns mycket som är värre" (*Jareborg* 1980 s.45).

[27] Ks. *Zipf* 1969 s.39-40, *Roxin* 1974 s.181-182 ja *Kaufmann* 1961 s.128-129.

[28] Ks. *Hart* 1961 s.173, *Ross* 1975 s.159 lähteineen ja *Ofstad* 1980 s.124 ss.

kyä että *tilaisuutta* toimia toisin. Lause "hän olisi voinut menetellä toisin" voidaan myös ymmärtää paitsi *indikatiivisena*, myös *konjunktiivisena*, jolloin siihen on liitettävissä ehtolause ("olisi voinut menetellä toisin, jos. . ."). *Jareborg* on nimennyt tämän vastuuehdon "konformiteettiperiaatteeksi". Sen kielellisen analyysin perusteella vastuu sulkeutuu pois, milloin henkilöllä (ks. tarkemmin *Jareborg* 1969 s.360 ss lähteineen ja sama 1986 s.3—5):

> (1) ei ollut kykyä tai tilaisuutta käyttäytyä lain vaatimalla tavalla, tai vaihtoehtoisesti,
> (2) ei olisi ollut kykyä tai tilaisuutta noudattaa lain määräyksiä, vaikka hän olisi tehnyt X, joka hänen olisi tullut tehdä ja johon hänellä oli kyky ja tilaisuus.

Näin on annettu kuitenkin vasta osittainen kuvaus moraalisen ja oikeudellisen vastuun ehdoista. Luovumme usein moitteesta siitä huolimatta, että henkilöllä oli sekä tilaisuus että kyky toimia toisin. Vastuusta vapauttaminen ei perustu näin "aidon" toisintoimimismahdollisuuden puutteeseen vaan, kuten *Ross* on osoittanut, siihen, ettei henkilöltä esimerkiksi tilanteen pakottavuuden tai hädän vuoksi kohtuudella *olisi voitu vaatia* muunlaista suhtautumista (*Ross* 1975 s.171 ss. ja *Kleinig* 1973 s.94 ja 97). Jareborg nimittää tätä esityksiinsä myöhemmin liittämäänsä tarkennusta "kohtuusperusteiseksi" syyllisyysehdoksi (ks. *Jareborg* 1985b s.11). Kohtuuskäsitteen ongelmallisuuden vuoksi on yksinkertaisinta puhua toisintoimimismahdollisuudesta *vahvassa* (tilaisuus/kyky) ja *heikossa* (motivointi) mielessä.[29]

4.2. Periaatteen rationaliteetti

Syyllisyysperiaatetta tukee vahva intuitio. Yksi sen taustaselityksistä kytkeytyy moraaliarvostelmien käytännölliseen tehtäävään sekä kykyyn muovata asenteita ja säädellä käyttäytymistä. Myöhäisemmän emotivismin mukaan tuo teh-

---

[29] Konformiteettiperiaatteen ilmaisemien moraalisen vastuun ehtojen täyttyessä voimme puhua käyttäytymisen moitteenalaisuudesta ("blameworthiness", *Jareborg* 1983 s. 22). Rangaistavuus ("punishmentworthiness", *Jareborg* 1983 s. 22, "Sanktionsbedürftigkeit", *Roxin* 1974 s. 182), ei vielä tule konformiteettiperiaatteen nojalla ratkaistuksi (vrt. esim. vastuun rajoittaminen tahallisiin rikoksiin). Vaikka tekijä olisi tehdessään rangaistuksenalaisen teon voinut menetellä toisin, ja siis voimme kohdistaa häneen moraalisen moitteen, ei tästä vielä ole pääteltävissä, että henkilö on kelvollinen rikosoikeudelliseen vastuuseen. Teon tulee tämän ohella täyttää haitallisuuskriteerit. Kääntäen tämän yhteyden sen sijaan tulisi päteä. Kaiken rikosoikeudellisen vastuun tulisi sisältää myös moraalinen moitteenalaisuus. Näinkään asia ei todellisuudessa ole, mutta oireellisena on pidettävä, että juuri näitä poikkeamia pidetään rikosoikeuden ongelmakohtina.

tävä myös määrää sen käyttäytymisen alan, johon arvostelmamme kohdistuvat (*Stevenson* 1944 s.302). Perusteluksi sille, miksi vain tekijän vältettävissä olevat teot kohtaavat moraalisen paheksumisen *Stevenson* kirjoittaa:

> "Ethical judgements are used to modify the actions that are judged. But not all actions can be modified in this way. . . only avoidable acts, in the sense defined, are likely to be modified by ethical judgements. Hence only they are likely to be judged. In other words, the statement "A's action was unavoidable" indicates that a judgement will not serve to control actions like A's, and on that account usually causes any judgement of the action to be withdrawn. . ."(*Stevenson* 1944 s.303).

Kytkemme moraaliarvostelmamme vain sellaiseen käyttäytymiseen, joka on ollut yksilön säänneltävissä. Arvostelmat vaikuttavat asenteisiin ja asenteet valintoihin. Valinnat vuorostaan määräävät (moraalisesti relevantin) käyttäytymisemme. Milloin valinnoilla ei tätä vaikutusta ole, olisi toiminnan moraalinen arvosteleminen myös moraalin funktion kannalta vailla mieltä (*Stevenson* 1944 s. 304).

Sama perustelu on siirretty rikosoikeudellisiin esityksiin. Nyt vain arvostelmien käyttäytymistä ohjaava merkitys on korvattu rangaistuksen pelotusvaikutuksin. Tämä oli eräs benthamilaisen utilitarismin perusajatuksia.[30] Tekniikka on edelleen tuttu sekä anglosaksisessa rikosoikeudessa[31] että uudemmassa saksalaisen kielialueen rikosoikeudellisessa kirjallisuudessa.[32] Näihin tavoiterationaalisuutta korostaviin perusteisiin voisi lisätä myös integraatioprevention vaatimukset: moraaliseen intuitioon ja oikeustajuntaamme sisältyvää toisintoimimismahdollisuutta vastaan rikkova rangaistusjärjestelmä joutuisi ristiriitaan moraalikäsitysten kanssa ja menettäisi vähitellen tehokkaan toiminnan ehtona olevan legitimiteetin.

---

[30] Mackie tiivistää argumentaation seuraavasti: "The purpose and justification of punishment is deterrence, but it is only intentional acts that people can be deterred from performing so it is only these that can be rational to punish" (*Mackie* 1977 s.209, rangaistuksen langettamisen ehdoista tarkemmin *Bentham* 1982 XIII).

[31] "Pelote (deterrence) saattaa tehota vain, jos syyllinen on tietoinen lain rangaistusuhasta; mikäli tekijä ei havaitse tekonsa seurauksia, ei hän myöskään voi ottaa hänen varalleen säädettyä rangaistusta huomioon . . . Siitä huolimatta, ettei pelotus ole rikosprosessin ainoa päämäärä, on edellytettävä, että rangaistukseen tuomittavat ihmiset kuuluvat niihin, joihin pelote saattaa tehota" (Glanville *Williams* 1961 s.30 ja 428).

[32] Ks. *Roxin* 1984 s.655-657 ja sama 1974, 1978 ja 1979, *Achenbach* 1984 s.150 sekä *Schünemann* 1984 s.48 ss. Ajatus tulee tiivistetyssä muodossa esiin myös Burkhardtin kirjoituksessa: "Von Schuld lässt sich . . . nur dann sprechen wenn, der damit verbundene Vorwurf eine verhaltenleitende oder -stabilierende Wirkung enthalten, bsw. die Sanktion ihren Zweck erreichen kann" (*Burckhardt* 1976 s.334).

Tavoiterationaalista justifikaatiota heikentävät taas väitteet siitä, että vastuuvapausperusteen nojallakin toimineen henkilön (johon siis rangaistusuhka ei vaikuta) rankaiseminen saattaa tehota *muihin* (*Hart* 1968 s.42—43 ja *Jareborg* 1969 s.366 ss. sekä sama 1985b s.13). Sitäpaitsi, myös lapset ja mielisairaat voivat motivoitua pelotteesta - sikäli kuin pelote ylipäätään ketään motivoi (ks. *Kleinig* 1973 s.100).[33]

Tehokkuusnäkökohtien ohella toisintoimimismahdollisuutta voidaan puolustaa myös *laajemmin pragmaattis-rationaalisin perustein*. On osoitettavissa, että yhteiskunnan jäsenten olisi heidän oman etunsa nimissä järkevää hyväksyä syyllisyysvastuu, siitä huolimatta, että se määrätilanteissa voisi johtaa suoran preventiotehon laskuun. Ajattelun jälkiä näkyy jo saksalaisella kielialueella suositussa tekniikassa johtaa syyllisyysperiaate oikeusvaltioajatuksesta. Oikeusvaltio suojaa yhtäältä kansalaisten oikeushyviä rikosten muodossa tapahtuvia loukkauksia vastaan, toisaalta se osana yhteiskuntasopimusta takaa yksilölle myös suojan valtion pakkovaltaa vastaan.[34] *Hart* kehittelee ajatusta edelleen asettaen kysymyksen, miksi tuo suoja koetaan niin tärkeäksi, että vaadimme sen pysyttämistä prevention heikkenemisen kustannuksellakin.

> Hart havainnollistaa vastaustaan siviilioikeudellisin analogioin. Hän rinnastaa rikosoikeudelliset vastuuvapausperusteet oikeustointen pätemättömyysperusteisiin ja kehoittaa lukijoita pohtimaan, millaiseksi elämä muodostuisi, jos pakottamalla, erehdyttämällä tai muulla vastaavalla tavalla syntyneille toimille annettaisiin oikeusvaikutukset. On helppo havaita, että ihmiset näin menettäisivät kyvyn ennakoida tulevaisuuttaan ja määrätä kohtalostaan. Ei olisi enää mahdollisuutta suunnitella ja järjestää elämäänsä luotettavalla tavalla. Normaalioloissa lain säännökset

---

[33] Rationaalista perustelua kritisoinut *Jareborg* huomauttaa lisäksi esim. objektiivisen vastuun toimineen jo vuosisatoja ilman sen suurempia valituksia. Sitä paitsi, mikäli vastustusta esiintyisi, olisi se Jareborgin mukaan vain osoitus siitä, että jotkin muutkin (eli moraaliset) syyt olisivat yleisön mielestä tärkeitä (ks. myös muista Jareborgin lähinnä empiirisiin ehtoihin pohjaavista huomautuksista *Jareborg* 1985b s.13). Tähän voi kuitenkin huomauttaa objektiivisen vastuun olevan syrjäytymässä, ja tämä tapahtuu juuri lisääntyvän kausaalitiedon vuoksi. Toisaalta, jos yleisö taas vastustaisi objektiivista vastuuta, saattaa tämän reaktion takana hyvin olla myös yleisön käsitys siitä, että tällainen järjestelmä on epätarkoituksenmukainen.

[34] Syyllisyysperiaate on: ". . .ein rechtsaatlich unentbehrliches Mittel zur Begrenzung der staatlichen Strafgewalt"(*Roxin* 1973 s. 187). Konformiteettiperiaate on ts. oikeudenmukainen kompromissi näiden kahden jännitteen välillä. Se ottaa huomioon molemmat tehtävät tavalla, joka tekee rangaistuksen oikeudenmukaiseksi: "Die Verhängung der Strafe ist dann gerechtfertigt, wenn es gelingt, ihre Notwendigkeit für die Rechtsgemeinshaft mit der vom Recht ebenfalls zu gewährleistenden Persönlichheitsautonomie des Delinquenten in Einklang zu bringen" (*Roxin* 1966 s. 384).

takaavat, että elämänvalintamme toteutuvat - että solmimallemme avioliitolle tunnustetaan pätevyys, tekemämme kauppasopimukset pitävät ja voimme luottaa testamentin pätevyyteen jne. Pätemättömyysperusteiden tehtävänä on taata, että arvovalintamme jäävät voimaan ja tulevat tehokkaiksi. Tämä selittää näiden perusteiden olemassaolon - pakon alaisena tai erehdytettynä jne. tehty päätös ei ole todellinen arvovalintamme, joka ansaitsisi lain auktoriteetin tuekseen (ks. *Hart* 1968 s.45). Myös rikoslakia on mahdollista tarkastella tästä siviilioikeudelle ominaisesta perspektiivistä: ei pelkästään toimintaamme passiivisesti ohjaavana kausaalisena faktorina, vaan valintoihin pohjaavana ja ne mahdollistavana järjestelmänä.

Vastuuvapausperusteet ja niissä ilmauksensa saanut konformiteettiperiaate voidaan nähdä mekanismina, joka pakkoon pohjaavan rikoslain puitteissa maksimoi ihmisten omien elämänvalintojen toteutumisen. Ne takaavat kullekin maksimaalisen mahdollisuuden toteuttaa omaa elämänsuunnitelmaansa. Konformiteettiperiaatteen puuttuessa olisi ihmisten millä hetkellä hyvänsä oltava valmiita alistumaan lain sanktioihin kykenemättä omien valintojen kautta päättämään tulevaisuudesta (*Hart* 1968 s.46-48).

Hartin perustelu ei nojaa rangaistuksen preventiiviseen tehoon. Päinvastoin, vastuuvapausperusteet hyväksytään "siitä huolimatta, että ne ovat ristiriidassa rangaistusuhkien tuottaman sosiaalisen hyödyn kanssa; ne koetaan moraalisesti tärkeiksi, sillä ne takaavat kaikille yksilöille vapaisiin valintoihin pohjaavan järjestelmän tuottamat yhtäläiset edut" (*Hart* 1968 s.49). Justifikaatio on moraalinen, mutta esitetylle moraaliselle kannanotolle on annettu rationaalinen perustelu. On vain sanoista kiinni, mikäli joku haluaisi nimetä Hartin valintajärjestelmän tuottamat edut yksilölle käytännössä niin tärkeiksi, että ne olisivat nähtävissä myös tarkoituksenmukaisuuden vaatimina. Jos asia tahdotaan esittää tässä muodossa, tulee huomata, että tarkoituksenmukaisuussyillä tarkoitetaan nyt jotakin muuta kuin ahtaita rangaistuksen tehokkuuteen liittyviä hyötynäkökohtia.

Vaikka mikään yllä esitetyistä syistä ei ehkä yksittäisenä justifioi syyllisyysperiaatetta, ovat ne joka tapauksessa kaikki yhdessä riittävä aihe periaatteen hyväksymiseen.[35] - Tällöin tietysti oletetaan, että ihmisillä ylipäätään on ky-

[35] Vrt. kuit. *Wasserströmin* ja *Dworkinin* Hart kritiikkiä: Yhteiskunta on heidän mukaansa hyvinkin valmis uhraamaan jäsentensä turvallisuuden, jos tästä riskistä on sille koitumassa hyötyä. Kenenkään mieleen ei esimerkiksi vakavasti ole tullut kieltää autoja. Kuitenkin liikenneonnettomuudet puuttuvat ihmisten elämänpiiriin ennalta-arvaamattomina loukkauksina (esim. *Dworkin* 1977 s. 10 sekä *Wasserström* 1980). - Voi olla, että Hart tulee ylikorostaneeksi yhteiskunnan intoa suojata ihmisten toiminnanvapautta. Hän on kuitenkin toisessa yhteydessä esittänyt myös toisen -ja Dworkinin mielestä onnistuneemman - pe-

ky päättää asioistaan ja tehdä valintoja siinä mielessä, että on järkevää käyttää sen suuntaisia ilmaisuja kuten "hän olisi voinut menetellä toisin" ja "hänen olisi tullut tehdä niin ja niin".[36]

5. Menettelytavat—rangaistuksen määrä ja laatu

Tutkimuksen pääteema koskee konkreettisen rangaistuksen justifiointia. Abstraktiotaso poikkeaa ratkaisevasti edellisistä. Järjestelmätason argumenteis-

---

rustelun konformiteettiperiaatteelle kirjoittaessaan: "Human society is a society of persons, and persons do not view themselves or each other merely as so many bodies moving in ways which are sometimes harmful and have to be prevented or altered. Instead persons interpret each other's movements as manifestations of intentions. . ." (*Hart* 1968 s. 182). Reagoimme ts. ihmisten tekoihin vain siltä osin, kuin pidämme niitä persoonallisuuden adekvaatteina ilmauksina. Tässä arvostelussa ei primäärinä - tai edes olennaisena - ole ulkoinen teko, vaan teon takana oleva persoonallisuus (ks. myös *Hedenius* 1972 s. 133). Tästä on osoituksena mm. juuri se, että tekoja arvioidessamme kiinnitämme niin paljon huomiota tekojen motivaatiotaustaan. Motiivit kun ovat usein ulkoisia tekoja paljon luotettavampi luonteen mittari (*Hedenius* 1972 s. 135).

[36] Tässä ovat aiheen kytkennät tahdonvapauden ongelmiin ja väitteeseen, jonka mukaan toisintoimimismahdollisuus ja sitä kautta vastuu edellyttävät vapaata tahtoa. Jos ja kun tahto ei ole vapaa, on myös vastuu suljettu pois. Väite on problematisoitu ja kierretty usealla tavalla: julistautumalla indeterministiksi (Kant, Hegel), katsomalla, että vastuun ehdoiksi riittää vapauden *tunne*; osoittamalla, että ei edellytetä tahdon vaan *toiminnan* vapautta (ks. *Ross* 1975 s.175 ss); katsomalla, että ainoa riittävässä määrin todistettu determinismi sallii ne ratkaisevat valinnat, joilla ihminen toteuttaa itseään autonomisena ja moraalisesti vastuunalaisena olentona (*Jareborg* 1983 ja *Honderich* 1978); osoittamalla, että determinismin vaatima käyttäytymisen ennustettavuus ei itsessään sulje pois toisintoimimismahdollisuutta ja sen myötä seuraavaa vastuuta (*Hare* 1978); etsimällä lauseelle "hän olisi voinut menetellä toisin" merkityssisältö, joka sopii yhteen determinismin kanssa (ks. *Honderich* 1976 s.113 ja *Ofstad* 1980 s.118 ss).

Asiat voidaan kääntää myös toisin päin. Jos minkäänlainen determinismi ei ole tosi, eikä tapahtumien välillä ole syy-yhteyksiä, ei myöskään ole mahdollisuutta osoittaa tekoa tahdosta johtuvaksi ja siis vastuuta perustavaksi. Näin jonkinasteinen determinismi kääntyykin vastuun ehdoksi, ei sen esteeksi. Toisaalta vaikka kaikki tapahtumat olisivatkin determinoituja, ei tämäkään olisi välttämättä vastuun kannalta kohtalokasta. Osa voi olla determinoitu *tahdon kautta* (ks. myös *Sadurski* 1985 s.132). Ainoastaan determinismi, joka väittää jokaisen tapahtuman olevan determinoitu syistä, jotka kaikki ovat vaikuttamismahdollisuuksiemme ulkopuolella, sulkee pois moraalisen vastuun mahdollisuuden. Tämä otaksuma on arkikokemuksemme mukaan väärä. Jos kuitenkin vastoin kaikkia otaksumia "kova determismi" on tosi - ja jokapäiväiset käytäntömme perustuvat siis virheoletuksiin - ei tästäkään seuraa mitään aiheen kannalta ratkaisevaa. Jos näet kaikki tekomme ovat determinoituja, pätee se myös rangaistusten käyttöön sekä determinismiä koskeviin käsityksiin. Erehtyminen determinismistä ei determinismin pitäessä paikkansa ole ylipäätään mahdol-

ta ei voida johtaa suoraan sovellutustason ohjeita. Toisaalta on selvää, että yksittäiset ratkaisut tulee myös muotoilla niiden perusarvostusten ja tavoitteiden suuntaisiksi, joihin koko järjestelmä nojaa—eri tasot eivät myöskään ole autonomisia. Kun järjestelmän justifikaatio on pragmaattis-rationaalisissa syissä, ja kun rangaistuksen langettamisen ehtona on syyllisyysperiaatteen ja toisintoimimismahdollisuuden kunnioittaminen, on näillä samoilla arvolähtökohdilla merkityksensä myös päätettäessä konkreettisen rangaistuksen laadusta ja määrästä.

---

lista, koska erehtyminen edellyttää päätöstä ja valintaa, johon meillä ei siis olisi mahdollisuutta (ks. *Sadurski* 1985 s.134).

B. MITTAAMISPERIAATTEIDEN VALINTA JA YHTEENSOVITTAMISEN ONGELMA

1. Periaatteiden valinta ja nimeäminen

1.1. Yleiset oikeusperiaatteet

Yleiset oikeusperiaatteet ilmentävät oikeusjärjestystä kulloinkin hallitsevia ja leimaavia ideologisia perusnäkemyksiä ja arvostuksia. Niihin vetoaminen ei edellytä turvaamista idealistis-luonnonoikeudelliseen oikeusajatteluun. Päinvastoin, tulkintakannanoton sitominen kulttuurikehityksen myötä muovautuneisiin perusarvostuksiin kytkee oikeuden voimassaolon luonnonoikeudellisten periaatteiden sijasta välittömästi vallitsevaan yhteiskuntatodellisuuteen (ks. *Makkonen* 1981 s.185-187 ja 217 sekä *Aarnio* 1982 s.90).[1]

Kriminaalipoliittisessa keskustelussa yleisiä oikeusperiaatteita vastaavia ideologisia perusnäkemyksiä ja -valintoja on esitelty usein "kriminaalipolitiikan yleistavoitteiden" ja näitä päämääriä tavoiteltaessa huomioon otettavien kriminaalipolitiikan "yleisten arvopäämäärien" avulla[2]. Mittaamiskirjallisuudessa käytetään taas termiä "yleiset mittaamisperiaatteet"[3]. Kaikilla näillä on sama yhteinen tehtävä: eksplikoida tietyt, kansalaisten kohtelua koskevat eettis-

---

[1] Periaatteiden yleisyys ja sisältyminen samansisältöisinä eri maiden lainsäädäntöön ei osoita niiden ylipositiivisuutta. "Mitä useammassa positiivisessa oikeusjärjestyksessä periaate on tunnustettu, sitä positiivisempi se kai on?", toteaa *Makkonen* 1981 s.197. Periaatteiden toistuminen eri maiden lainsäädännössä on vain osoitus kulttuuripohjan yhtenäisyydestä. Viittaaminen viime kädessä yhteiskunnassa vallitseviin perusarvostuksiin ankkuroi oikeuden ymmärtämisen yhteisön kulttuurikehitykseen. Ratkaisijan sisäistämät arvopäämäärät ovat pitkän kulttuurikehityksen tulos - eivät ulkopuolisen auktoriteetin antamia käskyjä. Tässä mielessä yleisten oikeusperiaatteiden (arvostusten) sitovuus ja asema oikeuslähteinä perustuu mitä välittömämmin juuri vallitsevalle yhteiskunnalliselle todellisuudelle (*Brusiin* 1938 s.157 -165).

[2] Teemasta on käynyt keskustelua erityisesti *Lahti* 1972 s.223 ss sekä sama 1976a s.254 ss, ks. myös *Anttila-Heinonen* 1977 s.67 ss.

[3] Ks. *Nousiainen* 1961 s.15 ss ja myös *Makkonen* 1981 s.201 "yleiset rankaisuperiaatteet".

poliittiset kannanotot. Niillä määritetään suuntaviivat, joiden nojalla kriminaalipolitiikkaa harjoitetaan ja periaatteet, joiden mukaan rangaistusten käytöstä päätetään yksittäistilanteissa ja yleisemminkin. Kun termi "yleinen oikeusperiaate" on lainkäyttäjälle tuttu, ja kun sillä on luonteva paikkansa oikeudellisessa ajattelussa, käytetään seuraavassa vastaavasti termiä "yleiset mittaamisperiaatteet" (tai lyhyemmin "mittaamisperiaatteet"). Niillä tarkoitetaan seuraavassa *tasoltaan muita yleisempiä normeja, joissa tiivistyvät keskeiset rangaistuksen mittaamisessa vaikuttavat arvot, päämäärät ja tavoitteet.*[4]

1.2. Periaatteiden valinta

Koska periaatteiden yleisyys on suhteellista, edellyttää yleisten oikeusperiaatteiden nimeäminen valintaa yleisten ja vähemmän yleisten periaatteiden välillä (ks. *Makkonen* 1981 s. 179 viitteineen). Ensimmäisen lähteen tähän tarjoavat positiivisen oikeuden normit.

1.2.1. Lainsäädäntömateriaali

Mittaamissäännöstössä asetetaan tuomarin noudatettaviksi seuraavat kolme periaatetta:

(1) *Oikeudenmukaisuus.* RL 6:1:n mukaan rangaistus on mitattava siten, että se on oikeudenmukaisessa suhteessa rikoksen vahingollisuuteen ja vaarallisuuteen sekä teosta ilmenevään tekijän syyllisyyteen.

(2) *Yhdenvertaisuus.* Saman pykälän toisessa lauseessa asetetaan lisävelvoitteeksi vaatimus oikeuskäytännön yhtenäisyyden huomioon ottamisesta: "rangaistusta mitattaessa on erityisesti kiinnitettävä huomiota oikeuskäytännön yhtenäisyyteen". Tämän lausuman taustasta hallituksen esityksessä todetaan, että rangaistuksen mittaamisen toiseksi pääsäännöksi asetetaan juuri yhdenvertaisuus (HE 125/1975 II vp s.9). Yhdenvertaisen kohtelun vaatimus olisi tämän ohella perustettavissa suoraan hallitusmuodon määräyksiin (HM 5 §).

(3) *Kohtuus.* Kolmas yleinen mittaamisperiaate ilmenee RL 6:4:n sanktiokumulaatiota koskevasta säännöksestä. Sen mukaan tuomioistuimen on rangaistusta mitattaessa otettava huomioon tuomitulle teosta mahdollisesti aiheutuvat muut seuraamukset, mikäli nämä yhdessä rikoksesta muutoin normaalikäytännön mukaan mitattavan rangaistuksen kanssa johtaisivat kohtuuttomaan lopputulokseen.

Lisäaineistoa tarjoavat myös *muut rangaistuksen määräämistä sääntelevät*

[4] Kysymys ei siis ole normiteoreettisesta erosta periaate- ja sääntönormien välillä. Jälkimmäisen jaottelun mukaan mittaamisperiaatteet ovat kaikki periaatenormeja.

normit. Ehdollista rangaistusta koskeva EhdL 1 § asettaa ehdollisen rangaistuksen käytön edellytykseksi, ettei "yleinen etu" vaadi rangaistuksen määräämistä ehdottomana. Sama "yleisen edun" vaatimusten huomioon ottaminen koskee myös tuomitsematta jättämistä, sekä rangaistussäännöksestä poikkeamista (RL 3:5[2–3]). Säännösten on tulkittu viittaavan ennen kaikkea *yleisestävyyteen*. Näiden ohella yleisestävyys mainitaan myös mittaamissäännöstön perusteluissa. Hallituksen esityksessä todetaan:"Mittaamissäännöstön avulla pyritään rangaistukset kohdentamaan oikeudenmukaisesti ja yleisestävyyden kannalta tarkoituksenmukaisesti" (HE 125/1975 II vp. s.7).

Vaikka mittaamisäännöstön henkimä uusklassinen rikosoikeus suhtautuu varsin pidättyvästi erityispreventiivisiin tavoitteenasetteluihin, sisältyy lainsäädäntöön edelleen myös *erityisestävyyttä* heijastavia säännöksiä. NuorRikL:n toimenpiteistä luopumissäännösten mukaan tuomitsematta jättämisen edellytyksenä on, että "on perusteltua aihetta otaksua tekijän ojentuvan, vaikkei häntä tuomittaisikaan rangaistukseen" (NuorRikL 4 §, 262/1940). Laajassa mielessä erityisestäviä näkemyksiä edustavat myös eristämistä pakkolaitokseen koskevat säännökset(VaarRikL 1 §, 303/1971). Myös RL 6 luvun esitöistä löytyy erityisestävyyttä korostavia lausumia.[5] Sama koskee lakia ehdollisesta rangaistuksesta (135/1976). Vaikka uudistuksen perustavoitteena oli ehdollisen rangaistuksen käytön kytkeminen yleisestäviin näkökohtiin, saattaisi lainvalmisteluasiakirjoista saada myös toisenlaisen kuvan. Niinpä jo *laintarkastuskunta* esitti, että ehdollisen rangaistuksen edellytyksiä pohdittaessa edelleen otettaisiin huomioon rikoksentekijän olot ja elämäntavat (Ltk 1/1974 s.4). *Lakivaliokunta* vuorostaan totesi: "Kun lakiehdotus lisää ehdollisen rangaistuksen käyttöalaa ja tuomioistuimen harkintavaltaa, voidaan tuomitsemistoiminnassa kiinnittää entistä enemmän huomiota *erityisestäviin* näkökohtiin."(LavM 7/1975 II vp. s.1 kursiv. tässä).

1.2.2. Oikeuskirjallisuus

Nousiainen erotti mittaamisen johtaviksi periaatteiksi oikeellisuuden, tarkoi-

[5] Hallituksen esityksessä kirjoitetaan (HE 125/1975 II vp. s.7): "Uusimisen tulee koventaa rangaistusta vain, jos tämä (uuden ja aikaisemman rikoksen välinen) suhde osoittaa rikoksentekijän erityistä syyllisyyttä ja antaa aiheen olettaa, että tavallista ankarampi rangaistus voi vaikuttaa erityisestävästi rikoksentekijään." Samassa esityksessä yleis-ja erityisprevention suhdetta kuvattiin myös siten, että yleisestävyys tulisi huomioiduksi lain koventamisperusteiden kautta ja erityisestävyys useimpien lieventämisperusteiden välityksellä (HE 125/1975 II vp. s.10). Kuten myöhemmin ilmenee, lausuma pätee ensisijaisesti yleisprevention osalta.

tuksenmukaisuuden ja oikeusturvan (*Nousiainen* 1961 s.15 ss).[6] *Oikeellisuuden* määrittelyssä kirjoittaja vetosi *Ahlmaniin* ja sisällytti siihen yhdenmukaisuuden sekä perustellun odotuksen ja ansainnan periaatteet: samanlaisia henkilöitä tulisi samanlaisissa tilanteissa käsitellä samalla tavoin, kunkin kannettavaksi on pantava ne edut ja rasitukset, joita toisten käyttäytymisen perusteella henkilö saattoi pitää odotettuna ja itsekutakin on kohdeltava sen mukaan kuin hän on ansainnut (*Nousiainen* 1961 s.15 ja *Ahlman* 1943 s.30). Oikeellisuus oli edelleen "kiinteässä yhteydessä" eettisten arvostusten kanssa. Se ei kuitenkaan samastu sen enempää yleiseen oikeustajuntaan kuin "yhteiskuntamoraaliinkaan". Oikeellisuus on jotakin "kiihkotonta ja objektiivista", se on "koko oikeusjärjestyksen johtoaate" (*Nousiainen* 1961 s. 16-17). *Tarkoituksenmukaisuus* merkitsi tehokkuutta ja rikosten mahdollisimman tehoisaa estämistä (mts.18). Nousiainen ei määrittele *oikeusturvan* sisältöä, mutta tuntuu samastavan sen legaliteettiperiaatteeseen ja lainsäädännön yksityiskohtaisuuteen: "Kuta kasuistisemmat tunnusmerkistöt, kuta ahtaammat latitudit ja kuta yksityiskohtaisemmat mittaamisohjeet, sitä suurempi on yksilön oikeusturva" (mts. 19).

Nousiaisen ryhmityksen kantava periaate eli "oikeellisuus" jää lopulta kokonaan täsmentämättä. Arvostelua voi kohdistaa myös tapaan sivuuttaa yhdenvertaisuuden ja samanlaisuuden ongelmat sekä menettelyyn, jolla tarkoituksenmukaisuus samastettiin tehokkuuteen. Epätyydyttävänä on pidettävä edelleen oikeusturvan rajaamista muodolliseen legalismiin.

Uudemmassa kriminaalipoliittisessa kirjallisuudessa yleistavoitteiksi ovat vakiintuneet rikollisuudesta ja sen kontrolloinnista aiheutuneiden kustannusten minimoiminen ja niiden oikeudenmukainen jakaminen yhteiskunnan, rikoksentekijän ja uhrin kesken (ks. myöhemmin jakso III.F.4.). Mittaamisen ohjeeksi kaivattaneen kuitenkin konkreettisempia suuntaviivoja. Tällaisia "mittaamisen yleisiä arvolähtökohtia" olisivat esimerkiksi juuri kriminaalipolitiikan päätavoitetta toteutettaessa huomioon otettavat "arvopäämäärät", mm. yhdenvertaisuus, ennustettavuus, ja suhteellisuus (ks. esim. *Anttila-Heinonen* 1977 s.67-69). Sellaisiksi sopisivat myös *Lahden* nimeämät hyödyllisyys (tehokkuus), oikeudenmukaisuus ja humaanisuus (*Lahti* 1985 s.259—260 ja 1986a s.243 ks. myös Rikosoikeuskomitea 1976 s.67).

---

[6] Todettakoon, että Nousiainen pitää rangaistuksen tarkoitusta koskevat teoriat erillään yleisistä mittaamisperiaatteista (*Nousiainen* 1961 s. 15 ss). Tämä on omiaan saattamaan jälkimmäiset perustelemattomien ylipositiivisten ja annettujen arvojen asemaan, kun taas rangaistuksen tarkoitusta koskevat käsitykset edustaisivat perustelua kaipaavia materiaalisia arvostuksia ja ideologisia perusnäkemyksiä. Tekstissä rangaistuksen tavoitteet sen sijaan kuljetetaan suoraan sisään yleisiin mittaamisperiaatteisiin.

1.2.3. Oikeudenmukaisuusteoriat

Oikeuskirjallisuuden sekä lainsäädännön ohella yleisten mittaamisperiaatteiden valinta ja systematisointi voidaan perustaa *yleisen oikeudenmukaisuusteorian* esityksiin.[7] Hyödyksi tässä ovat ennen kaikkea käsiteparit deontologinen/teleologinen, korjaava/jakava, distributiivinen/retributiivinen sekä yleistävä/yksilöllistävä oikeudenmukaisuus.

Teleologiset teoriat kiinnittävät huomionsa teon tai säännön seurauksiin; niiden oikeutus piilee seurausten arvossa. *Deontologiset* teoriat kieltävät seurausten arvon yksinomaisen merkityksen. Jokin "teossa tai säännössä itsessään" vaikuttaa seurausten ohella sen oikeudenmukaisuuteen.[8] Oikeusperiaatteiden tasolla puhutaan samaa tarkoittaen *arvo-* ja *tavoiteperiaatteista.* Dworkinilta peräytyvä jako erottaa toisistaan periaatteet, joita seuraamalla edistetään määrättyjä kollektiivisia tavoitteita (tavoiteperiaate, policy) ja periaatteet, joilla perustetaan yksilöllisiä oikeuksia ja joita seurataan niiden edustaman arvon vuoksi (arvoperiaate).[9]

Arvojen ja tavoitteiden (deontologisten ja teleologisten näkökulmien) ero heijastuu rikosoikeudelliseen jakoon oikeudenmukaisuus- ja syyllisyysperiaatteiden, sekä toisaalta tarkoituksenmukaisuus- ja preventioperiaatteiden välillä. Oikeudenmukaisuus viittaa siten rikosoikeudessa, silloin kun sen rinnalla käytetään tarkoituksenmukaisuustermejä, yleensä deontologisiin oikeudenmukaisuustulkintoihin. Sitä ilmentävät käsitteet "ansainta", "sovitus", "syyllisyys", "suhteellisuus", "yhdenvertaisuus" jne. Oikeudenmukaisia ratkaisuja tehtäessä ei kiinnitetä huomiota seurauksiin, vaan periaatteen seuraaminen koetaan itsessään tärkeäksi ja siten (deonttisesti) velvoittavaksi. Teleologisena vastineparina ovat tällöin erilaiset hyötypainotteiset preventioperiaatteet.

Jakava ja korjaava sekä *distributiivinen ja retributiivinen* oikeudenmukaisuus erottavat toisistaan tilanteet, joissa oikeudenmukaisuus vaatii korjauk-

---

[7] Oikeudenmukaisuuden määrittelyt tuskin ratkaisevat ongelmaa muutoin kuin hyvin korkealla abstraktion tasolla (oikeudenmukaisuus rationaalisena hyväksyttävyytenä). Filosofiset erittelyt antavat kuitenkin puitteet, joihin kilpailevat periaatteet luontevasti sijoittuvat.

[8] Käsiteparista teleologiset ja deontologiset oikeudenmukaisuusperiaatteet ks. esim. *Lahti* 1972 s.226-227 ja *Uusitalo* 1973 s.32 ss.

[9] Policy viittaa standardiin, jolla asetetaan yhteisön hyvää tavalla tai toisella edistettäviä tavoitteita. Periaatetta (suppeassa merkityksessä) taas noudatetaan sen edustaman moraalisen arvon, ei siitä seuraavien yhteisöllisten etuuksien vuoksi. Policyt viittaavat kollektiivisiin tavoitteisiin (esim. yleisestävyys), kun taas periaatteet (suppeassa mielessä) perustelevat yksilöllisiä oikeuksia (esim. oikeusturva, ks. *Dworkin* 1977 s.82—83 ja mitä jaksossa 3.2. seuraa).

sen tekemistä vaihtosuhteissa, sekä tilanteet, joissa on kysymys etujen ja rasitusten jakamisesta määrättyjen subjektien kesken.[10] Erotetaan myös formaalinen ja aineellinen oikeudenmukaisuus (ks. *Sadurski* 1985 s.22 ss). Rikosoikeudellisissa yhteyksissä puhutaan edelleen ekvivalenssiperiaatteesta ja suhteellisuusperiaatteesta sekä yhdenvertaisuudesta ja suhteellisuudesta.[11] Formaalinen, jakava ja distributiivinen oikeudenmukaisuus viittaavat *yhdenvertaisuusperiaatteeseen,* aineellinen, oikaiseva ja retributiivinen oikeudenmukaisuus *suhteellisuusperiaatteeseen.*

Yksilöllistävän ja yleistävän oikeudenmukaisuuskäsityksen erottelu voidaan peräyttää esim. Max Weberin typologisoimien ja Gemeinschaft/Gesellschaft yhteiskuntien oikeudenmukaisuuskäsityksiin.[12] Yleistävä oikeudenmukaisuus pyrkii sääntelemään ihmisten väliset suhteet abstraktein ja kiintein normein, yksilöllistävä oikeudenmukaisuus arvioi ratkaisut tapaus tapaukselta. Jännite näiden kahden arvon välillä näyttäytyy tavassa erottaa oikeudenmukaisuudesta *kohtuuden ja armon* käsitteet. Kohtuus ja yksilöllinen oikeudenmukaisuus tuovat myös *humaanisuusnäkökohdat* argumentaatioon mukaan.

1.3. Periaatteiden nimeäminen ja yhteensovittamisen ongelma

Edeltävän tarkastelun tuloksena yleiset mittaamisperiaatteet voidaan ryhmittää seuraavasti:[13]

Arvoperiaatteet	Suhteellisuusperiaate Yhdenvertaisuus Kohtuus
Tavoiteperiaateet	Tarkoituksenmukaisuussyyt (laajasti) Yleisestävyys Erityisestävyys

Yleinen oikeudenmukaisuusteoria tarkastelee esiteltyjä vaihtoehtoja, jollei suorastaan toisilleen vastakkaisina, niin ainakin erisuuntaisina oikeudenmu-

[10] Erottelun juuret ovat Aristoteleen Nikomakoksen etiikan IV kirjassa. Käsiteparista tarkemmin ks. *Hart* 1961 s.159 ss ja *Eckhoff* 1974 s.29 ss. Jakavalle oikeudenmukaisuudelle voidaan toisaalta antaa myös niin laaja sisältö, että se kattaa myös retributiivisen näkökulman (näin *Sadurski* 1985 s.25 ss).

[11] Ks. esim. *Jareborg* 1980 s.42—43, *Törnudd* 1980 s.43, SOU 1986:14 s.143 sekä formaalisesta ja aineellisesta oikeudenmukaisuudesta yleisemmin *Uusitalo* 1973 s.26 ja 31 ss.

[12] Tästä keskustelusta ks. erityisesti *Lanza-Kaduce* 1982 s.539 ss sekä *Törnudd* 1983 s.68 ss.

[13] Vrt. myös *Jareborgin* luetteloa perusarvoista, joita tuomarin tulisi toimessaan yleisesti kunnioittaa (lojaalisuus lainsäätäjää kohtaan, puolueettomuus ja asiallisuus, oikeus-

kaisuusarvoina. Oikeusteoria askartelee saman ongelman kanssa pohtiessaan arvo- ja tavoiteperiaatteiden ja -argumenttien keskinäistä yhteyttä, korvattavuutta ja reduktiota. Rikosoikeudessa kysymys tunnetaan "rangaistuksen tarkoituksen antionomiana". Erityisesti rangaistuksen mittaamisessa sen ratkaisemiseksi on tarjottu useita vaihtoehtoja.

Nousiaisen mukaan tuomarin lähtökohtana tuli olla sovitusajatus. Olisi ensin selvitettävä syyllisyyttä vastaava rangaistusvyöhyke. Tämän jälkeen tulisi etsiä konkreettinen rangaistus tältä alueelta painottaen yleis- ja erityisestäviä näkökohtia (*Nousiainen* 1961 s.19 ss ja erityisesti s.146-147). Tietyissä erityistilanteissa (esimerkiksi kriisiaikoina ja rikollisuuden äkillisesti kasvaessa) olisi tuomioistuimella lisäksi yleisestävin syin lupa koventaa rangaistusta yli sen, mitä syyllisyyttä vastaava sovitusajatus edellyttäisi (*Nousiainen* 1961 s.147 ja s.126). *Mittaamissäännöstön esitöiden* mukaan taas tuomioistuimen ei tulisi perustaa yksittäisiä mittaamisratkaisuja yleisestäviin näkökohtiin. Yleisestävyys vaikuttaisi jo lain mittaamisperusteiden kautta (HE 125/1975 II vp. s.10). Tämä ei kuitenkaan näytä pätevän lajivalintaan, sillä *laki ehdollisesta rangaistuksesta* säätää päinvastoin juuri yleisestävyyden rangaistuksen ehdollisuuden käyttökriteeriksi, vieläpä niin, että sen vaatimukset tulisivat arvioitaviksi jokaisessa konkreettisessa ratkaisussa erikseen (EhdL 1 § sekä HE 108/1975 II vp. s. 3). Yleisestävyys on ("yleisen edun" muotoon puettuna, ks. *Lahti* 1974 s.398 ss) myös tuomitsematta jättämisen sekä rangaistussäännöksestä poikkeamisen ratkaisuperuste (RL $3{:}5^{2-3}$). Useampien seuraamusvaihtoehtojen ollessa käytettävissä tulisi taas *Honkasalon* mukaan asettaa *erityispreventio* etusijalle, edellyttäen, ettei yhteiskunnan turvallisuus kärsi siitä tuntuvaa haittaa (*Honkasalo* III s.263 alav.2).

Aihetta koskeva erityistutkimus velvoittaisi siis tuomioistuimia harkitsemaan mittaamisratkaisujaan yleispreventiivisin perustein (jopa suhteellisuusperiaatetta rikkoen), lain mittaamissäännöstö kieltää in casu tapahtuvan yleispreventiivisen mittaamisharkinnan, laki ehdollisesta rangaistuksesta sekä eräät muut

---

varmuus, yhteiskuntahyödyllisyys ja humaanisuus, *Jareborg* 1979 s.405-406). Hallinto-oikeudessa on saavuttanut vakiintuneen aseman Merikosken erottelu hallintoviranomaisten toimintaa ohjaaviin neljään periaatteeseen. Nuo periaatteet—yhdenvertaisuus, tarkoitussidonnaisuus, objektiviteetti ja suhteellisuus—kiteyttävät suurimman osan tässä tarkoitetuista perusarvostuksista, kohtuus- ja humaniteettiarvoja ehkä lukuunottamatta. *Merikoski* katsoikin, ettei kohtuuden sisällyttäminen hallintoharkinnan yleisperiaatteiden joukkoon ollut sen käsitteellisen epämääräisyyden vuoksi perusteltua eikä tarpeellista (*Merikoski* 1968 s.74). Muu hallinto-oikeudellinen kirjallisuus sen sijaan operoi myös kohtuusperiaatteella (ks. *Makkonen* 1968 s.158 ja *Konstari* 1979 s.176—178 sekä KHO:n kohtuusperiaatetta ilmentävästä käytännöstä työvoimahallinnon alalta *Heiskanen* 1985 s.50—81).

reaktiomuotoja koskevat säännökset velvoittavat ratkaisijoita päättämään lajinvalinnasta yleisprevention pohjalta. Vanhempi rikosoikeuden oppikirja asettaisi näissä tilanteissa taas erityispreventiiviset näkökohdat etusijalle. Kysymys on siis riitainen ja ansaitsee yksityiskohtaisemman tarkastelun.

2. Mittaamisperiaatteiden yhteensovittaminen oikeuskirjallisuudessa

2.1. Vaihtoehtoja

Yksinkertaisimmillaan ratkaisuksi on tarjottu *yhden periaatteen prioriteettia*. Tällaiseksi on vuoroin tarjottu *sovitusajatusta,*[14] *erityispreventiota*[15] ja joskus harvemmin myös *pelotuspreventiota*.[16] Seuraavaa vaihetta keskustelussa edustivat ehdotukset, joissa tapaukset luokiteltiin alaryhmiin sen mukaan, mikä periaate ja rangaistusteoria kulloinkin oli määräävä.[17] Tähän voidaan lukea myös erilaiset eklektiset ratkaisut, joissa tuomarilla on oikeus in casu harkintansa mukaan päätyä eri tilanteissa eri vaihtoehtoihin.[18]

Eklektisten teorioiden etuna on sen tunnustaminen, että rangaistuksen käyttö nojaa käytännössä useihin keskenään jännitteessä oleviin arvoihin ja tavoitteisiin. Ne eivät kuitenkaan sisällä perusteltua ratkaisuehdotusta tuon jännitteen purkamiseksi.[19] Tarvitaan siis teoriaa, joka ottaa huomioon *samanaikai-*

---

[14] Esim. *Birkmeyer* 1901 s.76 ja *Salmiala* 1926. Tähän ryhmään voidaan määrätyin varauksin lukea myös Just Deserts koulukunta (von *Hirsch* 1976 ja 1985) ja Ruotsin vapausrangaistuskomitea (SOU 1986:13—15).

[15] Tämä pätee erityisesti ns. sosiologisen koulun ja sen seuraajien esityksiin (*von Listz* 1910 ja *Daniel* 1927, *Agge* 1939 s. 161 sekä *Kallenberg* 1949 s. 10 ss, muista viitteistä ks. *von Eyben* 1950 s.264-265). Eristämisvaihtoehto on myös ns. ”valikoivan eristämisen” (”Selective Incapacitation”) yksinomainen arvoperusta, ks. tästä myöhemmin jakso III.E.3.2.3.

[16] Nykyisellään välittömään yleispreventioon ei nojattane juuri muissa kuin ”law and order”-liikkeiden tarpeita palvelevissa esityksissä (ks. esim. *van den Haag* 1975 sekä *Wilson* 1975).

[17] Esimerkiksi *Beckmanin* mukaan alle kuuden kuukauden vankeusrangaistuksen ja sakkorangaistuksen johtavana mittaamisperiaatteena tuli olla yleispreventio. Vapausrangaistuksen pituuden kasvaessa erityisestävät periaatteet saivat yhä enenevässä määrin merkitystä. Samalla siirtyisi paino rikoksen ulkoisesta puolesta tekijän henkilöä koskevien seikkojen arviointiin (*Beckman* 1947 s.24). Petersenin esityksen perusideana oli kytkeä teorioiden prioriteetti rikoksen ulkoisen törkeyden, uusimisen ja tekijän motivaation eroihin (*Petersen* 1947 s.90 ss.).

[18] Yksi periaate toimisi yhdessä tilanteessa, toinen toisessa, sillä: ”. . . there is no obvious reason, why every sentence must have the same justification” (*Walker* 1980 s. viii).

[19] *Walker* otaksuttavasti huomauttaisi, että eklektisti joutuu joka tapauksessa osoittamaan pitävät kriteerit eri tilanteiden erottelulle, ja hänen on myös kyettävä johdonmukai-

sesti kaikki kilpailevat näkökohdat, sekä *myös sovittaa ne yhteen siten, että oikeudenmukaisuuden ja tarkoituksenmukaisuuden vaatimukset tulevat optimaalisella tavalla täytetyiksi*. Tällaisia yhdistelmäteorian eri variantteja on kehitelty erityisesti saksalaisen kielialueen mittaamisopissa.[20]

2.2. *Yhdistelmäteoriat*

2.2.1. *Spielraum-teoria: Preventio syyllisyysrajoissa*

Tämä edustaa Saksan liittotasavallan 1970-luvun mittaamisopin ns. "vallitsevaa kantaa". Spielraum-teorian lähtökohtana on syyllisyyttä vastaava oikeudenmukainen rangaistus. Syyllisyysvastaavuus antaa kuitenkin vain *rajat* "oikealle" rangaistukselle. Näiden puitteissa on tuomioistuimella lupa ottaa huomioon myös yleis- ja erityisestävät näkökohdat.[21] Saksalaisesta mittaamisopista vaikutteensa saanut *Nousiainen* seurasi niin ikään samoja linjoja (ks. edellä). Vastaavia tulkintoja on esitetty myös anglosaksisella kielialueella.[22]

---

sesti seuraamaan tiettyjä arvovalintoja ja periaatteita (*Walker* 1980 s.44). Ongelman ydin onkin siinä, mitä nämä "tietyt arvovalinnat ja periaatteet ovat". Juuri tähän tulisi mittaamisteorian kyetä antamaan vastaus. Walker jättää ratkaisun kuitenkin yksin tuomarille - mikä hyvänsä periaate on hyväksyttävä, jos ratkaisija osoittaa seuraavansa sitä johdonmukaisesti. Walker toisaalta myöntää, ettei eklektismi vapauta niistä ongelmista, jotka liittyvät kuhunkin sen kattamaan teoriaan (*Walker* 1980 s.45).

[20] Tarkasteltaessa Yhdysvalloissa käytävää keskustelua manner-eurooppalaisesta näkökulmasta, huomio kiinnittyy siihen, että sieltä löytyvät tällä hetkellä jokseenkin *ainoat monistiset teoriat*; toisaalta nämä edustavat *samanaikaisesti kaikkia mahdollisia variantteja*. Kun vielä otetaan huomioon, että eri "koulukuntien" edustajat ilmeisen vaivattomasti siirtyvät leiristä toiseen (vrt. *Wilson* 1975 ja 1983), jää aprikoimaan, onko tässä niinkään kyse yksityiskohdittain punnituista, kriittiiseen ajatteluun pohjaavista ja teoreettisesti loppuun saakka perustelluista kriminaalipoliittis-oikeusteoreettisista katsomuksista kuin suoraan toimintaan tähtäävistä, käytännöllis-poliittisista strategioista, jossa teoriat ja argumentit valitaan ja järjestellään sen mukaan kuin tavoitteet ja niiden saavuttamismahdollisuudet kulloinkin edellyttävät ja sallivat. Jälkimmäisessä tapauksessa käy vakava keskustelu manner-eurooppalaisen oikeusteorian ja kriminaalipolitiikan premissein mahdottomaksi.

[21] Teoria on johdettavissa jo *Bernerin* kirjoituksiin (*Berner* 1845 s.144 ss), joiden pohjalta sen juurruttivat mittaamisopin perusdogmiksi muun muassa *Peters* (1932 s.68), *von Hippel* (1932 s.409) ja *Spendel* (1954 s.183). Ks. myös BGH:n ratkaisua 7.32 vuodelta 1954, ja sen johdosta *Dreher* 1967 s.41 ja *Roxin* 1977 s.57. Samalla kannalla ovat Sveitsissä *Schulz* 1973 s.57, Itävallassa *Burgstaller* 1982 s.133-134 (vrt. *Pallin* 1982 s.4) ja Italiassa *Stile* 1982 s.194.

[22] Ks. *Morris* 1974 s.74 ss. ja 1983 s.139 ss. sekä *Galligan* 1981a s.198-199. Samalla kannalla on myös American Bar Association uusimmissa ohjeissaan ks. ABA-standards for Sentencing 1079 s.202-4. Kritiikistä ks. *von Hirsch* 1985 s.39 ss.

Myös perustelut ovat samat. Ansainnan periaate (Desert) ei toisin sanoen määritä rikoksen ja rangaistuksen konkreettista suhdetta matemaattisen tarkasti, vaan antaa ainoastaan summittaiset rajat, joiden puitteissa tuomarin on mahdollista valita rangaistus myös muiden näkökohtien nojalla.[23]

2.2.2. Stellenwert-teoriat

Sen mukaan, kohdistuuko kritiikki Spielraum-teorian salliman useamman oikeudenmukaisen ratkaisun vai syyllisyysrajojen puitteissa suoritettavan preventioharkinnan mahdollisuuksiin, erotetaan sen vastinepareina pisterangaistus- (''Punktstrafe'') ja Stellenwert-teoriat.[24]

Stellenwert-teorian kritiikki koskee ensi sijassa preventioargumenttien mahdollisuutta ja empiiristä perusteltavuutta Spielraum-teorian ahtaissa syyllisyysrajoissa. Tuomarin käytettävissä ei ole tutkimustietoa, johon nojaten hän saattaa päätyä perusteltuun preventioratkaisuun. Etenkin yleispreventiota tavoitteleva tuomari toimii näin menetellessään täysin kuvitteellisten ja näennäisten ratkaisuperusteiden varassa. Sikäli kuin tutkimustietoa on, koskee se järjestelmän toimintaa yleensä, ei ahtaita syyllisyysrajoja, ja sekin on tuloksiltaan epävarmaa.[25] Ainoa jossain määrin käyttökelpoinen kriminologinen tutkimus-

---

[23] Merkittävin Spielraum-teorian sisäinen erimielisyys koskee syyllisyysvastaavuuden sitovuutta asteikon alarajalla. Vaikka oikeusvaltioperiaate kieltääkin syyllisyyden ylittävät rangaistukset, ei se oikeusturvan alkuperäisessä merkityksessä estä rangaistusten lieventämistä esimerkiksi erityispreventiivisin syin. Rinnakkaisrikoslakiehdotuksessa esitetäänkin, että syyllisyys määrää vain rangaistuksen ylärajan. Milloin erityisestävät syyt puoltavat lievempää kohtelua, olisi tuomioistuimella oikeus alittaa sanottu syyllisyysrangaistus (ks. AE 1966 59 § 1 ''Die Tatschuld bestimmt das Höchstsmass der Schuld'' ja AE 1966 s.108-109 sekä *Roxin* 1966 s.385 ja sama 1977 s.64).

[24] *Pisterangaistuksen* lähtökohtana on sidotun ratkaisun oppi. Koska lainsäätäjän on katsottava hyväksyneen vain yhden rangaistuksen konkreettista rikosta vastaavaksi, ei Spielraum-teorian sallima liikkumavara vastaa lainsäätäjän tahtoa. Useamman ratkaisumahdollisuuden tunnustaminen vaarantaa lisäksi oikeusturvaa eikä ole sopusoinnussa oikeusvaltioperiaatteen kanssa (*Kaufmann* 1961 s.65-66 ja 111-112). Oikeusteoreettisesti se edustaa sidotun ratkaisun ja suljetun systeemin ideaa. Tähän suunnattu kritiikki koskee myös pisterangaistusteoriaa.

[25] *Henkelin* kirjoituksen pohjalta (*Henkel* 1969 s.22-23) alkaneessa keskustelussa korostetaan, ettei Spielraum-teorian edellyttämä preventioargumentointi ole ''sen enempää mahdollista, sallittua kuin tarpeellistakaan'' (*Horn* 1977 46 § 4). Mahdottomuusargumentti viittasi preventiota koskevan tiedon puutteeseen. Tarpeetonta tällainen argumentointi on sen vuoksi, että preventionäkökohdat tulevat joka tapauksessa BRD:n lainsäädännön mukaan otettavaksi huomioon uudestaan lajivalinnassa. Jälkimmäinen seikka tekee tällaisen argumentoinnin myös kielletyksi - se johtaisi samojen seikkojen kaksinkertaiseen huomioon ot-

tieto koskee eri rangaistuslajien preventiivistä tehoa - ei vaihtelua esimerkiksi 4 ja 6 tai 3 ja 4 vuoden vankeusrangaistusten välillä. Näillä perusteilla Stellenwert-teoria jakaisi rangaistuksen määräämisen kahteen osavaiheeseen: (a) syyllisyysarviointiin perustuvaan varsinaiseen mittaamiseen (''Strafenhöhenbemessung'') ja (b) preventioargumenttien nojalla tapahtuvaan rangaistuksen mittaamiseen laajassa merkityksessä (ts. lajivalintaan).

> Konkreettisen mittaamismallin pohjana ovat Saksan liittotasavallan positiivisoikeudelliset säännökset. Niiden mukaan tuomarin tulisi noudattaa seuraavaa ''porrasmallia'' (''Stufenmodell'').
> (1) Rikoksen syyllisyyssisällön selvittäminen. Tämä on ilmaistavissa kvantitatiivisena suureena päivin, kuukausin tai vuosin. Koska laki määrää sakon muuntosuhteeksi 1/1, vastaa myös mittaamisessa 1 päivä vankeutta 1 päiväsakkoa (*Horn* 1977 46 § 29, ja StGB 47, 2 §).
> (2) (a) Jos rangaistus on alle 6 kuukautta, saattaa tulla kyseeseen rangaistusvaroitus, jos alle 1 vuosi, on vaihtoehtona vielä tuomitsematta jättäminen. Päätös tehdään preventioperustein.
> (b) Jos rangaistus täytäntöönpannaan (ei sovelleta edellä mainittuja erityisvaihtoehtoja), tehdään valinta sakon ja vankeuden välillä niin ikään preventioperustein.
> (c) Jos päädytään vankeusrangaistukseen, päätetään sen täytäntöönpanosta myös preventioperustein (ks. *Horn* 1977 46 § 28-35 ja *Schöch* 1975 s.271-272).

2.2.3. Kohti kompromissia

Mittaamisteorioita koskeva keskustelu on eräiden arvostettujen kirjoittajien esitysten myötä kallistumassa ns. ''modifioidun Stellenwert-teorian'' kannalle. Vaikka mittaamisvaiheessa tulee välttää yleispreventiivistä argumentointia, olisi tuomioistuimen tällöinkin otettava huomioon rangaistuksen erityisestävä tavoite. Etenkin nuoria henkilöitä tuomittaessa olisi perusteita olettaa, että myös rangaistusajan pituudella on merkitystä tekijän resosialisoitumisen kannalta.[26]

---

tamiseen (''Doppelspurige Strafenhöhenbemessung'' ks. *Horn* 1975 s.242-249 ja 1977 46 § 4-15 sekä *Schöch* 1973 s.89-90 ja 1975 passim. ja myös *Zipf* 1969 s.10 sekä AE 1966 s.71).

[26] Ks. myös kannanmuutoksia kirjoituksissa *Bruns* 1974 s.263 ja 1974a s.745 verr. 1982 s.114-115. Stellenwert-teorian ''erityispreventiivisesti modifioitua'' muotoilua kannattavat mm. *Lackner* 1978 s.11—16, *Schaffstein* 1973 ja 1977 s.449-450 sekä *Roxin* 1977 ja 1978 s.196 ss. Myös *Jescheck* hylkää Spielraum-teorian katsoen, että tuomioistuimen tulee ottaa rangaistuksen mittaamisen lähtökohdaksi juuri se rangaistus, jonka se syyllisyyden kannalta kokee oikeaksi. Preventiovaatimukset vaikuttavat vasta lajivalinnassa (*Jescheck* 1978 s.704-705). Tässä paljastuu eräs Stellenwert-teorian menestyksen syy—se tarjoaa vaihtoehdon niille, jotka tahtovat pitää edelleen kiinni sidotun ratkaisun ideasta. Teorian perusvariantista Jescheckin esitys eroaa siinä, ettei siinä oleteta eri rangaistuslajien välille ''porrasmallin'' edellyttämää vastaavuussuhdetta.

2.3. *Arviointia ja erimielisyyksien selityksiä*

Rangaistuksen tarkoitukseen liittyvän mittaamisteoreettisen keskustelun sitkeyttä selittää ensinnäkin *pyrkimys ratkoa kriminaalipoliittisia erimielisyyksiä dogmien tasolla* tuomatta esiin näkemyserojen todellista luonnetta ja taustasyitä. Kriminaalipoliittinen erimielisyys näkyy mm. kannanotoissa syyllisyysrajojen puolesta ja vastaan. Pisterangaistuksen haluavat kieltää ne, jotka toivovat preventioperusteille suurempaa painoa. Tämä saavutetaan toteamalla, ettei syyllisyysperustein voida saavuttaa muuta kuin karkea vastaavuus rikoksen ja rangaistuksen välillä. Näin loppu jää tavallaan annettuna preventioargumentoinnin varaan.

Mielipide-eroja selittää myös *peruskäsitteiden toisistaan poikkeava sisällöllinen määrittely*. Spielraum-teoriaa kehittänyt *Zipf* asettaa mittaamisopin lähtökohdaksi syyllisyys- ja preventionäkökohtien erottamisen siten, että tekoon liittyvät perusteet ovat syyllisyysperusteita ja tekijään liittyvät preventioperusteita (*Zipf* 1969 s.95, 115, 218 ja 240).[27] Toiseksi hän ymmärtää lain rangaistusasteikot puhtaina syyllisyysasteikkoina, joiden vahvistamisessa ei preventioperusteilla ole mitään tekemistä (*Zipf* 1969 s.72 ja 79).[28] Tästä myös seuraa, että lainsäätäjän jatkeena toimiva tuomari voi paikantaa "Schuldrahmen" -alueen vain syyllisyysnäkökohtien nojalla. Mikäli siis tekijään liittyvillä preventionäkökohdille voisi edes teoriassa olla merkitystä, tulisi niiden vaikuttaa jäljelle jääneellä syyllisyysalueella ("Schuldrahmen").[29] Koska lakikin tällaisia perusteita tuntee (StGB 46 §), ei niitä voi sivuuttaa. "Rahmenschuld" -teoria on siten välttämätön lakiin perustuvien tekijän henkilöön liittyvien preventioperusteiden huomioimiseksi.

Stellenwert-teoriaa on taas tarkasteltava *syyllisyyskäsitteelle annettua sisältöä* vasten. Teorian avainväittämähän oli, että syyllisyys yksin määrää mittaamisen ja preventio lajivalinnan. Tätä on kritisoitu Spielraum-teorian lähtökohdista huomauttaen, ettei tekijään liittyvillä seikoilla näin tulisi enää olemaan mitään vaikutusta rangaistuksen määrään. Kritiikki voidaan torjua sisällyttä-

---

[27] "Die klare Unterscheidung zwischen Schuld und Prävention ist der Schlüssel zum Verständis der Strafzumessungslehre" (*Maurach-Zipf* 1978 s.429).

[28] "Die Präventionsfrage hat Überhaupt keine direkten Bezug zum Strafrahmen. Ihr Einordnungsschema ist ausschliesslich der Schuldrahmen durch dessen Grenze die Schuldädaquanz immer gewahrt ist, so dass man diesen Bereich zur Prävention freigaben kann, ohne fürchten zu müssen, der Täter könnte ungerecht behandelt werden" (*Zipf* 1969 s.80). Zipfin kanta on tästä myöhemmin kuitenkin lieventynyt (*Maurach-Zipf* 1978 s.452—453).

[29] Ks. *Zipf* 1969 s.52: "Nur innerhalb der Schuldgrenzen bestimmt dann allein der Staat, was er für notwendig und zweckmässig hält . . ."

mällä syyllisyyskäsitteeseen myös preventionäkökohdat ja katsomalla - päinvastoin kuin Zipf - myös asteikkojen ja tunnusmerkistöjen rakentelun perustuvan preventionäkökohdille (esim. *Jakobs* 1976 s.9, 31-32). Näin syyllisyysrangaistuksen määrääminen sisältää jo osan preventioargumenteista. Vasta kapea syyllisyyskäsitys yhdistettynä Stellenwert -teoriaan johtaisi mittaamisessa vaikuttavan aineiston huolestuttavaan niukkenemiseen (ks. näin *Lackner* 1978 s.33).

Kolmanneksi näkemyseroja selittää *erilainen painotus suhteessa justifikaatio/heuristiikka*. Toiset kirjoittajat pitävät ensi sijassa silmällä justifikatorista näkökulmaa - sitä millaisia vaatimuksia oikeusjärjestys ja oikeusturva asettavat mittaamiselle - toiset taas todellisen ratkaisutoiminnan ehtoja ja kulkua. *Justifikatorinen* näkökulma selittää pisterangaistuksen. Oikeusturva vaatii, että jokainen tuomitaan vain ja ainoastaan oikeudenmukaiseen rangaistukseen. Kun huomioon otetaan *todellisen ratkaisutoiminnan ehdot*, käy subjektiivisten epävarmuustekijöiden tunnustaminen ja siitä seuraava valintamarginaalin myöntäminen ymmärrettävämmäksi.

> Erimielisyyksien selityslistaa olisi mahdollista jatkaa pitempäänkin: osa kirjoittajista tarkastelee tilannetta tuomarin, osa tutkijan näkökulmasta. Osa teorioista tarkastelee kysymystä abstraktisena, lain rangaistusvaihtoehdoista irrotettuna (Spielraum -teoria), osa etenee konkreettiselle ratkaisutasolle ottaen huomioon lain suomat valintamahdollisuudet (Stellenwert -teoria). Oman ryhmänsä muodostavat vielä positiivisoikeudellisia normeja koskevat tulkintaerimielisyydet. Osaa teorioista toisin sanoen puolustetaan sillä, että ne vastaavat lakitekstin tulkintaa.[30] Sikäli kun kyse on juridisen ratkaisutoiminnan luonteesta ja esimerkiksi mahdollisuudesta yhteen tai useampaan "oikeaan" ratkaisuun taikka tekniikasta, jolla ratkaisu löydetään, tällaisilla argumenteilla ei ymmärrettävästi ole enempää mielenkiintoa.[31]

---

[30] Stellenwert-teorian kieltoa käyttää preventioargumentteja varsinaisessa mittaamisessa on esimerkiksi vastustettu sillä, että StGB asettaa syyllisyyden ainoastaan mittaamisen *perustaksi* (Grundlage), jonka ohella laki antaa mahdollisuuden myös *muiden* näkökohtien huomioon ottamiseen (ks. esimerkiksi *Roxin* 1978 s.186 ja *Lackner* 1978 s.18 ss).

[31] Melkoista uskoa lainsäätäjän mahdollisuuksiin määrätä ratkaisutoiminnan teoreettisista ehdoista osoittaa esimerkiksi Giannopoulus, joka hylkää pisterangaistuksen ja sidotun ratkaisun idean lainvastaisena sillä perusteella, että lainsäätäjä on edellyttänyt otettavaksi huomioon myös preventiotekijät (*Giannopoulus* 1984 s.46).

3. Kritiikki ja jatkopohdintojen lähtökohdat

3.1. Kritiikki

Rangaistuksen tarkoitusta koskevat pohdinnat ovat avainasemassa pyrittäessä mittaamiskäytännön ehtona olevaan "arvostusten perusteltuun samansuuntaisuuteen". Mittaamisopin tapa käsitellä kysymystä antaa kuitenkin aihetta arvosteluun.

3.1.1. Tuloksista

Heuristisina teorioina kaikki ovat puutteellisia. Tuomioistuin ei käytännön syistä kykene pitämään mielessään pisterangaistusteorian edellyttämiä lukemattomia kiintopisteitä. Kahden muun teorian edellyttämä tiukka jako preventio- ja syyllisyysargumentteihin on jo käsitteellisesti pulmallinen, puhumattakaan, että tuomioistuimet mieltäisivät asiat tällä tavalla ja että ne etenisivät argumenttiryhmästä toiseen[32]. Ratkaisun heuristisina osavaiheina toiminevatkin tätä reaalisemmat kiintopisteet.

Justifikatoriselta kannalta pisterangaistus nojasi sidotun ratkaisun illuusioon. Spielraum-teoria lausuu taas vain selviön ("oikeudenmukaisuutta ei saa loukata hyötyargumentein - ei ainakaan kovin paljon"). Asiallinen kiista koski kuitenkin oikeudenmukaisuuden sisällöllistä täsmentämistä, sekä sitä alaa, jolla oikeudenmukaisuus tulee tyydytetyksi. Tästä ei teoria sano mitään. Sitä paitsi Spielraum -teorian uskottavuutta vähentää *argumentaation epäjohdonmukaisuus*. Samalla kun oletetaan, ettei ole mahdollista löytää yhtä ainoata oikeata syyllisyyttä vastaavaa rangaistusta, ratkaisumarginaalin olemassaolo kuitenkin kiistetään preventiopuolella. Otaksuisi kuitenkin, että tiedolliset epäselvyydet ovat juuri *täällä* kaikkein suurimmat.[33]

Mittaamisen ja lajivalinnan eri vaiheiksi erottava Stellenwert-teoria on heuristiikan kannalta muita etevämpi. On kuitenkin kyseenalaista olettaa, että määrää koskeva ratkaisu on puhdas syyllisyyskysymys ja lajivalinta yksin preventio-

---

[32] Empiiristä kritiikkiä ks. esim. *Kürschner* 1978 s.101-102, *Streng* 1984 s.287 ss. ja myös *Pallin* 1982 s.5.

[33] Jos onkin vaikea määrittää syyllisyyden vaatima tarkka rangaistuskvantiteetti, sitä vaikeampaa olettaisi olevan siitä päättämisen, mikä on tietyn preventiivisen tehon vaatima rangaistuskvantiteetti, puhumattakaan, että meidän on ensin tehtävä myös perusteltu päätös siitä prevention määrästä, jota kulloinkin olisi lupa tavoitella. Teoria on kyllä realistinen myöntäessään tarkan syyllisyysvastaavuuden mahdottomuuden, mutta sisäisesti ristiriitainen pyrkiessään - vallitsevalle sidotun ratkaisun idealle uskollisena - yhden ainoan rangaistuksen tavoitteluun preventiotasolla.

ongelma. Ajatuksen oudot lopputulokset ovat helposti osoitettavissa. Olettaen, että syyllisyysvastaavuus samastetaan oikeustajunnan kanssa (ks. tästä myöhemmin jakso III.C.1) ja että syyllisyyttä vastaava rangaistus mitataan teorian edellyttämin tavoin ideaalisena suureena yksikkönään päiväsakko (tai vuorokausi), päädytään siihen, että oikeudenmukaisen suhteen ja oikeustajunnan kannalta on samantekevää, tuomitaanko teosta 60 päiväsakkoa vai 2 kuukautta vankeutta ehdottomana!

Perusselitys tulosten laihuuteen ei kuitenkaan ole yhteensovittamisdogmien huonossa muotoilussa, vaan niiden vastattaviksi asetettujen kysymysten määrässä ja vaikeusasteessa. Näillä dogmeilla tahdotaan antaa yksinkertaisessa muodossa vastaus mm. kriminaalipolitiikan keskeisiä arvopäämääriä koskeviin ongelmiin, sääntelemään sekä mittaamisratkaisun justifikaatio että heuristiikka (tätä eroa tiedostamatta) ja ohjaamaan törkeysporrastusta sekä rangaistustason vahvistamista (tekemättä eroa kysymysten välillä). Tehtävä on yksinkertaisesti liian laaja, jotta edes jossain mielessä sisällöllisesti antoisa ratkaisu olisi puettavissa yhden formulan (esim. "preventio syyllisyysrajoissa") muotoon.

3.1.2. Kysymyksenasettelusta ja metodista

Tulosten ohella mittaamisteorioihin on kohdistettavissa joukko metodisia huomautuksia.

a) *Säännöt ja periaatteet.*—Tämä kritiikki on tuttu jo aikaisemmasta esityksestä. Rangaistuksen tarkoitusta ja mittaamisperiaatteita koskevassa keskustelussa toisistaan poikkeavia tavoitteita pyritään kohtelemaan sääntöinä, joita seurataan tai ei seurata. Tavoitteiden "ristiriita" tahdotaan ratkaista joko yhden näkökulman eduksi, tai vahvistamalla menettelylle kiinteät säännöt siten, että yksi tavoite määrää ratkaisua yhdessä, toinen toisessa vaiheessa. Kuitenkin mittaamisnormit - etenkin senkaltaiset abstraktit arvot kuten yleisestävyys, sovitus ja erityisestävyys— tulisi ymmärtää nimenomaan *periaatteiksi*. Niitä seurataan *enemmän tai vähemmän*, ja ne voivat *samanaikaisesti* vaikuttaa ratkaisuun *eri vahvuisena* ilman, että yhtä niistä "kumotaan" toisen eduksi. Tuomari ei siis tee ratkaisua seuraamalla ensin yhtä sääntöä, ja sitten toista (esim. sovitus→preventio), vaan hän ratkaisee asian eri periaatteiden vaikuttaessa argumentaatiossa *samanaikaisesti erilaisina yhdistelminä ja erilaisin painotuksin*. Ajatus, jonka mukaan eri rangaistusteorioille voidaan osoittaa oma lokeronsa, johon tuomarin tulisi kurkistaa ratkaisun eri vaiheissa, perustuu virheelliseen käsitykseen oikeudellisen sääntelyn ja sen rajoissa tapahtuvan ratkaisutoiminnan luonteesta. Periaattein säännellylle ratkaisutilanteelle on omi-

naista, että ratkaisija ei etene "säännöstä toiseen lenkki lenkiltä", vaan argumentit vaikuttavat ja niitä arvioidaan suhteessa toisiinsa samanaikaisesti.[34]

b) *Oikeustosiseikaston ja oikeusseuraamuksen vahvistaminen.* — Ongelman käsittelyä voi arvostella myös sikäli, että kirjallisuus on useissa kohdin tuntunut olettavan kaikkien *törkeysarvosteluun ja oikeustosiseikaston* vahvistamiseen liittyvien päätösten olevan yksinomaisesti oikeudenmukaisuutta korostavia *syyllisyysratkaisuja*, kun taas *rangaistustasosta ja oikeusseuraamuksesta* päättäminen kuuluisi pelkästään *prevention* alaan.[35] Ei ole mitään syytä, miksi oikeustosiseikaston arvottamisen tulisi välttämättä rajoittua syyllisyysargumentteihin ja oikeusseuraamuksen preventionäkökohtiin—olkoonkin, että tälle asetelmalle on muotoiltavissa teoreettinen selitys.[36]

3.2. Jatkotarkastelujen lähtökohdat

3.2.1. Mittaamisperiaatteet arvoina ja tavoitteina

Mittaamisperiaatteiden välistä jännitettä koskeva kysymys on arvo- ja tavoiteperiaatteiden välistä suhdetta ja keskinäistä korvattavuutta koskevan yleisemmän oikeusteoreettisen ongelman erityistapaus. Väittämättä, että yksilölliset oikeudet ovat redusoitavissa kollektiivisiin hyviin, ja siis deontologiset oikeudenmukaisuusperiaatteet käännettävissä teleologisiksi periaatteiksi, on oikeusperiaatteiden välillä yhteys, jota *Alexy*a seuraten voi luonnehtia perustelusuhteeksi. Kollektiiviset hyvät perustelevat yksilöllisiä oikeuksia ja kääntäen (ks. *Alexy* 1985a s.98—99 erit. alav.79). Tietyn tavoitteen asettaminen ja perusteleminen tekee siitä arvon, toisaalta yksimielisyys asiantilan arvosta saa myös

---

[34] Kuten *Eckhoff* kirjoittaa: "Når man argumenterer med regler, følger de enkelte argumenter etter hverandre some lenkene i en kedja, men argumenter som skriver seg fra retningslinjer ofte angår samme spørsmål slik at de må summerers opp eller veies mot hverandre" *(Eckhoff* 1980 s.156).

[35] Osittaisena poikkeuksena ovat syyllisyyskäsitteeseen myös preventioargumentteja sijoittaneet kirjoittajat (esim. Roxin). Nämäkin tuntuvat kuitenkin Stellenwert-teoriassaan hyväksyvän ajatuksen, jonka mukaan syyllisyys- ja oikeudenmukaisuusnäkökulmasta on samantekevää, minkälajiseksi lopputulos muodostuu. Syyllisyysmoitteen määrä olisi ts. jotakin, joka vahvistetaan konkreettisesta rangaistustasosta irrallaan olevana ideaalisena suureena. Tuon suureen konkretisointi rangaistusasteikolle siirtää siten ongelman kokonaan loogisesti toiselle tasolle, jolla operoitaessa voidaan "unohtaa" oikeudenmukaisuusongelmat.

[36] Myös *Walker* tuntuu yhdistävän kaiken mittaamisperusteita koskevan oikeustosiseikaston arvottamisen ("aggravating and mitigating") retributiivisiin rangaistusteorioihin (ks. *Walker* 1985 s.47—48).

meidät tavoittelemaan sitä.[37] Tämä merkitsee, että osa mittaamisperiaatteiden ja poikkeavien rangaistuksen tarkoitusta koskevien käsitysten välisestä jännitteestä on purettavissa argumentoimalla ne samansuuntaisiksi—tai paremminkin, osoittamalla, että samat lopputulemat ja yksittäisratkaisut ovat koherentteja useampien periaatteiden kanssa.[38]

Siihen, kumpaan kategoriaan tähdätään (arvo- vai tavoiteperiaatteisiin) ei tässä tarvitse ottaa yleistä kantaa.[39] Kun rikosoikeusjärjestelmän yleisjustifikaatio perustuu utilitaristisiin syihin, ja kun kärsimystä tuottavan rangaistuksen langettaminen on aina voitava justifioida puhdasta intuitiota vahvemmin argumentein, tulee tavoiterationaali argumentaatio saamaan etusijan. Tästä ei kuitenkaan seuraa, etteikö määrätilanteissa olisi esimerkiksi oikeusturvasyistä perustellumpaa nojata deontologisesti velvoittaviin arvoperiaatteisiin.[40] Tutki-

[37] Tässä *MacCormick* kritisoi terävästi Dworkinin erottelua periaatteen ja policyn välillä: "To articulate the desirability of some general policy-goal is to state a principle. To state a principle is to frame a possible policy-goal . . . Thus I disagree very firmly with Dworkin's characterization of the terms 'principle' and 'policy'." (*MacCormick* 1978 s.263—264).

[38] Tästä samasta tekniikasta on aiemmin käytetty termiä "rinnakkaispäättely" (ks. edellä jakso II.C.3.2).

[39] *Dworkinin* mukaan kiperät tapaukset, ja mittaaminen niiden mukana, tulisi ratkaista yksilöllisiä oikeuksia perustelevien moraalisidonnaisten (deontologisten) periaatteiden mukaisesti (ks. *Dworkin* 1977 s.84—85). *Alexy* taas pitää molempia periaatetyyppejä ratkaisutilanteissa huomioon otettavina optimointikäskyinä, joskin myöntää suppeille (deonttisille) periaatteille prima facie etusijan kollisiotilanteissa (ks. *Alexy* 1985 sekä Dworkinin kritiikistä myös *MacCormick* 1978 s.263—264). Kuten esityksen kuluessa käy ilmeiseksi, tuomioistuintason mittaamisargumentaatio pyritään näkemään varsin "alexylaisessa" muodossa. Molemmat periaatetyypit ovat kyllä mukana, mutta arvoperiaatteilla on prima facie etusija siinä mielessä, että välitön preventioargumentointi etenkin rangaistustasoa koskevissa kysymyksissä edellyttää erityisiä perusteita tai poikkeustilannetta.

[40] Kysymys on analoginen sen kanssa, mitä edellä esitettiin intuitiivisen ja kriittisen tason moraaliargumentaation suhteista. Kaikkien seurannaisvaikutusten arvioimiseen ei ole joka tilanteessa mahdollisuuksia, ja on lopputulosten kannalta usein eduksi muotoilla asiasta intuitiivinen, sokeasti seurattava deonttinen arvoperiaate. Ne ovat tarpeen monimutkaisten kokonaisuuksien hallitsemiseksi ja takaavat mm. sen, ettemme tilannekohtaisten houkutusten voimasta tee päätöksiä, jotka ovat edullisia vain lyhyen, mutta eivät enää pitkän tähtäimen kannalta. Reduktionistisen ajattelun eräänä perusongelmana onkin, että palautettaessa periaate tai siihen nojaava argumentti toisen periaatteen alaisuuteen, periaatteen tai argumentin painoarvo voi muuttua. Asiasta on varoittanut erityisesti *Dworkin* 1977 s.96: olisi ts. väärin otaksua, että ". . . because some argument of principle can always be found to substitute for an argument of policy, it will be as cogent or as powerful as the appropriate argument of policy would have been." Vaikka siten oikeudenmukaisuusperiaatteet ja deontologisesti värittyneet peruskäsitteet voidaan "teoriassa" palauttaa esimerkiksi laajemmiksi

muksen arvo- ja rangaistusteoreettisiin peruslähtökohtiin lisäksi kuuluu, ettei kaikkea ole mahdollista alistaa yhden objektiivisesti vahvistettavan arvon tai päämäärän alaiseksi. Tästä huolimatta osittaiseen reduktioon pyrkiminen ja keskinäisten yhteyksien osoittaminen vähentää argumentaatiomateriaalin "tarpeetonta" jännitteisyyttä ja erisuuntaisuutta. Toisistaan poikkeavien arvojen mahdollisuuden tunnustaminen taas helpottaa erisuuntaisten argumenttien avointa punnintaa ja erittelyä.[41]

3.2.2. Metanormit—yleiset periaatteet—yksittäiset perusteet

Mittaamisperiaatteiden yhteensovittamisdogmit edustavat normiteoreettiselta statukseltaan ns. *metanormeja*. Niiden tehtävänä on ohjata muiden normien - tässä tapauksessa rangaistuksen tavoitteiden - käyttöä ja keskinäistä suhdetta (ks. *Sundby* 1974 s.255 ss ja *Klami* 1979 passim). Kun jo säädeltävät normit—yleiset mittaamisperiaatteet—ovat huomattavan yleisiä, on ymmärrettävää, että niiden keskinäistä suhdetta sääntelevät vielä yleisemmät metanormit jäävät usein itsestäänselvyyksien tasolle ja parhaassakin tapauksessa lähinnä kaunokirjallisiksi ilmauksiksi.[42] Niistä ei juuri ole apua konkreettisissa

---

tarkoituksenmukaisuusargumenteiksi, niiden "aidon" painoarvon säilyttämiseksi saattaa olla viisainta operoida edelleen alkuperäisin termein (ks. tältä osin erityisesti mitä myöhemmin esitetään kontrolloitavuuden ja syyllisyyden suhteista). Tältä kannalta on myös tarkasteltava syyllisyysperiaatteen ja toisintoimimismahdollisuuden rationalisointia jaksossa III.A.4. Vaikka konformiteettiperiaatteen syväjustifikaatio pohjasi laajasti ymmärrettäviin tarkoituksenmukaisuusnäkökohtiin, koskee tavoiteperustelu kuitenkin vain periaatteen itsensä justifiointia. Konkreettisia yksittäisratkaisuja ei tule perustella po. rationaliteettisyin, vaan vetoamalla suoraan itse periaatteeseen deonttisesti velvoittavana arvoperiaatteena. Toisintoimimismahdollisuutta koskeva vastuuehto saa näet aivan toisen painon, kun se puetaan syyllisyysperiaatteen muotoon, verrattuna tilanteeseen, jossa syyllisyysvaatimuksen tueksi yksittäistapauksessa esitettäisiin vain arvio siitä, että syyttömien tuomitseminen heikentää järjestelmän ennustettavuutta ja vaikeuttaa pidemmän päälle ihmisten omien elämänvalintojen toteuttamista.

[41] Arvo- ja tavoiteperiaatteiden suhteita koskevat pohdinnat kiinnittyvät lopulta yleiseen oikeuden evoluutiokeskusteluun. Syllogismikritiikki onkin tavallaan yksi esimerkki siitä kritiikistä, joka on kohdistunut arvoperiaatteita lainkäyttötasolla korostavaan oikeudellisen ajattelun malliin (ns. weberiläiseen modernin oikeuden malliin, ks. aiheesta *Tuori* 1987 passim). Tuon mallin mukaan tavoiterationaalisuus kytkeytyy yksin lainsäädäntötason ratkaisuihin, kun taas lainkäyttö on arvorationaalista (arvoperiaatteille perustuvaa) ja tavoiterationaalista korkeintaan vain välillisessä mielessä (ks. *Tuori* 1987 s.16—22). Oikeuden finalisoituminen edustaa samalla murrosta weberiläisen modernin oikeuden konseptiossa ja tuo tavoiteperiaatteet mukaan myös lainsoveltajan argumentaatioon.

[42] *Honkasalo* täsmentää tarkoituksenmukaisuuden ja oikeudenmukaisuuden suhteita

pulmatilanteissa. Metanormeihin kohdistettu oikeusteoreettinen kritiikki tuntuu siis pätevän ainakin mittaamisessa.[43] Kuten *Klami* on huomauttanut, ne eivät lopultakaan vapauta ratkaisijaa pohtimasta yksityiskohdittain myös niiden normien sisältöä ja agumenttiarvoa, joiden käyttöä metanormit toisen asteen normeina ovat ohjaamassa. Ne eivät siis toisi sääntelymateriaaliin mitään sellaista mitä siellä ei ennestään jo olisi (ks. *Klami* 1979 s.143—146).

> Esimerkiksi Spielraum-formulan hyväksyminen ei vapauta selvittämästä mitä syyllisyysvastaavuus merkitsee, miten se mitataan, mitkä seikat ovat syyllisyyden määrittämisen kannalta relevantteja, mikä on niiden keskinäinen paino, mitä preventionäkökohtiin sisällytetään, kuinka rangaistuksen vaikutusten on arvioitu syntyvän, missä määrin empiiriset tulokset tukevat näitä otaksumia yleensä ja käsiteltävän tapauksen kannalta erityisesti, mikä arvo on annettava "koville" empiirisille todistuksille ja missä määrin voi luottaa "terveeseen järkeen", millaisia vaatimuksia empiirisesti perustellut preventionäkökohdat asettavat törkeysporrastukselle ja millaisia rangaistustasolle, kuinka painavia nämä vaatimukset ovat suhteessa vastanäyttöön ja toisiin arvopäämääriin jne. Kun tämänkaltaisiin kysymyksiin on saatu vastaukset - ja on turha odottaa, että ne löytyvät yhteen lauseeseen puristetusta Spielraum- tai Stellenwertformulasta - ei ratkaisija enää kaipaakaan tuekseen jatkuvan kiistelyn alaisia metanormeja.[44]

Abstraktisten yhteensovittamisdogmien formuloinnin sijaan tulisi siis keskittyä periaatteiden sisällön täsmentämiseen, niitä tukevien ja vastustavien argumenttien tarkasteluun ja niistä johdettavien yksittäisten ratkaisuperusteiden

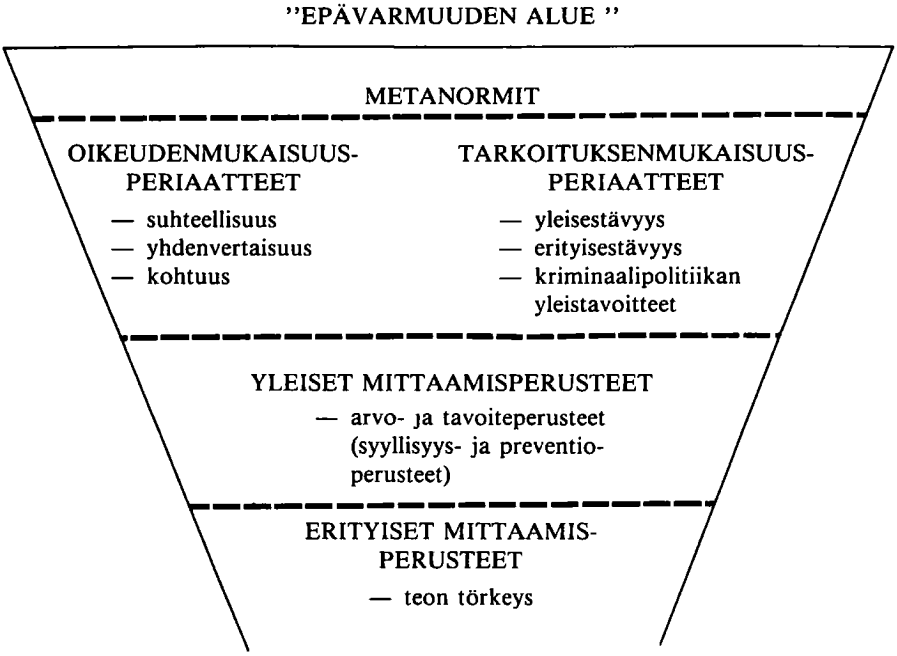
---

todeten, kuinka: ". . . ensinmainittu aate on mottori, viimeksimainittu aate regulaattori, joita varsin hieno mekanismi yhdistää toisiinsa" (*Honkasalo* 1937 s.57, ks. myös *Nousiainen* 1961 s.20 ss). *Nousiainen* toteaa taas erillään pitämiensä sovitusajatuksen ja yleisen mielipiteen suhteista: "Sovitusajatus on tasoittava regulaattori, joka valaa öljyä yleisen mielipiteen myrskyäviin laineisiin" (mts. 28 alav.36). Yleisprevention ja yleisen oikeustajunnan suhteesta taas lausutaan, kuinka ". . . kansan yleinen oikeustajunta on kuin vauhko hevonen, joka on valjastettu yleisprevention vaunujen eteen: ajaja koettaa hillitä hevosen liiallista rajuutta, mutta käyttää sen voimia hyväkseen matkanteossa." (mts. 34).

[43] Tämä koskee erityisesti ns. kaksinkertaisen kvalifioinnin kieltoa, analogiaohjeita sekä nyt tarkasteltuja yhteensovittamisdogmeja.

[44] Voi tietysti väittää, että teoriat eksplikoivat tärkeiden kriminaalipoliittisten arvojen järjestyksen. Tuo järjestys ei kuitenkaan ole sen kummempi kuin vaatimus, ettei tarkoituksenmukaisuutta saa toteuttaa epäoikeudenmukaisin keinoin. Kyse on kuitenkin näiden arvojen *merkityssisällöstä*. Spielraum teoria *näyttää* ilmaisevan erilaista arvojen järjestystä kuin esim. vuosisadan alun positivistien erityispreventiiviset mittaamisteoriat. On kuitenkin luultavaa, etteivät von Listz ja Ferri seuraajineen hekään väittäneet omia ratkaisujaan *epäoikeudenmukaisiksi*. Heidän oikeudenmukaisuustulkintansa vain oli teleologinen.

erittelyyn.[45] Ratkaisuperusteet on samalla käytännöllisintä nähdä *jatkumona* seuraavasti. Mittaamisperiaatteita yhteensovittavat metanormit edustavat jatkumon ääripäätä. Niitä seuraavat arvo- ja tavoiteperiaatteiden pääryhmät, eri mittaamisperiaatteet sekä varsinaiset rangaistuksen mittaamisperusteet yleisemmistä erityisiin. Ratkaisun normatiivinen perusta on sitä tiiviimpi, mitä eritellympi argumenttijoukko päätöksen taustalle voidaan analysoida. Metanormin pohjalta tehty ratkaisu on jokseenkin kontrolloimaton (päätös justifioidaan vain toteamalla, että se on oikeuden- ja tarkoituksenmukainen), kun taas yksittäisiin po. rikosta ja erityistapausta pitkälle analysoiviin perusteisiin pohjaava ratkaisu on juridisesti kontrolloitu (se perustuu argumenttien punnintaan). Jälkimmäinen tarjoaa ideaalin, jota tavoitella. Tutkimuksen kannalta asetelma voidaan kuvata seuraavasti:



Asetelma paljastaa kaksi tutkimusasetelmaa: (a) horisontaalisen, jolloin eri suuntaan puhuvia argumentteja yritetään yhteensovittaa ja painottaa keskenään eri tasoilla ja (b) vertikaalisen, jolloin kyse on konkreettisella ratkaisuta-

[45] Näin voi ymmärtää myös *Stratenwerthin* varoituksen: "Jede Dogmatismus so nahe er als Ausflucht liegen mag, sollte sich hier vor selbst verbieten" (*Stratenwerth* 1982 s.44—45).

solla kelvollisten perusteiden formuloinnista koherenssissa yleisten periaatteiden kanssa.[46] Vertikaalisessa suhteessa (relaatiossa yleiset mittaamisperiaatteet/mittaamisperusteet) tarkastelun avainsanoja ovat siten "analyysi", "johtaminen" ja "koherenssi". Horisontaalisen näkökulman herättämiä kysymyksiä luonnehtivat vuorostaan termit "jännite", "justifiointi", "painoarvo" ja "reduktio". Molempia tarvitaan, sillä ratkaisut pohjaavat samanaikaisesti eritasoisille ja erisuuntaisille periaatteille ja perusteille. Tutkimuksen tehtävänä on esittää tyyppitilanteita varten perustellut ratkaisut sekä törkeysporrastusta ja mittaamisperusteita että rangaistustasoa koskeviin ongelmiin.

Esitystekniikka noudattaa seuraavassa yhtenäistä perusrakennetta. Sen mukaan ratkaistavana on kolme ongelmaa: (a) analyysi, (b) justifiointi ja (c) soveltaminen. Kullekin mittaamisperusteelle pyritään ts. antamaan ensin *mahdollisimman tarkka sisällöllinen määrittely*. Tämän jälkeen tarkastellaan tuon *periaatteen justifioimiseksi esitettäviä perusteita* (kuin myös vastustavia näkökantoja). On selvä, että tutkimusprosessin kuluessa nämä vaiheet ovat kietoutuneet siten, että sisällön formuloinnissa on otettu huomioon jo syyt, jotka tukevat valittua määrittelyä. Raportin laatiminen on tässä suhteessa aina jälkikäteiskonstruktio. Kolmanneksi selvitetään sitten periaatteen *sovellutuksia mittaamistasolle*.[47]

[46] Jaksossa II.B.3.2. on tarkemmin käsitelty perusteiden ja periaatteiden välisen systeemiyhteyden, koherenssin ja johtamisen ongelmia. Tavoitteena on ts. konstruoida yleisistä periaatteista ja niiden alaisuuteen kuuluvista mittaamisperusteista mahdollisimman kattava "verkko", jonka avulla mittaamisratkaisut saataisiin aiempaa tarkempaan juridiseen kontrolliin.

[47] Kokonaisuudessaan seuraavien tarkastelujen näkökulma edustaa pikemminkin lainsäädäntö kuin -soveltamistasoa. Erottelu on kuitenkin suhteellinen. Konkreettisissa tuomioistuinratkaisuissa vedotaan myös yleisiin mittaamisperiaatteisiin. On toinen asia, kuinka perusteltua tämä on ja mihin tällainen argumentaatio todellisuudessa perustuu. Tämän selvittäminen onkin eräs seuraavien neljän pääjakson tehtävistä.

C. OIKEUDENMUKAISUUSPERIAATTEET

1. Suhteellisuusperiaate

1.1. Eräitä käsitetäsmennyksiä

Oikeudenmukaiseen sovitukseen ja rikosoikeudelliseen suhteellisuusperiaatteeseen kytkeytyy useita vaatimuksia. Oikeudenmukaisuus edellyttää, että tekijä *rangaistuksen kärsimällä hyvittää* tekonsa ja saa sovitettavakseen *rikostaan vastaavan* rangaistuksen. Rikokseen syyllistynyt on saatettava edelleen sellaisen kohtelun alaiseksi, jonka hän on *ansainnut*. Vaaditaan myös, että rangaistus on *oikeudenmukaisessa suhteessa tekijän syyllisyyteen (tai teon törkeyteen)*. Mahdollisia merkitysvaihtoehtoja ovat siten mm. (a) rangaistus kärsimyksen aiheuttajana (hyvitys),[1] (b) syyllisyys rangaistuksen ehtona, (c) rangaistus oikeudenmukaisena ansaintana, (d) vaatimus rikoksen rangaistuksen vastaavuudesta ja (e) vaatimus rangaistuksen ankaruuden suhteuttamisesta määrättyihin kriteereihin (yleensä syyllisyyteen).[2] Periaatteen eri merkitykset kietou-

---

[1] Ks. esim. *Ellilä* 1949 s.25-26: "Rangaistuksen on oltava ainakin jossain määrin hyvitystä. . . ja tarkoitettava kärsimyksen aikaansaamista rikoksen tehneelle ja oikeudenloukkauksen sovittamista. . . Kansan oikeustajunnan katsotaan . . . aina ehdottomasti vaativan sitä, ja edelleenkin totuutena on pidettävä, että pahaa tehneen on kärsittävä paha. . ."

[2] *Nousiainen* jakaa sovitusajatuksen vaatimukset kolmeen: (1) ei rangaistusta ilman syyllisyyttä, (2) siellä missä on syyllisyyttä on myös rangaistava ja (3) rangaistuksen on oltava proportionaalinen syyllisyyteen nähden (*Nousiainen* 1961 s.22). *Kaufmann* 1976 s.32 erottaa syyllisyysperiaatteen (Schuldprinzip) merkityssisällöiksi (a) rangaistavuutta perustavan materiaalisen rikostunnusmerkin ("Materielles Verbrechensmerkmale"), (b) rangaistusta mittaavan säännön (rangaistuksen on vastattava syyllisyyttä "Schuldangemessenheit") ja (c) rangaistavuuden rajoituksen (rangaistuksen tulee olla suhteessa teolla toteutettuun vääryyteen; "Kongruenz zwischen Unrecht und Schuld"). Anglosaksisessa kirjallisuudessa on *Cottingham* 1979 s.238 ss erottanut termille "retribuutio" vastaavasti yhdeksän eri merkityssisältöä (mm. velanmaksu, oikeudenmukainen ansainta, viittaus tehtyyn tekoon, rangaistuksen rajoittaminen syylliseen, yhteisön vaatimusten tyydyttäminen, rikoksen ja rangaistuksen ekvivalenssi, teon sovittaminen jne, ks. myös *Malloy* 1982 s.52, jossa tärkeimmiksi näistä erotetaan oikeudenmukainen ansainta ja ekvivalenssiajatus).

tuvat keskustelussa tavallisesti yhteen ja syyllisyysperiaatteesta, ansainnasta, suhteellisuusvaatimuksesta tai sovitusajatuksesta puhuminen viittaakin normaalisti useampaan esitetyistä näkökulmista.[3]

Mittaamisen kannalta relevantteja ovat vaihtoehdot c, d ja e. Rikoksen ja rangaistuksen tulee siis vastata toisiaan siten, että rangaistus on "oikeudenmukaisessa", "tietyssä" tai "tarkassa" suhteessa "rikoksessa ilmenevään pahaan", "rikosteon seurauksiin", "rikosten moitittavuuteen", "rikoksen vahingollisuuteen ja vaarallisuuteen" tai "teosta ilmenevään tekijän syyllisyyteen" — mitä termiä sitten kulloinkin käytetään.[4] Suhteellisuusperiaate vaatii siten lausumaan kahdesta seikasta: (a) suhteellisuuden absoluuttisesta mitasta (tarkka, oikeudenmukainen, tietty) ja (b) suhteuttamiskriteereistä (seuraukset, syyllisyys, vahinko jne).[5] Periaatetta voidaankin tarkastella sekä aineellisena että muodollisena. *Muodollisena* periaatteena se vaatii "määrättyä", "tarkkaa" tai "oikeudenmukaista" suhdetta rikoksen ja rangaistuksen välillä. Tällaisena ohje on jokseenkin mitäänsanomaton.[6] *Aineellinen* sisältö tuolle periaatteelle saadaan vasta, kun esitetään *kriteerit*, joihin rikosten ja rangaistusten

[3] Esim. rikosoikeuskomitea kirjoittaa: "Rangaistuksen käyttöä rajoittaa syyllisyysperiaate. Yksilöä saadaan rangaista vain sellaisesta, josta häntä voidaan moittia ja lisäksi rikoksen moitittavuuden ja rangaistuksen ankaruuden välillä tulee vallita tietty suhteellisuus" (Rikosoikeuskomitea 1976 s.67). Sitaattiin sisältyivät syyllisyys rangaistuksen ehtona, sovitus suhteellisuuden vaatimuksena ja "moitittavuus" mittaamisperusteena.

[4] Vrt. esim. sovitukselle ja suhteellisuusperiaatteelle annettuja muotoiluja: reaktiot ovat *"oikeudenmukaisessa* suhteessa *rikoksessa ilmenneeseen pahaan* . . . ja tämä . . . johtaa . . . rikosteon *seurausten asettamiseen etualalle"* (*Ellilä* 1949 s.45—46), ". . . rikoksen *moitittavuuden* ja rangaistuksen ankaruuden välillä tulee vallita *tietty* suhteellisuus.." (Rikosoikeuskomitea 1976 s.67), ". . .rikoksentekijälle olisi mitattava rangaistus *tarkassa suhteessa* tehdyssä *rikoksessa ilmenevään syyllisyyteen* (*Nousiainen* 1961 s.22, ja ". . .rangaistus on mitattava *oikeudenmukaisessa suhteessa* rikoksen *vahingollisuuteen ja vaarallisuuteen sekä tekijän teosta ilmenevään syyllisyyteen"* (RL 6:1).

[5] Pohjoismainen kirjallisuus ei juurikaan ole pohtinut anglosaksisella kielialueella laajan keskustelun kohteena ollutta ansainnan käsitettä. Näillä käsiteselvittelyillä ei nähdäkseni myöskään tässä ole sen suurempaa arvoa. Analyysien lopputulos yleensä on, ettei ansainnan periaate - sen enempää kuin käsite "desert" - sano mitään niistä kriteereistä ja mitasta, joiden mukaan päätetään "mitä on ansaittu" (ks. niistä esim. *Feinberg* 1970 s.59 ss, *Kleinig* 1973 s.55 ss, *Pinchoffs* 1977 s.50 ss ja *Sadurski* 1985 s.116 ss).

[6] Kuten Ruotsin vapausrangaistuskomitea kirjoittaa: "Något materiellt innehåll finns således inte i proportionalitetstanken utan den får sitt innehåll genom de olika omständigheter som man anser bör påverka bedömningen av de olika brottens förkastlighet" (SOU 1986:14 s. 143). Ansainnan käsite on siten käyttökelpoinen niin intuitionistisen retributivistin kuin rationaalisesti perustelevan utilitaristinkin käsissä (näin mm. *Kleinig* 1973 s.61-62 ja *Bedau* 1977 s.52). Filosofia tunteekin myös utilitaristisille näkemyksille rakentuvia ansainnan teorioita (esim. *Stern* 1970 s. 317-329).

arvostelussa on kiinnitettävä huomiota, samoin kuin se *mitta*, jolla rikokset ja rangaistukset kytketään toisiinsa ja vahvistetaan taso, jolle sanktiot absoluuttisesti asettuvat. Kriteerit ovat selvillä vasta, kun tiedetään periaatteen arvoperusta ja tavoitteet. Toisaalta periaatteen justifikaatio on myös yhteydessä kriteereihin, joiden nojalla sen sisältö tulee vahvistetuksi.

1.2. Periaatteen justifiointi

Rikoksen ja rangaistuksen vastaavuuden perustana on *Honkasalon* mukaan intuitiivinen ansainnan vaatimus: "Yleiseen tietoisuuteen juurtunut käsitys, että ihmisen on saatava palkka töittensä mukaan, vaatii siis, että rikoksen ja rangaistuksen tulee olla oikeassa suhteessa toisiinsa." Vastaavuuden mitan ratkaisee oikeustajunta: ". . .(vaikka) suhteellisuuden määräämiselle ei voida asettaa varmaa normia, . . . oikeustajunta vaistoaa aina sellaisen olemassaolon. Sovitusajatus siis vaatii, että teko ja rangaistus ovat oikeustajunnan mukaisessa suhteessa toisiinsa" (*Honkasalo* 1937 s.49). Yhtäältä siis "ihmisten tietoisuuteen on juurtunut, että ihmisen on saatava palkkansa töittensä mukaan"; tämä palkka on teon törkeyttä vastaava kärsimys. Tätä vastaavuutta ei voida täsmällisesti vahvistaa, mutta "oikeustajunta vaistoaa sellaisen olemassaolon". Oikeustajuntaan vedoten on siis oikeus vaatia, että rikoksen ja rangaistuksen välillä vallitsee oikeustajunnan vaatima suhde. Päättely kulkee kehässä ja palautuu lopulta yksin intuitioon.[7] Sellaisena se on myös altis intuitiivisten justifikaatioiden yleiselle kritiikille.[8]

Suhteellisuusperiaate voidaan johtaa myös *rikoksen ja rangaistuksen käsitteistä*. Rangaistus on yhtäältä yhteiskunnan moite, toisaalta syyllisyydessä on kyse tekijään kohdistettavasta moitearvostelusta. Näin rangaistuksen ankaruus (=moitteen määrä) ja syyllisyyden suuruus (= moitearvostelun kohde) vastaavat jo määritelmän voimasta toisiaan: "Mit der Betonung der Vorwerfbarkeit ist der weitere Schritt unabweisbar, die Strafe nach dem Mass der Vorwerfbarkeit abstüfen" (*Zipf* 1969 s.49).[9]

---

[7] Honkasalo toteaakin suoraan: ". . .kansassa ilmenevä käsitys oikeasta ei ole järkeilyn tulos vaan on intuitiivinen näkemys" (*Honkasalo* 1937 s.53).

[8] Sama pätee myös *Nousiaisen* idealistis-metafyysiseen perusteluun, jonka mukaan ". . .sovitus eliminoi niin hyvin yhteiskunnassa kuin rikollisenkin rinnassa piilevän, ihmiseen jo ilmeisesti luomisen perusteella sisältyvän tehdyn vääryyden eliminoimistarpeen" (!) (*Nousiainen* 1964 s.268).

[9] Samoin argumentoivat mm. von *Hirsch* ja *Singer*: "Kravet på proportionella straff kommer i stället av det faktum att straff inbegriper klander och att graden av straff anger graden av klander" (von *Hirsch* 1982 s.104). Samoin Singer: ". . . it seems eminently clear

Sen lisäksi, että tässä johtamisessa on vahva käsitepäättelyn tuntu, perustuu justifiointi vain yhden rangaistukselle ominaisen piirteen korostamiseen. Vaikka on oikein sanoa, että rangaistus on moite, on rangaistukselle toisaalta ominaista myös sen rikoksia ehkäisevä luonne. Saman logiikan mukaan olisi siten perusteltua vaatia, että rangaistuksen ja rikoksen suhde vahvistetaan *prevention* vaatimalla tavalla. Tämä johtaisi ehkä hyvinkin toisenlaiseen suhteellisuusperiaatteeseen (joskin suhteellisuusperiaatteeseen kuitenkin).

Saksan liittotasavallan mittaamisoppi hakee tukea myös *oikeusvaltioperiaatteesta*. "Rechtstaatprinzip" edellyttäisi paitsi oikeusturvaa muodossa "keine Strafe ohne Schuld", myös *materiaalista oikeudenmukaisuutta*. Tämän eräs ilmenemismuoto on juuri rikoksen ja rangaistuksen välillä vallitseva "asianmukainen" ("sachgerecht") suhde.[10] Suhteellisuusperiaatteen avulla taataan rikoksen tehneelle suoja valtion pakkovaltaa vastaan. Sillä on ts. *rajoittava ja kontrolloiva funktio* (ks. *Zipf* 1969 s.52). Myös raportin Nytt Straffsystem kirjoittajat pitävät suhteellisuusperiaatetta osana rangaistuksen käytön kontrolloitavuuden yleisvaatimusta (Nytt Straffsystem s.153-154). Samaan tapaan periaatetta perustelevat *Anttila-Törnudd*: "Kun rangaistukset koetaan epämiellyttävinä tai uhkaavina, tarvitaan *turvallisuuden ja oikeudenmukaisuuden edellytykseksi ennustettavuutta ylläpitävä* suhteellisuuden periaate rikoksen ja sitä seuraavan rangaistuksen välillä" (*Anttila-Törnudd* 1983 s.135, (kurs. tässä) samoin *Anttila-Heinonen* 1977 s.78 ja laajemmin *Lahti* 1972 s.228 sekä alav. 14 mainitut lähteet).

Suhteellisuusperiaate ylläpitää ennakoitavuutta ja luo siten turvallisuutta. Näin päädytään samoihin perusteisiin, jotka jaksossa III.A. esitettiin konformiteettiperiaatteen tueksi. Suhteellisuusperiaate onkin eräässä mielessä konformitettiperiaatteen välttämätön jatke. Konformiteettiperiaate takaa suojan vain siihen saakka, kun tekijä syyllistyy rikokseen. Arvot, jotka tekevät tästä periaatteesta tärkeän, vaativat kuitenkin, että tekijästä huolehditaan myös kielletyn käyttäytymisen rajan tultua sivuutetuksi. Oman elämänsuunnitelman toteuttamiseksi ja valintojen suorittamiseksi ei riitä, että tietää kielletyn ja sallitun rajan. Lähes yhtä tärkeätä on ennakoida oikein valtion taholta uhkaavan

---

that the essence of the criminal sanctions is the amount of moral blame it carries. . .Criminal sanctions are imposed upon offenders because theys have committed a morally reprehensible act . . . because blame is the key to criminal sentencing we must mete it out . . . assuring that the right amount of blame is given to the offence; in short, we have a requirement of proportionality. . ."(*Singer* 1979 s.16-17).

[10] "Zur Rechtsstaatlicheit gehört nicht nur die Rechtssicherheit, sondern auch die materielle Gerechtigheit. Die idee der Gerechtigkeit fordert, dass Tatbestand und Rechtsfolge in einem sachgerechte Verhältnis zueinander stehen" (*Zipf* 1969 s.48).

perusoikeuksiin puuttumisen vakavuus. Konformiteettiperiaate (''nulla poena sine culpa'') ei yksin takaa oikeusvarmuutta ja ennalta-arvattavuutta. Siihen tarvitaan lisäksi rangaistusta rajoittava suhteellisuusperiaate (''nulla poena extra culpam'', *Zipf* 1969 s.43).[11]

1.3. Periaatteen kritiikki

Kriminaalipoliittisessa keskustelussa suhteellisuusperiaate yhdistetään tekokeskeiseen klassiseen ja uusklassiseen rikosoikeusajatteluun. Tuon ajattelun arvostelijat suuntaavat kritiikkinsä tavallisesti myös suhteellisuusperiaatteeseen ja sen toteuttamisen vaikeuksiin huomauttaen, ettei sovitusta vaativaa vääryyttä tai sitä vastaavaa rangaistusta voi millään kvantitatiivisella tai muutoin luotettavalla tavalla arvioida tai mitata, saatikka, että näiden väliselle suhteelle voitaisiin esittää järkevä peruste. Sovitusajatus on vain toivoton yritys saattaa yhteen kaksi vertailukelvotonta suuretta.[12]

Suureiden laadullinen poikkeavuus ei estä niiden vertailua, sillä suhde voidaan määrittää konventionaalisesti (ks. myös *Strahl* 1950 s.414). Vertaaminen voi kyllä olla vaikeata, mutta ei välttämättä mahdotonta. Normatiivisissa yhteyksissä ratkaisijan vastuulle usein sälytetään arvostamista edellyttäviä valintoja: ''. . .this is simply an occupational hazard of being involved in any normative discourse'' (*Lacey* 1984 s.25, samoin *Sadurski* 1985 s.143 ja 239). Vaikkei rikoksen edustamaa vääryyttä ja rangaistukseen sisältyvää kärsimystä voi vah-

[11] Analyyttisen koulun tarkasteluja on syytetty siitä, että kytkiessään syyllisyysperiaatteen konkreettisen rangaistuksen langettamisen ehtoihin, ja asettaessaan preventionäkökohdat koko järjestelmää sääänteleviksi periaatteiksi, teoriat jättävät rikoksiin syyllistyneet nyt käsitellyssä suhteessa vaille minkäänlaista suojaa. Lakia rikottuaan henkilö on menettänyt konformiteettiperiaatteen tarjoamat edut, ja jos syyllisyysperiaate ei asiasta muuta lausu, ei ole mitään syytä säilyttää rajoittavaa suhteellisuusperiaatetta. Järjestelmän perustavoitteiden kannalta olisi useimmissa tapauksissa eduksi, että kaikki rangaistukset olisivat ankarimpien rangaistusten tasolla: ''One cannot take too many precautions against one's enemy'' (*Durkheim* 1983 s.61). Tämä mm. Hartiin kohdistettu kritiikki (esim. *Lucas* 1981 s.146-147 ja *Hodson* 1983 s.120) on useimmassa tapauksessa epäoikeutettu. Analyyttiset teoriat käsittelevät yleensä vain konkreettisen rangaistuksen langettamisen ehtoja ja järjestelmän kokonaistavoitteita, eivät yksittäisen rangaistuksen määrään vaikuttavia näkökohtia. Hart itse useissa kohdin toteaa selvästi, että konformiteettiperiaatteen lisäksi myös rikoksen ja rangaistuksen välillä tulee vallita tietty suhde, jota hän ei kuitenkaan sen tarkemmin täsmennä. Selvää kuitenkin on, ettei tämä suhde saa tuhota sitä, joka konformiteettiperiaatteen avulla oli saavutettu.

[12] Näin esim. *Nousiainen* 1961 s.29, *Agge* 1939 s.33, von *Eyben* 1950 s.277-279 ja *Kyvsgaard* 1980 s.89-90. Kritiikin sisällöstä ks. tarkemmin *Sadurski* 1985 s.237 ss. ja oikeudenmukaisuusteorioitten kannalta yleisesti sama s.141 ss.

vistaa yksiselitteisesti, on mahdollista esittää *paremmin ja huonommin perusteltuja kannanottoja* niistä kriteereistä, joihin arvostelussa tulisi kiinnittää huomio.

Toiseksi kiistettiin mahdollisuus saavuttaa vaadittava matemaattinen tarkkuus. Kuviteltu eksaktisuuden vaatimus selittyy osin sillä, että lopullinen rangaistus puetaan aina matemaattisen tarkkaan muotoon. Kyse ei kuitenkaan ole esimerkiksi päivien, kuukausien ja vuosien jakamisesta, vaan sen rangaistuskärsimyksen vahvistamisesta, joka *tyypillisesti* sisältyy esim. yhden vuoden kuuden kuukauden vankeusrangaistukseen. Lopputuloksen ilmaisevat termit antavat prosessista vain näennäistarkan kuvan. Sen ei pidä antaa viedä ajatuksia harhaan (samoin *Kleinig* 1973 s.114). Siltä osin kuin oikeudenmukaisuus kytketään esimerkiksi oikeustajuntaan, riittää jo melko summittainen vastaavuus. Oikeustajunta ei edes kykene yksityiskohtaiseen rikoksen ja rangaistuksen välisen suhteen erittelyyn (näin myös *Roxin* 1977 s.58-59 sekä *Singer* 1979 s.43). Todellinen tuomitsemistoiminta sekä rangaistusten keskittyminen harvoihin määräpisteisiin sitä paitsi osoittaa, ettei käytäntö tavoittele ehdottoman tarkkaa suhdetta.

Kritiikissä esiin tuodut ongelmat ovat itse asiassa yhteisiä kaikille rangaistusteorioille. Tarkoituksenmukaisuutta tavoitteleva ratkaisija joutuu yhtä lailla pohtimaan, mikä vaikutus milläkin rangaistuksella on, justifioimaan asettamansa tavoitteen, esittämään perusteensa sen tueksi, että juuri tämänsuuruinen rangaistus myös johtaa asetettuun preventiotavoitteeseen. On yhtä lailla "periaatteessa mahdotonta" tietää, kuinka paljon yleisestävyyttä tai erityisestävyyttä 2 vuoden vankeusrangaistuksella saavutetaan. Vielä vaikeampaa on tietää, kuinka paljon preventiivistä tehoa sillä tulisi saavuttaa, jotta rangaistus olisi oikeutettu.[13] Rangaistuksen käyttö edellyttää aina vaikeasti hallittavia normatiivisia ratkaisuja, eikä suhteellisuusperiaatetta voi näiden vaikeuksien vuoksi hylätä jonkin toisen teorian voitoksi. Osa kritiikistä perustui lisäksi virheellisille oikeusteoreettisille oletuksille. Ajatus matemaattisesta eksaktisuudesta on vain eräs tapa ilmaista sidotun ratkaisun idea.[14] Suhteellisuuspe-

[13] Ks. tästä esimerkiksi *Golding* 1977 s.51:". . . The real problem for the deterrent theorist . . . (is) how and how much to punish: what kind and what amounts are necessary to reduce the incident of crime in the desired degree, whatever that is". Samoin *Hospers* 1977 s.32-33 sekä *Knuuttila* 1983 s.94. *Zipf* huomauttaakin, että on tavallaan paradoksaalista syyttää sovitusteoriaa kyvyttömyydestä ratkaista rikoksen ja rangaistuksen välistä suhteellisuuden ongelmaa, sillä juuri tämä teoria on edes jonkinlaisella tarkkuudella koettanut kehittää kriteereitä, joiden avulla rikosten keskinäinen rangaistusarvo sekä näitä vastaavat rangaistukset voitaisiin vahvistaa (*Zipf* 1969 s.72).

[14] Ongelman asiallinen ydin on tietysti objektiivisen arvoteorian mahdottomuudessa:

riaatetta voidaan puolustaa tuohon ajatukseen sitoutumatta ja ilman velvollisuutta todistaa lopputuloksen vastaavan "matemaattisella tarkkuudella" rikoksen vakavuutta.

1.4. Periaatteen sisältö - Kriteerit ja vastaavuus

1.4.1. Eräitä ratkaisuvaihtoehtoja

Talioperiaate näyttäisi ennakolta yksiselitteisimmältä: silmä silmästä, hammas hampaasta. Suureilla ei kuitenkaan ole kuvasuhteen edellyttämää kvalitatiivista vastaavuutta.[15] Tämä tekee sinänsä selkeän periaatteen kirjaimellisen soveltamisen mahdottomaksi.[16] Sen pohjalta ei löydy rangaistusta asiakirjaväärentäjälle, rattijuopolle tai eläimeen sekaantujalle (ks. esim. *Murphy* 1979 s.231). Jos tuo suhde olisi konstruoitavissa, johtavat muut arvot (humaniteettisyyt ja ihmisoikeudet yleisemminkin) kuvasuhteen edellyttämien rangaistusten hylkäämiseen (vrt. esim. pahoinpitelyrikokset ja ruumiinrangaistukset).

Näistä ongelmista huolimatta kvalitatiivisen vastaavuuden ajatus sisältyi sekä *Kantin* että *Hegelin* rangaistusteorioihin. Kant pyrki periaatteen kirjaimelliseen soveltamiseen, mutta joutui jo mainituista syistä tekemään siihen niin monta varaumaa, että periaate menetti ainoan etunsa - täsmällisyyden ja yksiselitteisyyden (ks. *Kleinig* 1973 s.121-122). Hegelin oikeusfilosofiassa vastaavuus merkitsi ainoastaan arvojen vastaavuutta - ei kirjaimellista kuvasuhdetta. Ri-

---

"As we can never be certain about an absolute validity of such judgements, it follows that we can never be sure that any particular system of punishments is absolutely just" (*Sadurski* 1985 s.239). Tämä ei tietenkään estä pyrkimästä parhaaseen mahdolliseen lopputulokseen.

[15] Periaatetta on odotetustikin arvosteltu useasta eri lähtökohdasta. *Finnisin* mielestä talioperiaatteen virhe oli huomion kiinnittäminen yksin rikoksen materiaalisiin seurauksiin. Näin jäi havaitsematta rikoksen ominaisuus muodollisena vääryytenä, joka koostui ennen kaikkea tekijän haluttomuudesta itserajoituksen kautta noudattaa yleistä hyvää edistäviä normeja (ks. *Finnis* 1980 s.264 ja mitä tekstissä seuraa).

[16] Hammurabin laki noudatti kuvasuhdetta vain rajoitetusti: "Jos joku puhkaisee vapaan miehen silmän, niin puhkaistakoon hänen silmänsä", 196 §, "Jos joku lyö vertaiseltaan mieheltä hampaan, niin lyötäköön häneltä hammas", 200 §; mutta, "Jos vapaa mies lyö vertaistaan vaapata miestä poskelle, niin maksakoon 1 minan hopeaa" ja "Jos jonkun omistamaa orja lyö vapaata miestä poskelle, niin leikattakoon häneltä korva", 205 §, "Jos joku riidassa lyö toista ja aiheuttaa hänelle haavan, niin ko. henkilö vannokoon: 'tahallaan en lyönyt' ja suorittakoon lääkärimaksut", 206 §. Kuvasuhdetta noudatettiin siten ensisijaisesti, kun teosta jäi ulkonainen jälki, kun tekijät olivat asemaltaan samanvertaiset ja vammat oli aiheutettu tahallisesti. Myös eri rikokset olivat eri asemassa. Omistusoikeus on terveyttä korkeammin suojattu. Anastusrikokset rangaistiinkin säännönmukaisesti kuolemalla (6-25 §, ks. yleisemmin *Salonen* 1950 passim, josta suomennokset).

koksella ja rangaistuksella oli vaadittava yhteinen nimittäjä siinä, että molemmat olivat "vääryyksiä" ("Unrecht"). Tässä ominaisuudessa niitä oli myös mahdollista verrata keskenään (Ks. *Hegel* 1971 101 § ja *Cross* 1981 s.132-133 sekä *Müller* 1984 s.150-151). Hegeliläinen "arvojen vastaavuus" tuskin täyttää mittaamisteorialle asetettavat rationaliteetin ja koeteltavuuden vaatimukset. Emme tiedä kuinka on hänen teoriansa pohjalta vahvistettavissa ne asteikot, joille rikosta ja rangaistusta vastaavat arvot sijoitetaan, emmekä tiedä, kuinka niitä verrataan toisiinsa.[17]

Kuvasuhdeteorioitten ja metafyysisten arvoteorioitten ohella vastausta voisi etsiä *yleisistä oikeudenmukaisuusteorioista*. Oikeudenmukaisuudella on kuitenkin lähes yhtä monta määritelmää kuin määrittelijääkin.[18] Määrittelyvaikeudet selittyvät sillä, että oikeudenmukaisuus täyttää tyypilliset perheyhtäläisen käsitteen tunnusmerkit. Tilanteille, joista käytämme nimitystä oikeudenmukainen/epäoikeudenmukainen, ei välttämättä ole muuta yhteistä keskenään kuin juuri tuon käsitteen käyttö (ks. *Uusitalo* 1973 s.2 ja *Pitkin* 1974 s. 174-175). Pelkkä käsitteen eri käyttötapojen kuvaus on toisaalta ilmeisen hyödytöntä. Sisällön stipulatiivinen määrittely edellyttäisi taas perusteluja, jotka olisi mahdollista tarjota ainoastaan yleisen oikeudenmukaisuusteorian muodossa. On siis tyydyttävä siihen, mitä suhteellisella oikeudenmukaisuudella ja sovitusajatuksella *nimenomaan rikosoikeudessa* ja erityisesti *rikoksen ja rangaistuksen välisen suhteen määrittäjänä* tarkoitetaan.[19]

---

[17] Hegel itse piti koko kysymyksen oikeata ratkaisua käytännössä mahdottomana. Järki yksin ei kerro, onko teosta tuleva raippoja, sakkoa vaiko vankeutta, siitäkin huolimatta, että oikeudenmukaisuutta loukataan välittömästi, milloin teosta seuraa "yksi isku, tai yksi vankipäivä liikaa, tai liian vähän" (ks.myös *Cross* 1981 s.134). Ratkaisu jää aina jossain määrin epäoikeudenmukaiseksi, eikä täydellistä oikeudenmukaisuutta ole milloinkaan mahdollista saavuttaa (ks. *Kleinig* 1973 s.123). Ks. Hegel, Oikeusfilosofia 96 § lisäys: " Miten kustakin rikoksesta rangaistaan, sitä ei voida ratkaista (filosofisen) ajattelun avulla, vaan sitä varten ovat positiiviset määreet välttämättömiä". Positiivisen oikeuden (tietyssä valtiossa toteutuneen oikeuden muodon) ongelmat eivät Hegeliä kuitenkaan kiinnostaneet (ks. myös *Backman* 1976 s.80 ja *Müller* 1984 s.151 viitteineen).

[18] Ks. esim. *Peczenik* 1980 s.177-189, jossa erotetaan esimerkinomaisesti 43 juridiikassa sovellettua oikeudenmukaisuusperiaatetta.

[19] Oikeudenmukaisuudella ei ts. ymmärretä ylintä, kaiken kattavaa ideaalia. Tällainen lähtökohta on jo filosofisesti ongelmallinen (ks. *Sadurski* 1985 s.267 ss). Kuten *Törnudd* oikein huomauttaa, ei oikeudenmukaisuuden käsitettä tule vesittää sisällyttämällä siihen liikaa hyviä asioita. Kontrollipolitiikalla on useita keskenään ristiriitaisia tavoitteita, joiden välillä joudutaan jatkuvasti tekemään kompromisseja. Niiden kaikkien sijoittaminen yhden ja saman perusarvon alaisiksi estää ristiriitojen selkeän havainnoimisen ja ratkomisen (ks. *Törnudd* 1983 s.73 ja *Sadurski* 1985 s.10 ja s.267 ss).

1.4.2. Suhteellisuusperiaate oikeuskirjallisuudessa

a) *Kriteerit.*—Sovitusajatuksen edellyttämistä kriteereistä on kirjallisuudessa useampiakin mainintoja. *Honkasalo* toteaa kirjoittajien "jo yleisesti hyväksyvän, että sovitusajatus edellyttää sekä objektiivisen että subjektiivisen puolen huomioon ottamista" (*Honkasalo* 1937 s. 40). *Salovaara* taas kirjoitti asiasta: "Sovitusajatukseen voidaan tosin katsoa kuuluvan sekä ulkonaisen teon ja tekijän pahan tahdon yhtäläisen huomioon ottamisen ja vieläpä subjektiivisen puolen yksipuolisen korostamisenkin, mutta käytännössä ovat useimmat tutkijat, harvaa poikkeusta lukuunottamatta, katsoneet täytyvänsä pitäytyä ulkonaisen oikeudenloukkauksen ensisijaisuuteen" (*Salovaara* 1948 s. 6 viitteineen). Jälkimmäisistä on esimerkkinä *Ellilä*, joka katsoi sovitusajatuksen johtavan rikosteon seurausten ensisijaisuuteen (*Ellilä* 1949 s.46). *Nousiainen* taas tulkitsee sovituksen edellyttävän mahdollisimman tarkkaa suhdetta tekijän syyllisyyteen (*Nousiainen* 1961 s. 24). Uudemmat saksalaisen kielialueen esitykset tulkitsevat oikeustajunnan vaatimukset "vastaavuudeksi teolla toteutettuun vääryyteen" ("Äquivalent für das verwirklichte Tatunrecht", *Müller-Diez* 1985 s. 824).

Kriteereiksi nimetään kirjallisuudessa siis vuoroin syyllisyys, seuraus, nämä molemmat, tai sitten rangaistus määrätään yksinkertaisesti suhteessa "oikeudenloukkaukseen". Nämä kaikki on tavallaan koottu RL 6:1:n yleissäännökseen, jossa mittaamisen perustaksi asetetaan vahinko, vaara ja teosta ilmenevä syyllisyys. Ne määräävät oikeudenmukaisuuden: "oikeudenmukaisuus määräytyy teon vahingollisuuden ja vaarallisuuden sekä tekijän syyllisyyden mukaan" (HE 125/75 II vp. s.9). Vaikka nämä oikeudenmukaisuuden kriteerit hyväksyttäisiinkin perusteluitta ja annettuina—mihin ei tässä yhteydessä ole mitään tarvetta— ei tuo lausuma oikeudenmukaisuuden "sisällöstä" kerro, mihin perustuu käytetyn rangaistuksen ja rikoksen yhteen sitominen, tai millainen näitä kriteereitä painottaen määrätyn rangaistuksen tulisi olla ollakseen oikeudenmukainen.

b) *Vastaavuus.*—Oikeuskirjallisuuden kanta vastaavuussuhteen määrittäjään on jokseenkin yksimielinen: *oikeudenmukaista on yhtenevyys kansan yleisen oikeustajunnan kanssa. Salmiala* kirjoittaa: "Silloin kuin rangaistus hyvityksenä ja sovituksena tyydyttää oikeustajuntaa, on se oikeudenmukainen" (*Salmiala* 1926 s.252). *Forsman* lausuu: "Straffets rättmätighet beror af huruvida det motsvarar folkets rättsmedevetande" (*Forsman* 1930 s.314-315), ja *Honkasalo* vuorostaan: ". . . suhteellisuusperiaate asettaa vaatimuksen, että valtiovallan taholta tapahtuvan reaktioonin tulee olla oikeustajunnan vaati-

massa suhteessa oikeudenloukkaukseen." (*Honkasalo* 1937 s.41).[20] Näin määrittelee oikeudenmukaisuuden myös ulkomainen kirjallisuus.[21] *Elwin* ym. katsovat, ettei itsessään oikeudenmukaisia rangaistuksia ole; on vain rangaistuksia, jotka koetaan oikeuden- tai epäoikeudenmukaisiksi (*Elwin* ym. 1975 s.86). Raportissa "Nytt Straffsystem" oikeudenmukaisuuden vaatimuksen katsotaan tarkoittavan sopusointua yleisen oikeustajunnan ("allmänhetens rättsmedvetande") kanssa (Nytt Straffsystem 1977 s.144 ss). Oikeusjärjestyksen sisällölle ja kriminaalipolitiikalle asetettaviin vaatimuksiin kuuluu, ". . .att så många medborgare som möjligt utifrån sin etiska övertygelse skall kunna godta rättssystemets värderingar" (Nytt Straffsystem 1977 s.152).

1.5. Oikeustajunnasta suhteellisuusvaatimuksen määrittäjänä

1.5.1. Yleistä

Oikeudenmukaisuudelle annetaan rikosoikeudellisessa kirjallisuudessa siis naturalistinen sisältö. Kuten naturalistiset arvoteoriat yleensä, myös tämä tulkinta voidaan riitauttaa vaatimalla valitun kriteerin justifiointia. Onko siis oikeudenmukaista mitata rangaistus siten kuin oikeustajunta edellyttää? Näin jouduttaisiin kuitenkin lähtöpisteeseen, joten tässä vaiheessa on viisainta asettaa ongelma uudella tavalla ja kysyä, *mitkä perusteet puhuvat oikeustajunnan seuraamisen puolesta ja mitkä sitä vastaan*?

---

[20] Ks. myös *Honkasalo* 1943 s.157, jossa "klassisen koulun" edustamaksi sovitusajatukseksi kiteytetään vaatimus, että ". . .rangaistuksen tuli olla oikeassa suhteessa tehtyyn rikokseen; sen tuli vastata tehtyä vääryyttä". Mittapuun oikealle suhteelle muodosti taas "kansassa elävä oikeustajunta". On mitä todennäköisintä, että tuo "oikeustajunta" edusti pikemminkin historiallisen koulun traditiolle tyypillistä "oikeusvakaumusta"—siis oikeuden peruslähdettä, ei niinkään aktuaalista yleistä mielipidettä (ks. tästä *Victor* 1981 s.9). Toinen asia sitten on, että oikeustajunta myöhemmissä kirjoituksissa redusoitiin empiiriseksi suureeksi. Salmiala käyttikin historiallisen koulun oikeusideologiaa jokseenkin suoraviivaisesti oman kriminaalipoliittisen ajattelunsa tukemiseen ja perusteli sillä keskeisen vaatimuksen, jonka mukaan rangaistusjärjestelmän tulee peilata oikeustajuntaa "ja siihen intuitiivisesti sisältyvää kostoajatusta" (*Salmiala* 1948 s.409-410, ks. myös mitä seuraavassa jaksossa asiasta esitetään).

[21] Samoin Saksan liittotasavallan vallitseva mittaamisoppi. "Schuldproportional strafen bedeutet, die in der Rechtsgemeinschaft herrschende Überzeugnung über die Schwere einer bestimmten Straftat und Verwirklichungsmodalität auf den konkreten Fall zu projizieren und dieser Überzeugnung entsprechende Strafe zu finden" (*Zipf* 1969 s.44). Näin on pyritty välttämään mm. Hegelin idealistisen filosofian todentamisongelmat ja tulkitsemaan syyllisyysvastaavuus (= oikeudenmukaisuus) reaaliseksi yhteiskunnallisten olojen mukaan määräytyväksi suureeksi (ks. *Zipf* 1969 s.46).

Empiirisen oikeustajunnan[22] argumenttiarvo perustuu lähinnä kahteen väitteeseen: (a) oikeustajunnan kunnioittaminen on kansanvallan ja demokratian perusvaatimus[23] ja (b) oikeusvakaumuksesta poikkeaminen murentaisi järjestelmän legitimiteetin ja johtaisi mm. rikollisuuden kasvuun (muista argumenteista ks. Decriminalization 1980 s.95). Myös vastustavat argumentit voidaan tiivistää kahteen kohtaan: (a) oikeustajunnan asettaminen ratkaisujen ohjeeksi on usein teknisesti *mahdotonta*, ja joka tapauksessa (b) *vailla riittäviä asiallisia perusteita ja epärationaalista*.

1.5.2. Oikeustajunnan ongelmat

Yleisen oikeustajunnan vaatimusten "aito" noudattaminen on *mahdotonta* seuraavista syistä. (1) Oikeustajunta ei reagoi kaikkiin kysymyksiin. Määritelmän mukaan (oikeustajunta = oikeudenmukaisuus) ei kaikkiin ongelmiin ole edes periaatteessa mahdollista esittää oikeudenmukaisuuden vaatimaa ratkaisua (ks. myös *Uitto* 1951 s. 24 lähteineen)[24] (2) Ihmisten käsitykset poikkeavat toisistaan usein niin paljon, että puhuminen *yleisestä* oikeustajunnasta pohjaa usein puhtaaseen fiktioon (ks. esim. *Kutschinsky* 1972 s.84 ss, *Robert* 1979 s.55 ss sekä *Bondeson* 1980 s.69). (3) Yleisen oikeustajunnan vahvistamiseen sisältyy aina sekä mittaustekniikkaa että riittäväksi katsottua yleisyyttä koskevia normatiivisia ratkaisuja. Näiden arvokannanottojen perusteisiin ei teoria itse voi antaa vastausta.

Tämä arvostelu osoittaa lähinnä sen, ettei yleinen mielipide ole sisällöltään riidaton, eikä aina välttämättä kovin "yleinenkään". Usein kuitenkin on esit-

---

[22] Lähtökohtana ts. on, että oikeustajunta tässä yhteydessä ymmärretään empiirisenä, "reduktionistisena" (*Victor* 1981 s.4) tai "antropologisena" (*Dworkin* 1977 s.253) vastakohtana esim. oikeuden pätevyyden mitaksi asetettavalle "kansan hengelle" (ks. erityisesti *Victor* 1981 s. 4 ss sekä Decriminalization 1980 s.87 ss).

[23] Näin esim. Salmiala: ". . . vain elävälle elämälle vieras teoreetikko tai kiivas ideologi voi halveksuen tai ylimielisesti suhtautua vaatimuksiin kansan oikeustajunnan huomioon ottamisesta". Tällaiset (sovitus- ja kostoajatusta vastustavat) mielipiteet tulee hylätä, sillä eikö "tässä puheessa kuulosta ääni, joka on vieras ainakin pohjoismaiselle kansanvallalle" (*Salmiala* 1948 s.411).

[24] Kuten Baumgarten kirjoittaa, subjektiivisten arvostelmien yhtenäistyminen edellyttää arvostelevien subjektien intressiyhteyttä. Yksittäiset rikosjutut ja rutiinirikosten sanktiotaso konstruoivat harvemmin tällaisen yhteyden (ks. *Baumgarten* 1909 s.14—15). Aidosta kollektiivisesta oikeustajunnasta voikin keskustella lähinnä suurta julkisuutta saavuttaneiden dramaattisten rikosjuttujen yhteydessä. Tällöin taas mielipiteen muodostumisen mekanismit ovat kaukana rationaalin diskurssin ehdoista, mikä vie pohjan vaatimuksilta seurata tällaista mielipidettä esim. demokratian ideaalin perusteella.

tää *kohtuullisella tarkkuudella* kuvaus käsityksistä, jotka ovat *verraten yleisiä*. Näiden painoarvon tahtoo riitauttaa arvostelu, joka kiinnittää päähuomion käsitysten muodolliseen ja aineelliseen epärationaalisuuteen.

Muodollisen rationaliteetin puutteet liittyvät etenkin mielipiteen *ristiriitaisuuteen*. Oikeustajunta ei aina tunnu tietävän mitä se tahtoo, ja tahtoo siten ristiriitaisesti. Yhdistäessään rangaistusvaatimukset tyyppirangaistuksia koskevien "tietojen" kanssa *Lindén-Similä* havaitsivat, että ihmiset olivat valmiita tuomitsemaan -paitsi *todellisia rangaistuksia* lievempiä rangaistuksia -myös rangaistuksia, jotka olivat lievempiä kuin yleisön *omat käsitykset* vallitsevasta rangaistustasosta.[25] Samalla ihmiset kuitenkin olivat *yleisesti* vaatimassa ankarampia rangaistuksia (ks. *Lindén-Similä* 1982 s.56, *Mäkelä* 1966 s.86 ja *Träskman* 1983 s.255). Myös käsitysten *lyhytaikaisuus ja ailahtelevuus* vähentävät yleisen mielipiteen uskottavuutta. Kolmanneksi argumenttiarvoa heikentää arvostelmien perustuminen *puutteelliseen ja usein virheelliseen tosiasiatietoon*. Rangaistusten kovennusvaatimusten taustalla on ilmeisen usein usko ankarampien rangaistusten näkyvistä preventiivisistä vaikutuksista (ks. esim. *Vidmar-Miller* 1980 passim). Tähän yhdistyy vielä vinoutuneen tiedottamisen synnyttämä vääristynyt kuva todellisen rikollisuuden laadusta, määrästä ja kehityksestä sekä uhriksi joutumisen todennäköisyydestä.[26] Kun kuva todellisesta rangaistustasosta on myös usein vajavainen, on täydet perusteet uskoa, että tarkempi ja totuudenmukaisempi tieto rangaistusten sisällöstä, tasosta, kustannuksista ja hyödyllisyydestä, sekä toisaalta rikosten todellisuudessa edustamasta uhasta johtaisivat toisenlaisiin rangaistusvaatimuksiin.

Yleinen mielipide on epärationaalinen myös käsitteen *aineellisessa* merkityksessä. Sen lopputulokset eivät ole kriminaalipoliittisesti tarkoituksenmukaisia. Yleisö jyvittää rikokset lähinnä uhrin identifioitavuuden ja näkyvyyden sekä seurausten konkreettisuuden mukaan. Vanhat, yksilöä näkyvällä tavalla

---

[25] Kirjoittajien mukaan yleisö vaati rikoksista rangaistusta, joka vastasi heidän käsitystään tyyppirangaistuksesta kuudessa tapauksessa, tätä lievempää viidessä ja ankarampaa kahdessa tapauksessa, ks. *Lindén-Similä* 1982 s.71-72.

[26] Kaksi kolmesta hollantilaisesta yhdistää sanan "rikos" väkivaltarikoksiin (van *Dijk* 1979 s.15), kun tämän rikollisuuden osuus kokonaisrikollisuudesta on 5 %. Yhdysvalloissa ja Englannissa kolme neljästä uskoo rikollisuuden jatkuvasti kasvavan. Tämä kasvu uskotaan sitä voimakkaammaksi, mitä etäämmäksi arviot vastaajien lähiympäristöstä loittonevat. Niinpä 20 % Stuttgartin asukkaista uskoi rikosten lisääntyneen omassa lähiympäristössään, 64 % omassa kaupungissaan ja 83 % koko maassa. Lähes sama tulos saatiin Sveitsissä tehdyssä selvityksessä (ks. van *Dijk* 1979 s.15). Oman lähiympäristön lisääntynyt rikollisuus koostui vastaajien mukaan lähinnä omaisuusrikoksista. Sen sijaan koko maan lisääntynyt rikollisuus koostui etupäässä väkivaltarikoksista (ks. mts. 16 ja 19).

loukkaavat teot saavat suhteettoman painon verrattuna abstraktisia yhteisöllisiä oikeushyviä loukkaaviin tekoihin, joiden seuraukset jäävät välitöntä havainnointia vaille, mutta jotka todellisuudessa vaikuttavat tuntuvasti elämisen laatuun (taloudellinen rikollisuus, ympäristö-, työ- ja vaarantamisrikokset, ks. esim. *Kyvsgaard* 1980 s.92 ja *Lindén-Similä* 1982 s.59).

1.5.3. Oikeustajunnan puolesta

Olisi siis hyvät syyt olla seuraamatta empiirisen oikeustajunnan vaatimuksia. Sen kunnioittamisen puolesta on kuitenkin esittää ideologisesti painava vastaargumentti: oikeustajunta edustaa kansan tahtoa, ja siitä piittaamaton asettaa samalla kyseenalaiseksi demokraattisen järjestyksen perusarvot ja ihanteet. Tämä johtaa kysymään, onko moraalisissa ja oikeudellisissa kysymyksissä seurattava yleistä mielipidettä pelkästään sen vuoksi, että se on enemmistön mielipide, vai sen vuoksi, että tämä päätöksentekotapa takaa tärkeinä pitämiemme intressien kannalta parhaimman lopputuloksen (ks. myös *Aarnio* 1982a s.520 alav. 18). Asiaan tarkemmin puuttumatta voi viitata Hartin huomautukseen, jonka mukaan demokratian yhdistäminen moraalipopulismiin samastaa virheellisesti sen hyväksyttävän periaatteen, jonka mukaan poliittinen valta kuuluu enemmistölle, siihen hylättävään ajatukseen, jonka mukaan enemmistön valta on rajaton ja kritiikiltä suojattu (*Hart* 1963 s.79). Demokratian ihanteet - asioiden tasa-arvoinen, oikeudenmukainen ja tarkoituksenmukainen ratkaiseminen - eivät välttämättä vaadi, tai aina edes salli, yleiseen mielipiteeseen taipumista.[27] Milloin enemmistön mielipide on seuraamuksiltaan tuhoisa, sisällöltään järjetön taikka epälooginen, on sitä syytä vastustaa. Tällaiselle mielipiteelle ei demokratian nimissä voi vaatia tukea, koska juuri demokratian ihanteet - oikeudenmukaisuus, yhdenvertaisuus, vapaus, tasa-arvo jne - kieltävät oikeuksien rajoittamisen henkilökohtaisten asenteitten, vihantunteen, näennäisrationalisoinnin tai tietämättömyyden perusteella (näin myös *Dworkin* 1977 s.254). Demokratian tavoitteet eivät edellytä pelkästään yksimielisyyttä. Ne vaativat mielipiteiltä myös rationaliteettia—sekä käsitteen muodollisessa että

---

[27] Kuten *Tingsten* kirjoittaa: ". . . kansan mielipiteen tai kansan enemmistön mukaista valtionhallituksen periaatetta voidaan kannattaa vain suurin varauksin. *Itse mielipiteen muodostuminen ei täytä demokratian ideologian asettamia järjenmukaisuuden ja itsenäisyyden vaatimuksia* (kursivointi tässä). Vain rajoitetussa mitassa voidaan yleistä mielipidettä katsoa olevan olemassa; monissa tärkeissä kysymyksissä on ilmeisen välttämätöntä toimia ilman minkäänlaista yhteyttä enemmistön tahtoon tai yleensä kansan keskuudessa liikkuviin ajatuksiin" (*Tingsten* 1947 s.131).

aineellisessa merkityksessä: sitovana moraalinormina oikeustajunnan tulisi täyttää kriittisen moraalin ja rationaalisen hyväksyttävyyden vaatimukset.[28]

1.5.4. Oikeustajunnan merkitys

Yleinen mielipide ei vielä sellaisenaan edusta sitovaa normia, eikä sitä tarvitse mekaanisesti seurata.[29] Kyse on Alf *Rossin* sanoin "eräästä käytännön elämän tosiseikasta", joka tulee ottaa huomioon oikeuspoliittisten ratkaisujen yhteydessä. Se on yksi niistä tekijöistä, jotka rajaavat lainsäätäjän (tai lainkäyttäjän) toimintamahdollisuuksia hänen pyrkiessään harjoittamaan menestyksellistä (pragmaattisten syiden sanelemaa) oikeuspolitiikkaa (*Ross* 1966 s.465 ss). Samaa tarkoittaa *Hart* vaatiessaan karkean vastaavuuden säilyttämistä yleisten moraalikäsitysten ja oikeustajunnan välillä. Muunlaisesta lainkäytöstä olisi seurauksena, joko "yleisten moraalikäsitysten hämärtyminen", tai "lain arvovallan heikkeneminen" (*Hart* 1968 s.25).[30]

Oikeustajunnan kunnioittamisen taustalla ovat yleispreventioon ja rangaistuksen moraalia luovaan vaikutukseen liittyvät pragmaattiset syyt. Tämä kovin instrumentaaliselta kuulostava tulkinta kaipaa toisaalta välittömästi erään varauman, tai paremminkin selvennyksen. Oikeustajunnan seuraamisesta koituvia positiivisia vaikutuksia ei tarvitse samastaa pelkkiin tehokkuusnäkökohtiin. On täysin perusteltua edellyttää, että yksilön arvojärjestelmän ja oikeusjärjestelmän edustaman virallisen arvojärjestelmän välillä vallitsee määrätty

[28] Ks. myös *Dworkin* 1977 s.248-254. Kuten *Ross* toteaa, demokratian ajatus rakentuu oletukselle valistuneesta kansasta, joka toimiessaan käyttää "tervettä järkeä ja arvostelukykyä" (*Ross* 1951 s.211 ss). Demokratian klassikoille (mm. Rousseau ja Locke) kansan tahto oli nimenomaan rationaalisten yksilöiden tahto. Autenttinen kansan tahto edellytti riittävää intressiyhteyttä ja saatiin kiteytetyksi vain määrämuotoisen—nykyisen argumentaatioteorian termein diskursiiviseksi luonnehdittavan—menettelyn kautta. Gallup-mittaukset, joilla tiedustellaan ihmisten kantaa asioihin, joita he eivät mahdollisesti ole ennakolta lainkaan ajatelleet tai joista he ovat muodostaneet kantansa pikemminkin manipulatiivisen joukkotiedotuksen kuin rationaalin diskurssin kautta, eivät edusta demokraattisen päätöksenteon perustana olevaa "autenttista yleistahtoa" (ks. myös *Tolonen* 1983 s.25 ss ja laajemmin *Rusi* 1985 s.35—51).

[29] Tämä vastaa kriminaalipoliittisessa ja oikeusteoreettisessa keskustelussa asiasta esitettyä vakiokantaa: Ks. esim. *Anttila-Törnudd* 1983 s.142, *Nordenstam* 1975 s.130-131, *Taxell* 1976 s.42, 94-96, *Törnudd* 1980 s.28, *von Hirsch* 1978 s.623 sekä *Victor* 1981 s.11 ja sama 1981a s. 274 ja 302.

[30] *Victor* kirjoittaakin: "Om man menar att kriminalpolitiskt arbete bör grunda sig på gedigna kunskaper och respekt för rationell argumentation kan inte rättsmedvetandeundersökningar av reduktioniskt slag få styra politiken utan kan endast utgöra en del, men en viktig sådan, av det kunskapunderlag som beslutfattandet bör bygga på" (*Victor* 1981 s.11).

kongruenssi siihen katsomatta, mitä seurauksia tällä on esimerkiksi rikollisuuden torjunnan kanssa. Pysyvät arvoristiriidat johtavat anomiaan ja vieraantumiseen. Tieto siitä, että oikeusjärjestys heijastaa kunkin itsensä tärkeinä pitämiä arvoja kohottaa elämisen laatua. Olemme tyytyväisempiä ympäristössä, joka ajattelee asioista samansuuntaisesti kuin me. Se, että yhteiskunta todella reagoi rikosten johdosta vahvistaa myös yleistä turvallisuuden tunnetta (joskin ehkä valheellisin perustein).[31]

1.6. Sovitus ja suhteellisuusperiaate mittaamisohjeena

Muodollisessa merkityksessä periaate vaatii "määrättyä", "tarkkaa" tai "oikeudenmukaista" suhdetta rikoksen ja rangaistuksen välillä. Tällaisena ohje on ymmärrettävästi jokseenkin mitäänsanomaton.[32] *Aineellinen* sisältö tuolle periaatteelle saadaan vasta, kun esitetään *kriteerit*, joihin rikosten ja rangaistusten arvostelussa on kiinnitettävä huomio, samoin kuin se *mitta*, jolla rikokset ja rangaistukset kytketään toisiinsa ja vahvistetaan taso, jolle sanktiot absoluuttisesti asettuvat.

Esityksessä ei asetettu kyseenalaiseksi lähtökohtaa, jonka mukaan ajatus rikoksen ja rangaistuksen välisestä suhteellisuudesta todella kuuluu oikeustajuntaamme.[33] Asiaa selvittänyt tutkimus (*Hamilton-Rytina*

---

[31] Samansuuntaisesti Ruotsin vapausrangaistuskomitea: "Det är viktigt, alldeles oberoende av effekterna i övrigt, att människorna i allmänhet i fortsättningen har en känsla av att de lever i ett rättsamhälle där de som begår brott utsätts för ett tillräckligt strängt ingripande från samhällets sida" (SOU 1986:14 s.81). Näkökohdan merkitys on rangaistusjärjestelmän sisällön kannalta kuitenkin rajallinen. Yleisön tulisi ensin tietää, mikä järjestelmän sisältö on, ennen kuin sen käsitysten perusteella siihen voisi tehdä yksityiskohtiin meneviä muutoksia—virhetietojen ja luulojen pohjalta ei pidä ryhtyä muutoksiin vaan valistukseen.

[32-33] Raportin Nytt Straffsystem laatijat ovat ilmeisesti myös mieltäneet keskustelun tarkistamattomat otaksumat kirjoittaessaan: "Det är *troligen* en hos allmänheten väl förankrad uppfattning att straffet skall framstå som rättvist. Därmed avses *sannolikt* främst att smärre förseelser inte skall bestraffas strängt men att verkligt grova brott måste leda till kännbara straff" (Nytt Straffsystem 1977 s.154, kursivointi tässä). Sosiologian klassikoista *Durkheim* perusti suhteellisuusvaatimuksen rangaistuksen funktioon. Kun rikos edusti solidariteettisiteitä murentavaa loukkausta, toimi rangaistus vuorostaan kollektiivisen tajunnan kolhujen paikkeena: "(it). . . serves to heal the wounds inflicted upon collective sentiments. . ." Tämä kytkee yhteen loukkauksen ja vastareaktion suuruuden. Toisaalta tästä seuraa paradoksaalisesti myös, ettei rangaistuksia tarvita niinkään normeja rikkovien pelotteeksi tai parannukseksi (johon ne Durkheimin mukaan olivat selvästi kykenemättömiä), vaan lakia kunnioittavien kollektiivisen tajunnan tervehdyttämiseksi ja sen mukana solidariteetin ylläpitämiseksi (ks. *Durkheim* 1983 s.69).

1980) tukee tätä perusotaksumaa, mutta osoittaa samalla, että suhteellisuusvaatimuksen sisältö ja voimakkuus vaihtelevat. On oireellista, että hyväosaiset pitävät siitä huono-osaisia tiukemmin kiinni. On myös syytä panna merkille, että mitä varmempi yksilö on omassa oikeudenmukaisuusarvioinnissaan, sitä todennäköisempää on, että hänen käsityksensä jossakin suhteessa poikkeavat ympäristön arvioista. Tämä on luonnollista. Mitä kiinteämpi ja selkeämpi oikeudenmukaisuustulkinta on, sitä helpommin sen ja yleiseksi kutsutun oikeusvakaumuksen erot ovat osoitettavissa. Tulos viittaa siihen, että latenttisuus ja yleisyys (näistä myöhemmin tekstissä) vetävät oikeustajunnan argumenttiarvoa määräävinä kriteereinä eri suuntiin (*Hamilton-Rytina* 1980 s.1139-1140).

Suhteellisuusperiaatteen kaksi puolta vastaavat oikeusturvan muodollista ja aineellista tulkintaa. Muodollinen suhteellisuusperiaate olikin parhaiten justifioitavissa muodollisen oikeusturvan ja ennakoitavuuden avulla. Tämän vuoksi on johdonmukaista vaatia, että suhteellisuusperiaatteen aineelliset kriteerit ovat laadultaan sellaiset, että ihmiset voivat saada niistä tietoa ja suhteuttaa käyttäytymisensä niiden mukaan. Tämä on implisiittisesti mielissä, milloin periaatetta puolustetaan ennakoitavuuteen ja oikeusturvaan vedoten. Vaaditaan siis *syyllisyysperiaatteen* huomioonottamista. Seikoilla, jotka eivät olleet tekijän tiedossa ei tulisi olla merkitystä, koska tekijä ei olisi voinut ottaa niitä toiminnassaan huomioon.

Ennakoitavuus ei vielä yksin riitä. Aivan samalla tavalla kuin muodollisen oikeusturvavaatimuksen täyttävä ennakoitava järjestelmä voi olla sisällöllisesti epäoikeudenmukainen (ks. esim. *Aarnio* 1986 s.78-79), voidaan myös suhteellisuusperiaatetta toteuttaa johdonmukaisesti ja ennakoitavasti, mutta tavalla, jonka koemme mielivaltaiseksi ja epäoikeudenmukaiseksi.[34] Toisaalta oikeuskirjallisuuden ehdotukset sovituksen ja suhteellisuusperiaatteen edellyttämik-

[34] Tämä käy ymmärrettäväksi, ajateltaessa järjestelmää, jossa maanantaina *tuomittavasta* rikoksesta seuraa 1 kuukausi vankeutta, tiistaina tuomittavasta 2 kuukautta, keskiviikkona 3 kuukautta jne. Suhteellisuusperiaate toteutuu, säännöt ovat selkeät ja tiedossa. Tästä huolimatta järjestelmä on mielivaltainen mm. sen vuoksi, ettemme saata vaikuttaa käsittelypäivään. Puute olisi korjattavissa asettamalla rangaistuksen ankaruuden kriteeriksi rikoksen tekopäivä (jonka siis voisimme ottaa huomioon käyttäytymisessämme). Nyt havaitaan, ettei pelkkä ennakoitavuus yksin riitä. Emme hyväksyisi sääntöjä, joiden mukaan maanantaina *tehdystä* rikoksesta tuomitaan 1 kuukautta, tiistaina 2 kuukautta jne. Järjestely noudattaa suhteellisuusperiaatetta, sen sisältö on tiedossa ja voimme ottaa sen huomioon käyttäytymisessämme. Tästä huolimatta pidämme sitä edelleen mielivaltaisena ja oikeusturvaa loukkaavana. Kaiken kaikkiaan suhteellisuusperiaatteeen tulisi ilmeisestikin nojata mielekkäisiin kriteereihin, joilla on myös jokin järkevä yhteys koko järjestelmän tavoitteisiin. Suhteellisuusperiaate ei itse tällaisia kriteereitä sisällä, joskin sellaiset ovat jokaisen tätä periaatetta puoltavan mielessä. Viittaan tältä osin mitä tekstissä seuraa.

si rikosten arvottamiskriteereiksi peilaavat yleensä vain *kirjoittajan omia* julkilausumattomia kriminaalipoliittisia mieltymyksiä. Kannanotot vaatisivat siis erillisperustelua. Jos taas todella väitetään jotakin siitä, mitä *oikeustajunta* vaatii, olisi väitteet empiirisesti todennettava. Käsillä oleva empiirinen aineisto viittaa siihen, että oikeustajunta panee erityistä painoa ulkoisiin seurauksiin ja rikoksiin, joilla on näkyvä ja helposti identifioitavissa oleva yksilöuhri. Vaarantamisrikosten sekä yhteisöllisiin oikeushyviin kohdistuvien rikosten rangaistusarvot jäisivät varsin alhaiselle tasolle. Myös syyllisyysperiaatteen noudattaminen kohtaisi vaikeuksia tilanteissa, joissa teolla on näkyvät ja mittavat seuraukset. Lopputulokset olisivat siten monessa suhteessa vastoin kriminaalipoliittisessa keskustelussa painotettuja yleisiä arvoja ja tavoitteita.[35]

Jokin merkitys empiirisellä oikeustajunnallakin toki on. Sen argumenttiarvon punninnan lähtökohdiksi sopivat aiemmin esitetyn kritiikin pääkohdat - kritiikkihän oli suhteellista ja sen merkitys vaihtelee aina konkreettisen tilanteen mukaan. Yleisen mielipiteen painoon vaikuttavat siten:[36]

1. *Latenttisuus*: Mitä latentimpi oikeusvakaumus, sitä pienempi painoarvo.
2. *Yleisyys*: Mitä yleisempi käsitys, sitä suurempi painoarvo.
3. *Riidattomuus*: Mitä riidattomampi oikeusvakaumuksen sisältö (mitä suurempi yksimielisyys tutkimustulosten tulkinnasta), sitä suurempi painoarvo.
4. *Johdonmukaisuus*: Mitä johdonmukaisempi ja kestävämpi mielipide, sitä suurempi painoarvo.
5. *Perusteltavuus*: Mitä vankempaan tosiasiatietoon vakaumus perustuu, sitä suurempi merkitys sille on annettava.
6. *Tarkoituksenmukaisuus*: Mitä selvemmin oikeustajunnan vaatimukset sotivat perusteltuja kriminaalipolitiikan tavoitteenasetteluja vastaan, sitä vähäisempi merkitys niille on annettava.

Lähempi valinta oikeustajunnan vaatimusten kunnioittamisen ja kriittisen soveltamisen välillä ratkeaa viime kädessä rikoslain tehtäviä ja justifikaatiota koskevien peruskannanottojen mukaan. Positiivisen moraalin voimaan saattamista itseisarvona pitävä järjestelmä on valmis kriteerien mekaaniseen seuraamiseen. Pragmaattisesti orientoituva rikosoikeus joutuu havaitsemaan, että rajallisten moiteresurssien suora allokointi oikeustajunnan vaatimiin koh-

---

[35] Kuten *Alanen* kirjoittaa: "Pelkästään ja yksinomaan yleisen oikeusvakaumuksen pohjalta ei voida myöskään selvittää senlaatuista asiaa kuin rangaistuksen määräämistä. Rikoksesta koituvan teon punnitsemisessa on kiinnitettävä huomio erilaatuisiin tekijöihin ja monesti sellaisiin, joita kansan yleisessä käsityksessä ei tunneta. Yleinen oikeusvakaumus ei sitä paitsi reagoi kaikkiin oikeudellisiin ongelmiin." (*Alanen* 1965 s.140).

[36] Samansuuntaisesti lainsäädännön osalta *Taxell* 1976 s.40-41.

teisiin ei johda rikosten ja niiden kontrolloinnista aiheutuvien haittojen minimointiin eikä niiden oikeudenmukaiseen jakamiseen. Gallup-mittauksin ei voida päättää rationaalisesti hyväksyttävästä sanktiotasosta tai mittaamisperusteista, sen enempää kuin oikeudellisista tulkintasuosituksista yleensäkään (ks. myös *Aarnio* 1986 s.86 ss).

2. Yhdenvertaisuus ja ennustettavuus

2.1. Määritelmä ja justifiointi

Suhteellisuusperiaateen rinnalle asetettava yhdenvertaisuus vaatii a) samanlaisten tapausten samanlaista ja b) erilaisten tapausten erilaista kohtelua.[37] Koska on yhtä lailla perusteltua väittää kaikkien ihmisten olevan yhdessä suhteessa samanlaisia (esim. ominaisuuden nisäkäs - mielessä) ja jossakin toisessa suhteessa erilaisia, vaatii yhdenvertaisuuden periaate lisänormin, jonka perusteella tapausten samankaltaisuus ja erikaltaisuus vahvistetaan. Vasta kun kriteerit on lyöty lukkoon, takaa yhdenvertaisuus oikeudenmukaisen kohtelun.[38]

Siihen, miksi yhdenvertaisuus on oikeudenmukaista—mikä justifioi periaatteen—on harvemmin haettu vastausta. Poikkeuksen tekee *Brusiin*:

> ''Harvoin kysytään miksi samanlaisia on käsiteltävä samalla tavoin ja erilaisia eri tavoin. Asetamme tuon kysymyksen ja huomaamme silloin: Oikeusnormin edellytyksenä on samanlaisuusrelaatio; ne edellyttävät toistuvia samanlaisten tapausten sarjaa. . . Oikeusjärjestystä voidaan kuvitella vierekkäin asetettuina samanlaisuussarjoina: eri samanlaisuussarjoihin kuuluvia tapauksia ei voida käsitellä samalla tavalla. Päinvastoin samanlaiset tapaukset ovat käsiteltävät samalla tavalla erilaiset eri tavalla. . ..*Vain sillä ehdolla on järjestynyt yhteiskuntaelämä mahdollinen*: vain sillä ehdolla on oikeusnormikompleksi ajateltavissa. Muodollinen oikeellisuusprinsiippi on meidän mukaamme vain *ilmaus siitä, että elämme järjestäytyneessä oikeusyhteisössä*'' (*Brusiin* 1938 s.234).

Normiston tehtävä on saattaa järjestäytynyt yhteiskuntaelämä mahdolliseksi. Normit rakentuvat tapausten samankaltaisuudelle ja niiden toiminta edellyttää tapauksia kohdeltavan niiden ominaisuuksien mukaan, ts. samanlaisia tapauksia arvioidaan samalla tavoin. On siis lopultakin kyse vain normin soveltamisesta; oikeusjärjestyksen voimaansaattamisesta. Vastaus kysymykseen,

---

[37] Ks. esim. *Uusitalo* 1973 s.27. Kuten *Hart* huomauttaa, ei periaatteen jälkimmäistä osaa voi suoraan johtaa ensimmäisestä (*Hart* 1961 s.155).

[38] Edellytetään ts. analogia- tai isomorfia-avaimen vahvistamista (ks. *Hart* 1961 s.155 ja *Lahti* 1972 s.227 ss).

miksi meillä on yhdenvertaisuus, on Brusiinin mukaan samalla vastaus kysymykseen, miksi meillä on oikeusjärjestys (*Brusiin* 1938 s.234-235).

Yhdenvertaisuuden sosiaalinen funktio löytyy siis itse normiston tehtävästä. Normien tavoitteena on luoda kiinteyttä sosiaalisiin suhteisiin. Ne vaikuttavat "stabiloivasti yhteiskunnan valtasuhteisiin ja siten helpottavat rauhallista elimellistä kehitystä" (*Brusiin* 1938 s.244). Käytännön johdonmukaisuus ja jatkuvuus (= yhdenvertaisuus) ovat jo normiston tehtävän edellyttämiä. Näin selittyy myös pyrkimys kytkeä yhdenvertaisuus juuri oikeusturvan käsitteeseen ja vaatimukseen mielivallan välttämisestä. Periaate ei vaadi ainoastaan samanlaisten tapausten samanlaista kohtelua. Siihen voidaan pohjata yleiset toiminnan rationaliteettia ja mielivallan kieltoa koskevat vaatimukset.[39] Vastaavasti *Jareborg* näkee yhdenvertaisuuden moraalisen arvon sen kyvyssä edistää ihmisten turvallisuutta ja mahdollisuuksia elinolosuhteittensa suunnitteluun (*Jareborg* 1980a s.31). Yhdenvertaisuusperiaatteen noudattaminen on siten viime kädessä tavoiterationaalinen tapa soveltaa säännöksiä.

2.2. Periaatteen kritiikki ja vastakritiikki

Suhteellisuusperiaatteen tavoin myös yhdenvertaisuus on joutunut kritiikin kohteeksi. Nyt ei arvostelu kuitenkaan kohdistu periaatteen sisältöön, vaan sisällön puutteeseen: sitä on pidetty tarpeettomana ja analyysia vain sekoittavana.[40] Niinpä yhdenvertaisuus vaatii *Kelsenin* mukaan vain, etteivät lainkäyttäjät tee muita eroja, kuin laki vaatii. Lakia on käytettävä siten, kuin sitä tarkoituksensa mukaan tulisi käyttää (*Kelsen* 1953 s.649). *Ross* näkee periaatteessa vain annettujen sääntöjen korrektin soveltamisen. Säännöt määrittävät yleisten tunnusmerkkien avulla tiettyjen tapausten luokan, joiden suhteen tulee menetellä määrätyllä tavalla. Yhtäläinen käsittely luokassa on seurausta siitä, että sääntöä seurataan oikein (*Ross* 1966 s. 356-358). Myös *Perelman* päättyi formaalisen oikeudenmukaisuuden analyysissaan siihen, että viime kädessä kyse on vain säännön soveltamisesta kaikkiin saman luokan tapauksiin: "Equality is merely a logical cosequence of the fact of keeping to the rule" (*Perelman*

---

[39] Yhdenvertaisen kohtelun vaatimus on myös *Haren* moraaliteoriassa yksi tapa ilmaista moraaliperiaatteiden universaalisuuden vaatimus. Kyse on vain siitä, että periaatteita tulee soveltaa samalla tavalla myös tulevissa tilanteissa (*Hare* 1981 s.154). Yhdenvertaisuudesta mielivallan kieltona ks. esim. *Golding* 1977 s.120 ja *Chereminsky* 1983 s.581 ss, ks. myös *Westen* 1983 s.640-641.

[40] Ks. näistä esim. *Kelsen* 1953 passim, *Perelman* 1963 s.11-29, *Ross* 1966 s.356-358 sekä erityisesti *Westenin* kirjoitusten johdosta käyty keskustelu *Westen* 1982 ja 1983, *Chereminsky* 1983.

1963 s.38). Kriminaalipoliittisessa keskustelussa ajatuksen on esittänyt *Törnudd*. Hänen mukaansa suhteellisuusperiaate sinänsä riittäisi. Jatkumon luokituksia sovellettaessa periaatteen toteutuminen merkitsisi yhtäläisten tapausten käsittelemistä yhtäläisellä tavalla (*Törnudd* 1983 s.78 alav.2 sekä samoin SOU 1986:14 s.143).[41]

Väite yhdenvertaisuusperiaatteen sisällyksettömyydestä on ensi näkemältä vaikeasti torjuttavissa.[42] Prima facie taas otaksuisi näinkin vahvan intuition tukeman oikeudenmukaisuusarvon edustavan muutakin kuin normin johdonmukaista toistamista. Olisiko kritiikki siis jossakin kohdin erehtynyt? Mitä yhdenvertaisuusperiaatteen arvoon tulee, on esim. *Westen* myöhemmin tarkentanut kirjoituksiaan huomauttamalla, että vaikka periaate on sisällöltään tyhjä, eivät konkreettiset väitteet ihmisten yhdenvertaisesta tai ei-yhdenvertaisesta kohtelusta tietenkään ole merkityksettömiä. Niillä ilmaistaan tietyn normin mukainen kohtelu ja ne ovat näin täsmälleen yhtä merkityksellisiä ja painavia kuin tuon normin itsensä soveltaminen.[43] Positiivinen asenteemme yhdenvertaisuutta kohtaan on ensisijassa osoitus siitä, että hyväksymme normin sisällön.[44]

---

[41] Ks. myös *Westen* "Emme voi ottaa kantaa siihen, tulisiko kahta ihmistä kohdella yhdenvertaisesti ennen kuin olemme vahvistaneet standardin, joka määrää kuinka ihmisiä tulee kohdella . . .. Mutta heti tällaisen standardin vahvistamisen jälkeen samalla tiedämme, kuinka heitä tulee kohdella. Kaikki tämänjälkeiset määritykset ihmisten yhdenvertaisesta tai epäyhtenäisestä kohtelusta vain toistavat ihmisten identtisyyttä tai epäidenttisyyttä suhteessa tuohon standardiin" (*Westen* 1983 s.622).

[42] Periaatteen sisällyksettömyys voidaan osoittaa esim. seuraavasti:

Normi 1:	Jos a, b, c, d	niin X
Normi 2:	Jos a, b, e, f	niin Y
	Oikeustosiseikat	Oikeusseuraamukset
Tapaus A:	a, b, c, d	X
Tapaus B:	a, b, c, d, e, f	X Y
Tapaus C:	a, b, e, f	Y

Normi 1 velvoittaa menettelmään tavalla X, milloin tapaukseen soveltuvat ominaisuudet a, b, c, d. Tapaukset A ja B täyttävät ehdot ja molemmat ovat tämän normin kannalta samanlaiset. Yhdenvertaisuus edellyttää seuraamuksen X liittämistä molempiin. Muu menettely - esim. seuraamus Y -olisi normin 1 kannalta yhdenvertaisuutta loukkaava. Tai paremminkin kyse olisi normin 1 vastaisesta menettelystä. Tällöin on tapauksia B ja C kuitenkin kohdeltu yhdenvertaisesti - tai paremminkin on seurattu toista normia 2.

[43] Westen teki myöhemmässä esityksessään selvän eron periaatteen tyhjyyden ja haitallisuuden välillä. Ensin mainittu on analyyttisesti tosi (samassa mielessä kuin esim. matemaattiset väittämät), jälkimmäisen totuusarvo vastaa esim. juridiikan väittämien totuusarvoa. Niiden tueksi voidaan ts. esittää vain enemmän tai vähemmän päteviä perusteita (*Westen* 1983 s.604-605).

[44] Samoin *Sadurski*: "What we actually mean when we speak of equality in a certain

Mitä taas arvostelijoiden omiin lähtökohtiin tulee, näyttää kritiikki olevan sidoksissa (virheelliseen) oletukseen oikeusjärjestyksestä sääntöjen kokoelmana. Tautologiaväite—"yhdenvertaisuuden loukkaaminen on käsitteellisesti mahdotonta, koska tällöin olisi jo noudatettu toista vertailunormista poikkeavaa uutta sääntöä"—näet edellyttää, että normit on mahdollista laatia niin yksityiskohtaisiksi, että aina tiedetään, onko niitä seurattu vai ei. Jos oikeusjärjestys nähdään pikemminkin periaatteiden (tai sääntöjen ja periaatteiden) kokoelmana, katoaa kritiikiltä pohja. Nyt normeja voidaan seurata enemmän tai vähemmän. Tällöin myös normin vaatimuksia, ja sen kautta yhdenvertaisuutta, voidaan loukata vaihtelevassa määrin ilman, että poikkeava kohtelu olisi kuvattavissa jonkin uuden säännön seuraamiseksi.

Tällaisessa järjestelmässä myös yhdenvertaisuudelle löytyy järkevä funktio. Kun asioita ei voi yksityiskohdittain sitoa sääntöihin, joudutaan turvautumaan *tyyppitapauksin* operoiviin periaatteisiin. Kun tällainen tyyppitapauksen kattava normi on muodostettu, ja siinä vaikuttavat eri näkökohdat kertaalleen punnittu, on helpointa tehdä konkreettinen ratkaisu vertaamalla tuomittavana olevaa tapausta tähän tyyppitapaukseen - sen sijaan, että jokaisessa tilanteessa erikseen ryhdyttäisiin punnitsemaan kaikkia alkuperäisen normin taustalla vaikuttaneita argumentteja. Samankaltaisuusarvioinnille pohjaava rangaistuksen määräämistapa on käytännöllisin ja ekonomisin tapa selvitä tehtävästä. Yhdenvertaisen kohtelun arvo on tosin sidoksissa itse normin justifikaatioon, mutta tuon normin mukaisia ratkaisuja ei olisi mahdollista tuottaa ilman määrättyjä heuristisia apuvälineitä. Erään tällaisen tarjoaa samankaltaisuusvertailu ja vetoaminen yhdenvertaisuuteen. Yhdenvertaisuusperiaate on ts. ratkaisuheuristiikkaa hallitseva periaate.

2.3. Yhdenvertaisuusargumentoinnin vaarat

Arvostelu osuu toisaalta oikeaan siinä, että yhdenvertaisuusperiaatetta käytetään usein propagandavälineenä ja argumentaatioteknisenä kilpenä tilanteissa, joissa itse sovellettava normi ja sen tausta-arvostukset eivät ehkä kestäisi kritiikkiä (ks. *Westen* 1982 s.580-581 ja 594-595). Yhdenvertaisuuteen vetoaminen tuo mukanaan pyhät, ylipositiiviset periaatteet, siihen katsomatta, mitä materiaalisia arvoja tilanteessa puolustetaan. Näin myös viimeksi mainitut

---

legal system is that we accept the choice of particular properties as relevant to differentiated treatment" (*Sadurski* 1985 s.82, ks. myös s.78 ss). Ks. myös *Westen*: "Particural statements of equality are never meaningless. They posess as much meaning as the undelying rights and rules they incorporate by reference. . ."(*Westen* 1983 s.662).

saavat suuremman arvon, kuin olisimme niille valmiit muutoin antamaan (*Westen* 1982 s.593).

Vaadittaessa tiettyä kohtelua yhdenvertaisuuteen vedoten on siis muistettava, että samalla on aina kyse ensisijaisesti tietyn normin mukaisesta kohtelusta - ei abstraktin yhdenvertaisuuden toteuttamisesta. Saattaa olla, ettei sovellettava normi itsessään enää vastaa järkevän harkinnan vaatimuksia. Tällöin on normia muutettava. Ratkaisua tehtäessä ovat vastakkain vanhan käytännön jatkamiseen liittyvät ennustettavuuden arvot, sekä normin korjaamista vaativat aineelliset perusteet. Käytännön muuttamista ei voi vastustaa vain yhdenvertaisuuteen vedoten. On kysyttävä, kuinka tärkeät syyt edellyttävät uutta käytäntöä, ja kuinka tärkeiksi vanhan käytännön jatkamiseen kohdistuvat odotukset oikeusturvan kannalta kulloinkin koetaan.

Kysymys on ajankohtainen RL 6:1:n säätämisen jälkeen. Tulkittaessa lainkohtaan sisältyvää oikeuskäytännön yhtenäisyyden kunnioittamisen velvoitetta tulee siis pitää mielessä, ettei yhtenäisyys ole absoluuttinen arvo. Kyse on lopultakin ennakoitavuudesta ja muodollisen oikeusturvan tuottamista eduista. Jos uuden käyttännön edut ja aineellinen oikeusturva painavat vaa'assa enemmän, on muutos perusteltu.[45]

Yhdenvertaisuuden loukkaukset eivät tavallisesti kuitenkaan koske käytäntöjä, vaan yksittäispoikkeamia. Jos poikkeama voidaan asettaa yleisen normin pohjaksi (se täyttää siis universaalisuuden vaatimukset), on poikkeama moraalisesti perusteltu (itse asiassa kyse on uudesta normista). Yleensä taustalla on kuitenkin ajatus muutoksen *väliaikaisuudesta*. Tällainen poikkeama on prima facie epäoikeudenmukainen ja hylättävä. Muiden arvojen paineessa voidaan kuitenkin muodollisesta oikeusturvasta tinkiä aineellisten arvojen hyväksi. Vastakkain ovat tällöinkin ennakoitavuus (normien yhteiskuntaoloja stabilisoiva vaikutus) sekä yksittäistapauksen erityiskohtelua vaativat aineelliset kriteerit. Tässä yhdenvertaisuusperiaatteen jousto kytkeytyy yksilöllistävän ja yleistävän oikeudenmukaisuuden välisiin suhteisiin, josta seuraavassa jaksossa lähemmin.

Periaate ei kerro mitään perusteista, joiden pohjalta tapausten samankaltaisuus arvioidaan (siis siitä normista, jonka seuraamisesta on kyse). Yhdenvertaisuutta voidaan toteuttaa periaatteessa samalla tavoin siihen katsomatta, mitkä ovat yleisesti hyväksytyt kriminaalipoliittiset päätöksentekokriteerit. Toisaalta mitä *harvempia* ja mitä *selvemmin erottuvia ja havainnoitavia* nämä kri-

[45] Yhdenvertaisuuden asemaa loogisesti samantasoisena intressinä muiden oikeudenmukaisuusargumenttien kanssa korostetaan mm. kirjoituksessa *Davies* 1982 passim, erit.s.87-88.

teerit ovat, sitä helpompi on päästä selville tapausten samankaltaisuudesta tai erilaisuudesta. Tällaisessa järjestelmässä yhdenvertaisuuden heuristinen arvo on siis suurempi kuin järjestelmässä, jossa sovellettavat kriteerit ovat niin moninaiset ja vaikeasti täsmennettävät, ettei onnistuneita samankaltaisuusvertailuja kyetä juuri tekemään. Tämä selittää tavan kytkeä yhdenvertaisuuden vaatimus tekokeskeiseen rikosoikeuteen. Yhteys on kuitenkin empiirinen - ei käsitteellinen (ks. tarkemmin esitystä edellä jaksossa II.F.4.2.).

3. Kohtuus ja lievemmän kohtelun periaate

3.1. Yleistävä ja yksilöllistävä oikeudenmukaisuus

Suhteellisuus ja yhdenvertaisuus voidaan lukea "yleistävän" tai "ankaran" oikeudenmukaisuuden ilmauksiksi ("Iustitia Stricta", *Tammelo* 1977 s.81) erotukseksi vaatimuksista, joita kohtuuden tai armon nimellä esitetään yksittäistapauksissa. Oikeudenmukaisuus sisältää kaksi keskenään vastakkaista pyrkimystä: tarpeen korostaa yhdenvertaista kohtelua ja toisaalta pyrkimyksen ottaa huomioon kunkin tapauksen erityisluonne.[46] Kohtuus on tältä kannalta määriteltykin oikeudenmukaisuudeksi in concreto.[47] *Lahden* mukaan rikosseuraamuksen kohtuullistaminen on toimi, jossa ". . .pannaan rikostapauksen asianhaaroista erityisesti painoa niille, jotka poikkeavat normaalitapauksen piirteistä ja joiden johdosta henkilön katsotaan ansaitsevan tavallista lievemmän seuraamuksen" (*Lahti* 1974 s.94).

Kohtuusajattelu heijastaa yhtä oikeudenmukaisuusnäkemystä - yksilöllistävää oikeudenmukaisuutta - oikeusvarmuus ja ennustettavuus toista (yleistävää oikeudenmukaisuutta).[48] Oikeudenkäyttö on jatkuvaa jännitettä säännönmukaisuutta ja yksittäistapauksellista kohtuutta noudattavan oikeudenmukaisuuden välillä (ks. myös *Brusiin* 1938 s.70-73).

---

[46] Ks. esim. *Henkel* 1977 s.415: "Generaliserende" ja "Individualiserende" Gerechtigkeit. Ks. myös sama mts.415-416 esitystä lähteineen.

[47] Näin *Alanen* 1965 s.117, *Apala-Arlander* 1972 s.41 alav. 26 mainitut lähteet sekä *Lahti* 1974 s.94. *Brusiinin* mukaan kohtuusratkaisu merkitsee, että tuomari toteaa abstraktin oikeusnormin soveltumattomuuden konkreettiseen tapaukseen (*Brusiin* 1938 s.50). *Card* määrittelee armon poikkeamiseksi siitä, minkä katsoisimme tekijän muutoin ansaitsevan (*Card* 1972 s.183, huom. ero tekstissä esitettyyn Lahden tapaan puhua ansainnasta).

[48] Ks. esim. *Müller-Diez* 1985 s.823-824 ja alav.45 termejä "egalisierend-generell" ja "individualiserend" "gerechtigkeit" ja *Klami* 1986a s.166 "tilanteellinen" oikeudenmukaisuus sekä *Törnudd* 1983 passim. Muitakin ryhmittelyjä on. Niinpä esim. *Victor* 1980 s.204 käyttää periaatteista nimiä "materiaalinen" ja "formaalinen" oikeudenmukaisuus.

Kysymykseen, onko kohtuus oikeudenmukaisuuden vaatimaa vai siitä poikkeamista, ei ole vastausta, sillä kyse on kahdesta tavasta käyttää oikeudenmukaisuus-sanaa. Tuo käsite on usein kielessämme vain yleisnimi hyviksi kokemillemme päämäärille ja arvoille. Nuo arvot vuorostaan vaihtelevat yhteiskuntatyypin myötä. Max Weberiltä peräytyvää käsiteparia hyödyntäen, yleistävä oikeudenmukaisuus on työnjakoon, vaihtoon, koulutukseen ja organisaatioiden eriytymiseen perustuvan Gesellschaft-yhteiskunnan oikeudenmukaisuutta. Se korostaa yhteiskunnan toiminnan ja suunnittelun kannalta välttämätöntä ennustettavuutta, oikeusturvaa ja yhdenvertaisuutta. Tämä abstrakti oikeudenmukaisuus on yhteiskunnan kitkattoman toiminnan ehto. Vastakohtana olisi työnjaoltaan eriytymättömän Gesellschaft-yhteiskunnan tapauskohtainen, yhteenkuuluvuutta ja yhteishenkeä painottava yksilöllistävä oikeudenmukaisuuskäsitys (ks. erityisesti *Törnudd* 1983 s.68-69).

Yleisimmällä tasolla kysymys kohtuusharkinnan mahdollisuudesta ratkeaa siten pitkälle yhteiskuntarakenteiden mukaan. Kannanotot siitä, kuinka yksilöllistävän ja yleistävän oikeudenmukaisuuden suhteet olisi järjestettävä, voivat myös heijastaa ajatuksia siitä, millaisessa yhteiskunnassa kukin haluaa elää (vrt. esim. abolitionistinen liike). Rakenteelliset seikat määräävät kuitenkin sallitun liikkumavaran (ks. myös *Henkel* 1977 s.425-427). Pitkälle kehittynyt korkean koulutustason yhteiskunta ei esim. Törnuddin mukaan voi rakentua yksinomaan "kohtuullisten yksittäisratkaisujen" varassa toimivalle oikeusjärjestykselle. Normijärjestelmän tulee vastata organisaation astetta. Liiaksi kaavoittunut järjestelmä voimakkaine yhdenmukaisuuden paineineen saattaa kehittyneessä yhteiskunnassa toisaalta sekin johtaa legitimiteettikriiseihin; liiaksi yksilöllistävä järjestelmä vuorostaan heikentää oikeusnormien yhteiskuntaelämää stabilisoivaa ja strukturoivaa vaikutusta (ks. esim. *Allardt* 1966 luku 6, *Törnudd* 1983 s.84-95 sekä *Aarnio* 1982 s.19 viitteineen).

3.2. Kohtuusajattelun aineellinen puoli

3.2.1. Kohtelun lieventäminen

Brusiin samastaa kohtuuden ja oikeusvakaumuksen. Kohtuus vaatii, ettei oikeusvakaumusta loukata. Kohtuuden huomiotta jättäminen, ja siis vallitsevan oikeusvakaumuksen loukkaamattomuuden intressin sivuuttaminen, horjuttaisi hänen mukaansa järjestäytyneen yhteisön perusteita (*Brusiin* 1938 s.68 ja 71).

Määrittelyä on vaikea hyväksyä. Oikeusvakaumus (empiirisessä mielessä) saattaa hyvinkin vaatia ratkaisuja, jotka tuntuvat ankaruudessaan toisten mielestä kohtuuttomilta. Sen sijaan kohtuus tuskin milloinkaan vaatii ratkaisuja,

joiden ankaruus ylittäisi abstraktin oikeudenmukaisuuden sääntöjen mukaisen lopputuloksen. Tästä epäsymmetriasta löytyy myös kohtuusajattelun aineellinen ydin. Periaate on *yksisuuntainen*. Sen noudattaminen merkitsee tuomion *lieventämistä* siitä, mikä se muutoin olisi.[49] Kohtuusperiaatteen arvoperusta on *humaniteettinäkökohdissa* sekä yleisissä kärsimyksen minimoimiseen tähtäävissä perusarvostuksissa.[50]

3.2.2. Kohtuus, armo ja humaniteettinäkökohdat

Kohtuus on näin yhteydessä *armon* käsitteeseen. Armahdusmenettelyä onkin pidetty eräänä kohtuusajattelun ilmentymänä (ks. esim. *Anttila-Heinonen* 1977 s.234). Armo eroaa oikeudenmukaisuudesta siinä, että on mahdollista armahtaa oikeudenmukaisesta rangaistuksesta, mutta armahdusta ei juurikaan voi vaatia oikeudenmukaisuuden nimissä.[51] Armo kuuluu siis arvoihin, jotka *oi-*

---

[49] Samoin *Henkel* 1977 s.420: "Darin liegt eine fundamentale Verkennung des Wesens der Billigheit im Recht, deren Tendenz der "Milderung" sich ledligch auf die "Härte" (Starrheit) des geformten Rechts bezieht, als solche aber bei den Rechtsbetroffenen keineswegs notwendig schonend und wohlwollend wirkt". Kohtuus voidaan ymmärtää toisessakin merkityksessä. Esim. *Aarnio* suomentaa termin "reasonable" kohtuudeksi. Tämä kohtuuden merkityssisältö on esitettyä laajempi. On tietysti pyrittävä siihen, ettei yksikään ratkaisu ole kohtuuton ja siinä mielessä "unreasonable". Toisaalta tuntuu perustellulta varata määre "kohtuullinen" vain tietyille ratkaisuille - niille, joissa lopputulosta oli *tietoisesti lievennetty* siitä, mihin tilanteessa olisi "normaalisti" päädytty. Kohtuusratkaisuihin sisältyy tässä merkityksessä aina ajatus jonkinlaisesta *joustosta*.

[50] Arvolähtökohta on muotoiltavissa *Christien* sanoin:". . . sosiaaliset järjestelmät on rakennettava tavalla, joka vähentää sosiaalisen kontrollin ylläpitämiseksi välttämättömän piinan vähimmäismäärään" (*Christie* 1983 s.3). Samoin *Jareborg*: "Humanitetshänsyn kräver att systemets repressiva tryck hålls så lågt som möjligt" (*Jareborg* 1980a s.51). *Lahti* käyttääkin kohtuuden sijasta laajempaa humaanisuuden periaatetta, joka vaatii järjestelmän saattamista sopusointuun "with the principles of human dignity, integrity, freedom of the individual and other human rights" (*Lahti* 1983 s.5).

[51] Siihen nähden, kuinka valtavasti *oikeudenmukaisuuden* teoria on kiinnostanut kirjoittajia, *kohtuudesta* on varsin niukalti käsitteellisiä selvityksiä. Harvoihin nimenomaisesti tähän luokkaan kuuluviin kirjoituksiin voidaan lukea anglosaksisella kielialueella ilmestyneet *armoa* (Mercy) käsittelevät esseet (englannin kielessä ei ole tarkkaa vastinetta suomen "kohtuus" sanalle, esim. equity ei kelpaa muiden historiallisten rasitustensa vuoksi, osaksi samaa voidaan tarkoittaa termillä "fair, fairness" ja "reasonable", ks. myös edellä alav.49). *Murphy* tiivistää erinomaisesti piirteet, jotka ajatellaan yleensä armolle ominaiseksi: (1) kyse on *autonomisesta moraalisesta hyveestä*, jota ei voi johtaa esim. oikeudenmukaisuudesta; (2) tuohon hyveeseen liittyy aina ajatus *oikeudenmukaisuuden jonkinlaisesta sääntelystä tai korjauksesta*; (3) kukaan *ei voi vaatia sitä oikeudenmukaisuuteen tai ansaintaan vedoten*, vaan se nähdään aina eräänlaisena *lahjana*; (4) moraalisena hyveenä se saa arvonsa aina-

keudenmukaisuuden ohella vaikuttavat ihmisten kohteluun esimerkiksi samassa mielessä kuin humaanisuus ja inhimillisyys. Suppean oikeudenmukaisuuskäsityksen ulkopuolelle jää siten joukko sinänsä tärkeitä ihmisten kohtelua koskevia periaatteita ja arvoja (ks. myös *Sadurski* 1985 s.240). Siltä osin kuin kohtuusajattelu ilmentää humaniteettinäkökohtia, olisikin kielenkäytön kannalta ehkä eduksi erottaa kohtuus (suppeasta) oikeudenmukaisuuden käsitteestä.[52]

3.2.3. Kohtuus ja lievemmän kohtelun periaate

Lievempään kohteluun tähtääviä oikeusperiaatteita löytyy useiden maiden oikeusjärjestyksistä. Anglosaksisessa kirjallisuudessa ajatus tunnetaan "säästäväisyyden periaatteena" (Principle of Parsimony). Sen mukaan hyväksyttäviin sosiaalisiin päämääriin pyrittäessä on valintatilanteessa käytettävä vähiten yksilön oikeuksiin kajoavia keinoja (*Morris* 1974 s.xi ja 59). Saksalaisella kielialueella noudatettavan "toissijaisuuden" periaatteen ("Subsidiaritätsprinzip") mukaan valintatilanteessa on lain niin salliessa käytettävä lievintä sanktiota (*Zipf* 1980 s.53). Mittaamisopissa vaikuttavat edelleen "liiallisen rankaisemisen" sekä "pienimmän mahdollisen puuttumisen" periaatteet.[53] Samansuuntaiset ajatukset on omaksuttu niinikään Euroopan neuvoston dekriminalisointia ja vapausrangaistuksen vaihtoehtoja tutkineiden alakomiteoiden työn pohjaksi (ks. Dec-

---

kin osaksi siitä, että sen katsotaan *ilmaisevan jotakin (ihmisen) luonteesta tai taipumuksista* (kyky osoittaa armoa ja armahtaa); (5) se edellyttää yleisesti *syyllisyyteen ja sovitukseen perustuvaa (rangaistus)järjestelmää* (ks. *Murphy* 1986 s.3—4 muista kirjoituksista ks. erityisesti *Smart* 1969 sekä myös *Card* 1972). Nämä otaksumat, joita Murphy tarkastelee esityksessään kriittisesti (erit. kohta 5), voidaan ehkä kohtaa 4 lukuunottamatta siirtää suoraan koskemaan myös kohtuutta. Murphyn epäilyt, jotka kohdistuvat autonomisen kohtuusajattelun mahdollisuuksiin rikosoikeudessa ovat ainakin osaksi sidoksissa hänen tapaansa antaa oikeudenmukaisuudelle laaja sisältö, jolloin yksittäiset "kohtuuspoikkeamat" aina lopulta voitaisiin selittää myös oikeudenmukaisuussyin (silloin kun kyse ei ole Murphyn kirjoituksessaan selkeästi erottamista reaalisista tarkoituksenmukaisuusargumenteista).

[52] *Lahti* erottaakin oikeudenmukaisuudesta ja kohtuudesta (joita hän siis käyttää rinnakkaisina termeinä) erikseen ne vaatimukset, joita ihmisarvon, humaanisuuden ja yleisten ihmisoikeuksien nimissä voidaan esittää rikosoikeusjärjestelmän sisällölle (ks. *Lahti* 1986a s.243).

[53] "Übermassverbot" edellyttää valittavaksi syyllisyysrajojen sisällä seuraamuksen, joka kajoaa vähiten tuomitun elämään (ks. esim. *Maurach-Zipf* 1978 s. 463-464 ja *Roxin* 1978 s.191-192). Sama periaate sisältyi Saksan liittotasavallan rinnakkaisrikoslakiehdotukseen (AE 59 § 2 st). Periaatteen justifioinnista saksalaisella kielialueella ks. *Frisch* 1971 s.171-173. Samoille lähtökohdille rakentuu Bondesonin "vähimmän mahdollisen puuttumisen teoria" ("Teorin om minst möjliga ingripande" *Bondeson* 1977 s.335, vrt. myös *Frisch*: "Das Prinzip des geringstmöglichen Eingriffs", *Frisch* 1971 s.171).

riminalization 1980 s.29). Kotimaisessa kriminaalipolitiikassa ajatusta edustaa osaltaan jo haittaminimoinnin yleistavoite. Lainsäädännöllisenä ilmauksena asiasta on RVA 3 §, jonka mukaan vanhan ja uuden lain ristiriitatilanteessa on sovellettava syytetylle in casu lievemmän tuloksen tuottavaa lakia (ks. esim. *Anttila-Heinonen* 1977 s.101). Rikosprosessissa vaikuttavat samaan suuntaan favor defensionis — periaate, in dubio pro reo — sääntö sekä esitutkinnassa vaikuttava vähimmän haitan periaate (ks. esim. *Virolainen* 1977 s.221 sekä HE 1985 II vp. 14 s.12). Edelleen äänestysmenettelyä koskevien määräysten mukaan on kollegiaalisessa tuomioistuimessa tuomioksi annettava syytetylle edullisin kanta.[54] Viimeiseksi mainittakoon vielä rikosoikeudessa perinteisesti tunnustettu tulkintaperiaate in dubio mitius, joka muiden tulkintamenetelmien jättäessä tilanteen avoimeksi oikeuttaa syytetylle lievempään lopputulokseen (ks. *Ellilä* 1974 s.62 lähteineen ja *Lahti* 1974 s.277-278 ja alav. 103 mainitut lähteet).

Lievempää kohtelua eri tilanteissa tavoittelevat periaatteet ilmentävät samoja humaniteettinäkökohtia, jotka ovat myös kohtuusajattelun taustalla. Olisi kuitenkin väärin samastaa yleinen kohtuusperiaate—ja sen eräässä mielessä vahvennettu versio armon antaminen—esimerkiksi in dubio pro reo sääntöön tai lievemmän lain periaatteeseen. Jälkimmäiset ovat osa systeemiä kiinteämmin sääntelevistä periaatteista, kun taas kohtuusratkaisu rikosoikeudessa merkitsee aina jonkinasteista poikkeamista systeemin normaalisti edellyttämästä lopputuloksesta.[55] Normistoa voidaan tietysti korjata muutoinkin kuin yksittäisratkaisuin. Jos poikkemista vaativat tilanteet toistuvat riittävän usein ja standardisoituvat, on ne mahdollista sisällyttää jo arvostelukriteereihin, joiden seuraaminen täyttää yleistävän oikeudenmukaisuuden vaatimukset. Näin kohtuusharkintaa edellyttävät tilanteet "ajetaan sisään" osaksi "ankaraa oikeudenmukaisuutta" (vrt. esim. RL 6:4).

3.3. Kohtuusnäkökohdat ja reaalinen argumentaatio

3.3.1. Reaalinen argumentaatio

Muodollisessa suhteessa kohtuusnäkökohtia leimaa yhteys reaaliseen argumentaatioon, ratkaisun seurannaisvaikutusten arviointiin sekä yksilöllistävään kä-

---

[54] OK 23:3, ks. myös OK 23:4 sekä *Tirkkonen* 1969 s.23 ss ja *Virolainen* 1977 s.221 lähteineen. Samaa näkökulmaa edustaa myös refeormatio in pejus kielto.

[55] Kohtuudelle voidaan antaa eri oikeudenaloilla toisistaan jossain määrin poikkeava sisältö. Armoa käsitellessään *Murphy* pitää rikosoikeudellisen ja siviilioikeudellisen asetelman välistä eroa olennaisena pohdittaessa oikeudenmukaisuusarvostelmista erillisten edellä

sittelyyn. Näiden piirteiden avulla on myös mahdollista tarkentaa kohtuusajattelun asemaa oikeudellisessa argumentaatiossa.

Abstrakteilla käsitteillä ja säännöillä operoitaessa lopulliset vaihtoehdot jäävät yleensä aina avoimiksi. Yksittäistapausten erityispiirteiden moninaisuus tekee sitovan sääntelyn mahdottomaksi. Tällä avoimeksi jääneellä alueella käytetään reaalista argumentointia. Sen eräs ominaispiirre on eteneminen päätökseen ratkaisun lopputuloksen ja vaikutusten arvostelun kautta (ks. *Aarnio* 1982 s.135 ss.). Kohtuusargumentointi on eräs reaalisen argumentaation muodoista. Juuri kohtuudelle on ominaista ratkaisujen seurannaisvaikutusten arviointi.[56] Puhumme kohtuudesta vasta kun olemme ensin selvittäneet, minkä lopputuloksen abstrakti oikeudenmukaisuus tuottaisi. Reaalisen argumentaation tarve ja kohtuusratkaisun toinen ominaispiirre - huomion kiinnittäminen tapauksen erityispiirteisiin - osuvat myös yksiin. Juuri näiden erityispiirteiden moninaisuus teki välttämättömäksi hyväksyä myös reaaliset näkökohdat argumentaatiossa.

3.3.2. Kohtuus reaalisena arvoargumenttina

On huomattava, että kaikki reaalinen argumentaatio ei ole kohtuusharkintaa. Viimeksi mainittuun lasketaan kuuluvaksi vain kohtelun lieventäminen. Toisaalta kaikki poikkeusperusteisiin pohjaava kohtelun lieventäminen ja lopputuloksen muuttaminen tuomitulle edullisemmaksi ei välttämättä edusta kohtuusratkaisua. Jos rikoksentekijä on pysyvästi invalidisoitunut rattijuopumuksensa seurauksena, voi normaalirangaistus tuntua selvästi *kohtuuttomalta*. Sen sijaan vankeusrangaistuksesta luopuminen sen vuoksi, että tekijä on irtautunut rikoksiin altistavasta ympäristöstä ja uudet vankilakontaktit tuhoaisivat suurella varmuudella alkaneen suotuisan kehityksen, ei ole kohtuusratkaisua sanan varsinaisessa merkityksessä - joskin edelleen hyvin perusteltu poikkeama siitä, mitä normaalikäytäntö ja abstrakti oikeudenmukaisuus olisi tilanteessa edellyttänyt. Kohtuus on osa reaalista argumentointia, mutta sen erottaa muusta reaalisesta argumentaatiosta se, ettei näitä ratkaisuja tehtäessä paino ole rangaistuksen vaikutuksiin liittyvissä tarkoituksenmukaisuussyissä, vaan siinä *kärsimyksessä,* joka rangaistukseen liittyy. Rangaistuksen käyttöön liittyviä hyö-

---

alav.51 mainitut tunnusmerkit täyttävien armoratkaisujen mahdollisuutta (ks. *Murphy* 1986 passim).

[56] Esim. *Apala-Arlanderin* mukaan kohtuusratkaisussa verrataan "tapahtunutta toimintaa ja hypoteettista oikeusseuraamusta" (*Apala-Arlander* 1972 s.41). *Henkel* korostaa päättelyn etenemistä konkreettisesta lopputuloksesta normiin (*Henkel* 1977 s.424, ks. myös *Sundby* 1974 s.286).

tyvaikutuksia sen enempää pohtimatta, normaalirangaistukseen sisältyvän kärsimyksen aiheuttaminen koetaan ts. "itsessään" (deonttisesti) vääräksi. Eroa preventionäkökohtia painottavaan poikkeustilanteita koskevaan reaaliseen argumentaatioon voidaan havainnollistaa käsiteparein *reaalinen tavoiteargumentointi* ja *reaalinen arvoargumentointi*.[57]

3.3.3. Yksilöllisen oikeudenmukaisuuden ja kohtuuden rajat

Kohtuusargumentaation yksisuuntaisuudesta seuraa myös, etteivät yksilöllistävän oikeudenmukaisuuden esteet kaikella voimalla kohtaa lievempään suuntaan pyrkivää argumentaatiota. Yksilöivää kohtuutta vastustavina intresseinä tulivat kysymykseen ennaltalaskettavuus ja muodollinen oikeusturva. Nämä edellyttävät, ettei laki ilman varoitusta puutu yksilön toimintaan *ankarammin* kuin oli ennakolta mahdollista arvioida (ks. edellä). Ennakoimattoman *lievä* puuttuminen ei oikeusturvan kannalta edusta kansalaisille samanlaista vaaraa. Rikoksentekijä voi korkeintaan onnitella itseään hyvästä onnestaan, mutta ei voi katsoa oikeusturvaodotuksensa jääneen täyttymättä. Kohtuusargumentoinnin ja yksilöivän oikeudenmukaisuuden rajat eivät siten välttämättä osu yksiin, eikä kohtuusnäkökohtia myöskään tulisi kovin pitkälle vastustaa oikeusturvasyin. Ennustettavuuden ja oikeusvarmuuden takaamiseksi tarvitaan ennen muuta takeita säännönmukaisesta *ankarampaan* suuntaan poikkeamisia vastaan (näin myös *Törnudd* 1983 s.76 ja 85).

Selvää on, ettei kohtuusperusteinkaan voi loputtomasti sallia poikkeamia lievempään suuntaan. Liiallisen yksilöivä lainkäyttö kääntyisi omia tavoitteitaan vastaan ja laki menettäisi käyttökelpoisuutensa (*Henkel* 1977 s.418-419 sekä *Brusiin* 1938 s.69). Kohtuusperiaatteen kaavamainen soveltaminen estyykin jo sen vuoksi, että kohtuus edellyttää jo käsitteellisesti verraten fragmentaarista järjestelmää, jonka yksittäistapauksellisesta lieventämisestä on kyse. Aivan samoin kuin anteeksiannon mahdollisuus riippuu materiaalisessa mielessä siitä, että järjestelmä pohjaa syyllisyysvastuuseen, on kohtuusperiaatteen

---

[57] Viittaan tältä osin arvo- ja tavoiteperiaatteita koskevaan esitykseen (ks. edellä jaksot B.1.2.3. ja B.3.2.1.). Reaalinen tavoiteargumentti siis oikeuttaa poikkeamaan keskimääräiskohtelusta, koska näyttö rangaistuksen edullisista vaikutuksista (mikä on harvinaisempaa) tai haitallisista vaikutuksista (mikä on normaalitilanne) on harvinaisen pitävä. Reaalisesta arvoargumentista—eli tämän esityksen termein kohtuusargumentista—on kyse, milloin rangaistuksen tuottama *kärsimys* on keskimääräisestä poikkeava. Tämän eron sivuuttaminen on osasyy useampiin armoa ja kohtuusperiaatetta koskeviin sekaannuksiin (*Murphy* 1986 s.11 ss), mutta kielii myös sen tekemisen vaikeuksista. Olennaista ei ehkä niinkään ole po. periaatteiden ja argumenttien *ero*, vaan niiden välinen *yhteys*.

mahdollisuuden ehtona yleispäteviin ja abstrakteihin normeihin rakentuva järjestelmä.

3.4. Kohtuusnäkökokohdat rangaistuksen mittaamisperusteina

Kohtuusnäkökohdat tulevat osana reaalista argumentaatiota sovellettaviksi ensisijassa tilanteissa, joissa ylemmät lähteet vaikenevat. Tätä järjestystä on lainsäätäjän toimesta muutettu osaksi siten, että määrätyt *sanktiokumulaatiotapaukset* on tunnustettu laintasoisiksi mittaamisperusteiksi (RL 6:4). Seuraamusten kasautuminen ei toisaalta edusta ainoata mittaamisessa vaikuttavaa kohtuusnäkökohtien ryhmää. Asian luonteesta kuitenkin seuraa, ettei muita ratkaisussa vaikuttavia perusteita ole mahdollista ennakolta täsmälleen nimetä. Onhan kyse perusteista, joiden tarve pohjaa juuri siihen, ettei asioita kyetä ennakolta vangitsemaan yleisin säännöin. *Jotakin* näistä perusteista voidaan jo nyt esitetyn perusteella kuitenkin sanoa.

Kaikkia kohtuusperusteita yhdistää kolme seikkaa: (1) ne vaikuttavat aina syytetylle edulliseen suuntaan, (2) ne liittyvät aina enemmän tai vähemmän poikkeuksellisiin olosuhteisiin -kovin usein esiintyvät tilanteet olisikin mahdollista sisällyttää jo sääntömääräisen, yleistävän oikeudenmukaisuusvaatimuksen alaan - ja (3) ne liittyvät aina konkreettisen *rangaistuksen* vaikutusten ja ankaruuden arviointiin. Kyse ei siis niinkään ole *rikoksen*, vaan pikemminkin *rangaistuksen* arvottamisesta. Kohtuusarvostelussa rangaistuksen ankaruus taas arvioidaan sen mukaan, kuinka tuomittu sen kokee. Näin selittyy myös se, että kohtuusperusteet liittyvät yleensä *tekijän henkilöön ja hänen poikkeuksellisiin oloihinsa*.

D. YLEISPREVENTIO — TOIMINTA JA TEHOKKUUS

1. Johdanto

1.1. Preventiolajit — yleis- ja erityispreventio

Preventiolla tarkoitetaan alustavasti mitä hyvänsä rangaistuksella (rangaistusuhalla, tuomitulla tai täytäntöönpannulla rangaistuksella) tavoiteltua, rikolliseen käyttäytymiseen liittyvää (esim. rikoksia vähentävää, niitä lieventävää tai siirtävää) vaikutusta.[1] Sen mukaan, kohdistuuko rangaistuksen vaikutus yhteiskunnan jäseniin yleensä vai yksin toimenpiteen kohteena olevaan henkilöön erotetaan toisistaan rangaistuksen yleisestävä ja erityisestävä vaikutus.[2]

Yleispreventiolla tarkoitetaan normaalisti rangaistuksen, rangaistuksen tuomitsemisen, sen täytäntöönpanon tai lakiin sisältyvän rangaistusuhan ennalta estävää vaikutusta kansalaisiin yleensä. Kotimaisessa kriminologiassa yleisprevention syntykanaviksi erotetaan (a) pelotusvaikutus, (b) normien sisäistäminen ja (c) ryhmänormeja vahvistava vaikutus (esim. *Anttila-Törnudd* 1983 s.146).

Erityispreventio tarkoittaa rangaistuksen vaikutusta rangaistuun itseensä. Vaikutuskanavien kuvauksissa turvaudutaan tavallisesti von Lisztiltä periytyvään kolmijakoon varoitus, parannus ja vaarattomaksi tekeminen. *Varoitusvaikutus* on välitön vaikutus ". . . asianomaisen henkilön tahdonmuodostukseen . . . esimerkiksi siten, että rikoksentekijää uhataan uudella seuraamuksella, jos rikos toistuu. . ." (*Anttila-Törnudd* 1983 s.160). Ajatellaan, että tekijä pidättäytyy uudesta rikoksesta tätä seuraavan rangaistuksen pelosta. Tä-

---

[1] Määrittely on tarkoituksellisen löyhä ja vastaa lähinnä *Andenaesin* varhaisempaa luonnehdintaa yleisestävyydestä ". . . as the restraining influences emanating from the criminal law and the legal machinery. . ." (*Andenaes* 1974 s.34). Kuten *Christie* kritiikissään totesi, määrittely sisältää muun ohella myös erityisestävyyden (*Christie* 1971 s.58).

[2] Erottelu perustuu siis populaatioiden poikkeavuuteen. Jakoa onkin kritisoitu sillä perusteella, ettei se osoita eroja varsinaisissa toimintamekanismeissa (*Zimring-Hawkins* 1973 s.72-73 ja 226). Esityksen runko nojaa perinteiseen jakoon lähinnä pedagogisista syistä. Eri yhteyksissä on lisäksi otettu huomioon muut mahdolliset ryhmittelyt, milloin siitä on ollut apua.

mä vastaa asiallisesti yleisprevention pelotusvaikutusta (samansuuntaisesti *Honkasalo* I s.26 ja *Bratholm* 1980 s.128). *Sopeuttaminen* pyrkii käyttäytymistottumusten ja asenteiden syvempään muuttamiseen yhdistämällä rangaistukseen esimerkiksi opetusta, ja erilaisia hoitotoimenpiteitä jne (*Anttila-Törnudd* 1983 s.160). *Vaarattomaksi tekeminen* voi tapahtua esimerkiksi eristämällä henkilö joko pysyvästi tai väliaikaisesti yhteiskunnasta, jolloin hän menettää mahdollisuutensa rikosten tekemiseen esimerkiksi juuri vapaudenmenetyksen ajaksi (esim. *Anttila-Törnudd* 1983 s.160 ja *Bratholm* 1980 s.127). Vaarattomaksi tekeminen eroaa kahdesta ensin mainitusta siinä, ettei kohteena ole tekijän motivaatio vaan fyysiset kyvyt - ihmisen itsensä ratkaistavissa ei ole, noudattaako hän lakia vai ei. Käytetyn kolmijaon sijasta erityispreventiota olisikin ehkä syytä tarkastella erottamalla yhtäältä mekanismit, joiden otaksutaan vaikuttavan tekijän *motivaatioon*, ja keinot, joilla vaikutetaan *suoraan tosiasiallisiin rikoksentekomahdollisuuksiin* (samoin *Lahti* 1976a s.256).

1.2. Eräitä täydentäviä jaotteluja

Rangaistukset voivat vaikuttaa ihmisten käyttäytymiseen monella tavoin. Rikoksista pidättäytyminen on vain yksi sanktioiden mahdollisista vaikutuksista. Paitsi vähentää rikoksia, rangaistus voi *lisätä*[3] rikoksia, ohjata potentiaalit rikoksentekijät saman rikoksen lievempiin muotoihin tai toisentyyppisiin rikoksiin, siirtää tekojen suorittamista myöhempään ajankohtaan tai toiselle paikkakunnalle jne. Vaikutus voidaan eriyttää myös *henkilöittäin*. Rangaistus voi vaikuttaa kaikkiin tai vain määrättyihin henkilöihin. Seuraavassa on tarpeen pitää mielissä ainakin kolme prevention "alatyyppiä".[4]

Marginaalipreventio: Kyse on siitä vaikutuksesta, joka saavutetaan *rangaistuksia määrätasolta nostettaessa tai laskettaessa*. Vastakohta (*absoluuttinen prevention*) mittaa preventioeroja, kun vaihtoehtoina on rankaiseminen/rangaistuksetta jääminen. Mittaamisessa operoidaan aina marginaaliprevention ehdoin.

Henkilöllisesti valikoiva preventio: Etenkin relatiivisen rangaistusarvon yh-

---

[3] Ns. "kielletyn hedelmän vaikutus" ("forbidden fruit effect", *Zimring-Hawkins* 1973 s.92 ss).

[4] *Beyleveld* erottaa teoksessaan toistakymmentä prevention "alalajia". ks. *Beyleveld* 1980 s.XIX-XXIII (mm. absoluuttinen/marginaalinen, netto/brutto, totaalinen/osittainen, henkilöllisesti/tekokeskeisesti rajoittava, henkilöllisesti/tekokeskeisesti korvaava, muuntava/siirtävä preventio jne). Tekstissä on otettu käyttöön vain tässä esityksessä tarpeelliset alaryhmitykset.

teydessä tulee pohdittavaksi, missä määrin rangaistusuhkien eriyttäminen vaikuttaa *tietyn henkilöryhmän* käyttäytymiseen.

Rikoskohtaisesti valikoiva preventio: Tämäkin liittyy ensi sijassa törkeysarvosteluun. Harkittavana on missä määrin tietyt teot ovat muita paremmin tai huonommin ehkäistävissä.

Erottelut eivät ole vaihtoehtoja jaolle yleis-/erityispreventio. Ne liikkuvat loogisesti toisella tasolla. Molempien preventiolajien yhteydessä on siten mahdollista puhua marginaalipreventiosta, sekä henkilöllisesti tai rikoskohtaisesti valikoivasta preventiosta.

1.3. Empiirinen, normatiivinen ja formaalinen näkökulma

Preventioteorioitten tarkastelussa on tehtävä ero normatiivisen, formaalisen ja empiirisen teorian välillä.[5] Preventio *empiirisenä* kysymyksenä palautuu tosiasioita koskeviin havaintoihin. Se selvittää, missä määrin preventio todella toteutuu, mitkä seikat vaikuttavat sen onnistumiseen jne. Voidaksemme tarkastella empiriaa tulee meillä jo olla *apriorinen formaalinen teoria* siitä, mitä preventio on tai mitä sen tulisi olla.[6] Empiirinen tieto on näin riippuvainen formaalisesta teoriasta. *Normatiivinen* näkökulma esittää suosituksia siitä, kuinka preventiota tulisi tavoitella ja mikä paino näille argumenteille eri tilanteissa olisi annettava. Tällaiset suositukset edellyttävät nekin ennakollista eksplikoitua formaalista teoriaa. Prevention tulee olla määritelty, sen kriteerien ja ehtojen tulee olla selvitettyinä. Tämä on välttämätöntä, jotta rationaalinen ar-

---

[5] Myös *Andenaes* tarkastelee yleispreventiota erikseen empiriaa ja arvoja koskevana ongelmana (*Andenaes* 1977 s.62). *Hassemer* erottaa eettisen ja empiiris-metodologisen, *Vandberg* ja *Zimring-Hawkins* vuorostaan normatiivisen ja empiirisen aspektin (*Hassemer* 1979 s.39, *Vandberg* 1982 s.7 ja *Zimring-Hawkins* 1973 s.45). Moraalisen ja normatiivisen näkökulman sivuuttamisesta on esimerkkinä *Elwin* ym 1975: "Vidare anser jag att problemet med allmänpreventionen bör inte formuleras i *moraliska* termer, lika litet som man bör definiera straffsystem som mer eller mindre moraliska. Det finns inga moraliska teorier eller system, bara teorier och system som mer eller mindre väl återspeglar samhällets produktionssätt" (*Elwin* ym 1975 s.236).

[6] Prevention määritelmän nojalla ratkeavat ne olosuhteet, joiden tulee olla täytetyt, jotta preventiivinen vaikutus syntyisi. Nämä prevention aprioriset kriteerit ovat samalla tunnusmerkkejä, joiden nojalla voimme lukea tietyn vaikutuksen juuri prevention tiliin. Esimerkiksi pelotusvaikutuksen ("ehkäisy rikosta seuraavien ulkoisten sanktioiden synnyttämän pelon avulla") syntyyn vaaditaan tieto sanktioista, tieto rikoksesta, käsitys siitä, että sanktiot ovat epämiellyttäviä, hyötylaskelma jne. Nämä kriteerit ovat käsitteellisesti muodostettavissa määritelmän nojalla. Toisaalta ne myös jälkikäteen selittävät tietyn vaikutuksen juuri prevention kautta syntyneeksi (ks. *Beyleveld* 1980 s.xxv ja xli).

gumentointi teorian puolesta (ja sitä vastaan) olisi mahdollista. Toiseksi normatiivinen teoria edellyttää *tosiasiatietoa* ja *empiirisiä todistuksia*. Teoria esittää hyväksyttäväksi tiettyjä kriminaalipoliittisia ratkaisuja määrättyjen seurannaisvaikutusten vuoksi. Teorian argumenttiarvo on tällöin riippuvainen siitä, vastaako todellisuus teoriaan sisältyviä oletuksia ja lupauksia. Tämän ohella tulee olla tieto siitä, missä määrin on mahdollista vaikuttaa niihin olosuhteisiin ja manipuloida niitä muuttujia, jotka ovat preventiovaikutuksen syntymisen ehtona.[7]

Normatiivisen, empiirisen ja formaalisen näkökulman yhteys on siinä, että empirian tarkastelu edellyttää (apriorista formaalista) teoriaa siitä, kuinka preventio mahdollisesti syntyy ja toimii. Formaaliset käsitteet ovat tarpeen myös normatiivisia suosituksia esitettäessä. Normatiivisen teorian argumenttiarvo riippuu toisaalta siitä, syntyykö preventio odotetulla tavalla.

1.4. Tarkastelun jäsennys

Valtaosa preventioon liittyvästä teoreettisesta ja empiirisestä problematiikasta koskee yleisprevention eri muotoja. Tämän preventiolajin relevanssi on myös mittaamisen kannalta pulmallisin. Toisin kuin erityispreventiota koskeva tieto, yleisestävyyden toimintaa koskevat tutkimustulokset harvemmin soveltuvat sellaisenaan suoraan mittaamistason päätöksenteon pohjaksi. Tuloksia on ts. *tulkittava* ottaen huomioon yleisprevention eri toimintamekanismit, prevention ehtojen täyttyminen, empiirisiin tutkimuksiin liittyvät epävarmuustekijät, sekä tarkastelukulmien yleistasossa olevat erot. Yleisprevention teoreettiset ja empiiriset ongelmat edellyttävät siten laajempaa erillistarkastelua.

2. Yleispreventio I — Teoria

2.1. Syntytavat

2.1.1. Pelotusvaikutus

Pelotusvaikutus saavutetaan, kun rangaistukset — lain rangaistusuhat tuomitut tai täytäntöönpannut rangaistukset — vaikuttavat suoraan potentiaalisten

[7] *Beyleveld* käyttää tästä nimitystä "ennustepreventio" ("Prediction prevention"). Ennusteteoria pyrkii erittelemään niitä sosiaalisia ja yhteiskunnallisia olosuhteita, jotka vuorostaan määräävät ja sääntelevät prevention syntyyn vaikuttavien kriteerien esiintymistä. Teoria selittää ja ennustaa niitä muuttujia, jotka siis vaikuttavat prevention ehtoihin (*Beyleveld* 1980 s.xli).

rikoksentekijöiden motivaatioon. Teorian altistaa kritiikille oletus hyötyjä ja haittoja rationaalisesti punnitsevasta rikollisesta.[8] Kriminologinen tieto osoittaa rikoksentekijöiden suurelta osin toimivan olosuhteissa, joissa etujen ja haittojen tietoinen vertailu harvoin tulee kysymykseen.

> Pelotuspreventiota arvioitaessa on muistettava, että aikana, jolloin Feuerbach loi psykologisen pakkoteoriansa, yhteiskunnalliset ja sosiaaliset olot poikkesivat huomattavasti nykyisistä. Taloudellinen turvallisuus oli olennaisesti riippuvainen yksittäisistä ja välittömästi hyödynnettävistä tavaroista. Näissä oloissa varastaminen - tuon ajan perusrikos — saattoi hyvinkin olla rationaalinen tapa pysyä hengissä. Tänään taloudellinen turva rakentuu muiden tekijöiden varaan, eikä varastamisella kyetä turvaamaan, sen enempää kuin uhkaamaankaan kenenkään taloudellista perusturvallisuutta. Oltuaan esim. vielä 1800-luvulla osa rationaalista käyttäytymistä, varastamista ei tänään ainakaan taloudellisen hyödyn kannalta voi pitää erityisen tavoiterationaalina käyttäytymisenä. Varastaminen on huono toimeentulon lähde (ks. *Aromaa* 1983 passim), eivätkä tämän elämäntavan valinneet useinkaan kykene toimiensa järkiperäiseen suunnitteluun. Samalla rationaalisia rikoksentekijöitä pelottamaan säädetyt 1800-luvun peloterangaistukset ovat hyvinkin saattaneet menettää vielä viime vuosisadalla mahdollisesti vaikuttaneen tehonsa (ks. *Aubert* 1970 passim ja *Mäkelä* 1975 s.254-255).

2.1.2. Moraalia luova vaikutus ja arvojen priorisointi

Normeja sisäistävä ja moraalia luova vaikutus nojaa emotivistisen arvoteorian ideaan arvostelmien tunnemerkityksestä sekä näiden kyvystä vaikuttaa ihmisten asenteisiin ja valintoihin. Säätämällä jokin teko rangaistavaksi osoitetaan siis menettelyn moitittavuus. Teko saa kielteisen moraalisen värityksen ja sitä aletaan pitää hylättävänä. Sen tekemistä ei vältetä niinkään rangaistuksen pelon, kuin teon sisäisen laadun vuoksi (ks. esim. *Anttila-Heinonen* 1977 s.80-81 ja emotivismista *Stevenson* 1944 s.402 ss).

Jos tarkastelu siirretään moraalia luovalla vaikutuksella saavutettavista *käyttäytymismuutoksista* niihin *arvoihin ja asenteisiin*, jotka käyttäytymistä oh-

---

[8] Sillä, vastaako oletus kaikilta osin esim. Beccarian, Feuerbachin ja englantilaisten utilitaristien ajatuksia, ei tässä ole merkitystä (näin on tulkinnut Feuerbachia *Honkasalo* I s.24-25 viitteineen, toisin *Backman* 1976 s.76-77 ja alav. 109). Käytäntöön sovellettuna teoria nojaa tällaiseen oletukseen. Ainakin Benthamin argumentointi olettaa tekijän tietoisesti punnitsevan rikoksen tuottamia etuja ja haittoja (vrt. esimerkiksi vaatimus rikoksen tuottaman mielihyvän ja rangaistuksella aiheutetun kärsimyksen suhteellisuudesta, *Bentham* 1982 s.38—41 ja 165 ss).

jaavat, voidaan välillisestä preventiosta erottaa rikoslain ja rangaistusten *arvoja priorisoiva* funktio. Asiasta kirjoittanut *Mäkelä* erottaa kuitenkin arvojen priorisoinnin puhtaista tarkoituksenmukaisuus- ja tehokkuusnäkökohdista: ". . . Men straffrätten . . . är inte enbart teknokratiska medel för att påverka beteenden. Straffrätten är ett uttryck och ett instrument för den officiella samhälleliga moralen . . . ett instrument för att optimera allokeringen av samhällets resurser till moraliska ogillande." (*Mäkelä* 1973 s.15). Yhteiskunnan arvojärjestyksen muovaamisen ohella ne vahvistavat heijastamaansa moraalijärjestelmää:"Dess uppgift är dessutom att reproducera själva den officiella moralen och därigenom sig själv, alltså upprätthålla sig själv" (*Mäkelä* 1975 s.277). Kun rangaistusjärjestelmän päämääränä ei enää olisi ". . . rikosten ehkäisy vaan julkisen painokertoimen määrääminen arvoille, joita on erityisesti suojattu rikoslaissa. . .", ei *Christien* mielestä enää myöskään olisi kyse yleisestävyydestä vaan moraalista. Moraalista taas tulisi empiiristen analyysien sijasta keskustella moraalisella tasolla (*Christie* 1983 s.24).

Arvopriorisoinnin lukeminen moraalin alaan kuuluvaksi ei käsittääkseni sulje keskustelusta laajasti ymmärrettäviä tavoiterationaalisia argumentteja. (ks. edellä II.C.3.2.3). Sekä moraalin että oikeusjärjestyksen tulee täyttää määrätyt kriteerit (moraalin puolella näitä nimitetään kriittisen moraalin periaatteiksi). Arvojen priorisoinnin tulee tähdätä kriittiset tarkastelut kestävän arvojärjestelmän muovaamiseen - ei yksin vallitsevien arvojen vahvistamiseen. Tällainen moraalijärjestelmä tähtää elämisen laadun kohottamiseen. Näin myös arvojen priorisointi on liitettävissä osaksi laajempaa tarkoituksenmukaisuusargumentointia. Tavoitteena on sisällöltään hyväksyttävän, elämisen laatua kohottavan moraalijärjestelmän luominen ja tukeminen.

2.1.3. Tapaa luova ja ryhmänormeja vahvistava vaikutus

Kolmantena yleisestävän vaikutuksen syntykanavana erotetaan kotimaassa ryhmänormeja vahvistava vaikutus. Muissa pohjoismaissa puhutaan rangaistuksen tapaa luovasta vaikutuksesta. Jälkimmäistä ei kuitenkaan pidetä varsinaisesti itsenäisenä syntymekanismina, sillä tavan noudattaminen edellyttää jo ennakollista mallia, joka on vuorostaan voinut syntyä vain pelotuksen tai moraalia luovan vaikutuksen kautta (näin *Andenaes* 1977 s.66-67 vrt. kuit. sama 1974 s.8, ks. myös *Bratholm* 1980 s.122-123). Tapaa luovan vaikutuksen erottaminen onkin perusteltua lähinnä pedagogisista syistä. Näin saadaan eräässä mielessä esille se lopputulos, johon järjestelmän käyttö tähtää. Huomattava osa arkikäyttäytymisestämme perustuu normien refleksinomaiseen seuraami-

seen.[9] Noudatamme sääntöjä ajattelematta niiden sisältöä sen enempää kuin käyttäytymisen moraalista kvaliteettiakaan.[10]

Tapaa luovan vaikutuksen asettaminen erilliseksi syntykanavaksi on siis teoreettisesti tarpeetonta — siitä huolimatta, että näin annetaan adekvaatti kuvaus lainnoudattamisen todellisesta luonteesta ja mallista. Sama pätee ryhmänormeja vahvistavaan vaikutukseen, siihen katsomatta, millaiseksi sen ja tapaa luovan vaikutuksen suhde hahmotetaan.[11]

2.2. Yleisprevention edellytyksistä

2.2.1. Välitön yleispreventio

Yleisestävän vaikutuksen synty edellyttää teoriassa tietoa siitä, mikä on rangaistavaa, millä varmuudella ja kuinka ankarasti. Preventioehdoiksi nimetään yleensä (1) normituntemus (tieto säännösten sisällöstä), (2) sanktiovarmuus (käsitys siitä, millä varmuudella joutuu rangaistuksi) ja (3) sanktioankaruus (kysymys rangaistusten ankaruudesta, ks. *Anttila-Heinonen* 1977 s.81-83).[12]

---

[9] Tässä on kiinnostava analogia *von Wrightin* erotteluun intentionaalisen ja institutionaalisen käyttäytymisen välillä. Pelotusvaikutuksesta käyttäytyvä toimii intentionaalisesti, kun taas normin seuraaminen tavan voimasta on osa institutionaalista käyttäytymistä (ks. *von Wright* 1986 s.51 ss). Se mitä von Wright toteaa institutionalisoidun käyttäytymisen oppimisesta (mts. s.54 ss), vastaa myös tekstissä esitettyä.

[10] Esimerkkinä voidaan mainita vaikkapa armeijan käyttäytymissäännöt. Kun normit on opittu, noudatetaan niitä automaattisesti, myös tilanteissa, joissa ilmitulon vaaraa ei ole. Oppiminen on kuitenkin pohjannut alun alkaen pelotusvaikutukseen. Auktoriteettiperusteen kadotessa katoavat myös käyttäytymismallit verraten nopeasti (kuka asepalveluksen suorittanut päättää esim. puhelun sanomalla "loppu"). Silloinkin kun toiminta on muuttunut automaattiseksi, tarvitsee se sellaisena pysyäkseen useassa tapauksessa taakseen jatkuvan auktoriteetin, ellei sitä muista (sisäistetyistä) syistä pidetä hyväksyttävänä.

[11] Esim. Lahti samastaa viimeksi mainitut (*Lahti* 1974 s.65 av. 76). Tällöin ryhmänormeilla tarkoitettaneen "tapanormeja", normeja, joita noudatetaan tavan voimasta. Tilanne muuttuu, jos niillä tarkoitetaan normeja, joihin henkilö on sidottu ryhmän jäsenenä. Tällaista normia, esim. henkilön velvollisuus jalankulkijana olla kävelemättä päin punaista valoa, voidaan noudattaa joko pelosta (muiden jalankulkijoiden moite), normien sisäistämisen (reilu peli muita vastaavassa asemassa olevia kohtaan) tai puhtaan tottumuksen voimasta. Palaudutaan siis prevention yleisiin syntymekanismeihin.

[12] Edellytyksistä puhuminen, etenkin milloin se vie ajatukset toisistaan riippumattomiin ja rinnasteisiin määrätyn tapahtuman välttämättömiin tai riittäviin ehtoihin, on jossain määrin harhauttavaa. Kyse on pikemminkin prevention *voimakkuuteen* kuin sen *syntyyn* vaikuttavista *asteikollisista tekijöistä*. Ei ole määrättyä sanktioankaruutta tai tiettyä kiinnijoutumisriskiä, joka synnyttää prevention. Näiden molempien *astevaihtelut* sen sijaan vaikuttavat syntyneen prevention voimakkuuteen.

Rangaistuksilla pelottaminen perustuu otaksumaan, että epämiellyttävien kokemusten välttäminen on määrätilanteissa ratkaiseva käyttäytymistämme ohjaava motiivi. Mitä epämiellyttävämpiä ja vältettävämpiä odotettavissa olevat seuraukset ovat, sitä suuremman painon me niille toimintaan vaikuttavina motiiveina annamme. Pelotusprevention suuruutta määrittävä ensimmäinen prima facie sääntö kuuluu siis: "Mitä ankarampi rangaistus, sitä tehokkaampi pelote."

Rangaistuksen motivoiva vaikutus ei perustu kuitenkaan yksin seuraamuksen epämiellyttävyyteen, vaan ennen kaikkea siihen, että käyttäytymiseen liittyy joko *varmuudella* tai määrätyllä *todennäköisyydellä* epämiellyttäväksi mielletty seuraamus. *Sanktiovarmuus* on siten erottamaton osa preventiota. Täällä pätee prima facie sääntö, "mitä todennäköisempi rangaistus, sitä tehokkaampi preventio".

Preventiovaikutus syntyy sanktioankaruuden ja sanktiovarmuuden yhteistuloksena. Molemmat ovat ehtoina rinnasteisia sikäli, että ne liittyvät *kontrollikoneiston piirteisiin*. Normituntemuksen subjektina on sen sijaan yleisö. Kyse on siitä *tiedosta ja käsityksestä*, joka yleisöllä on teon rangaistavuudesta, kiinnijoutumisriskistä ja sanktioiden tasosta. Kontrollikoneistoon liittyvien ehtojen vastakohtana voidaan puhua prevention *kognitiivisista edellytyksistä*.

Normituntemusta on usein tarkasteltu suhteessa käyttäytymisen rangaistavuuteen yleensä (ks. tutkimuksista *Anttila-Törnudd* 1983 s.157-158). Vaikka tieto rangaistavuudesta on prevention minimiedellytys, on ainakin traditionaalisessa rikollisuudessa tieto säännösten soveltamisesta ja sanktioiden ankaruudesta tärkeämpää (ks. myös *Andenaes* 1975 s.35). Normituntemuksen voi siten katsoa kohdistuvan kolmeen tekijään, tietoon: (1) teon rangaistavuudesta, (2) kontrollijärjestelmän toiminnasta ja sanktiovarmuudesta sekä (3) sanktioankaruudesta. Onkin parempi puhua *normi- ja sanktiotuntemuksesta.*

2.2.2. Välillinen preventio

Välillistä ja välitöntä preventiota ei yleensä eroteta ehtojen tasolla, vaikka tähän syntymekanismien erojen vuoksi olisi ehkä aihetta. Välillisen prevention omiksi ehdoiksi voidaankin asettaa, (1) että rangaistuksen langettaja koetaan auktoriteetiksi ja järjestelmä legitiimiksi, (2) että rangaistus mielletään moitteeksi, ja (3) että teot, joihin rangaistus liitetään vähitellen mielletään paheksuttaviksi ja hylättäviksi.

Mitä suurempi auktoriteetti rangaistuksen määrääjällä (moraaliarvostelman lausujalla) on, sitä voimakkaammaksi muodostuu moraalia luova vaikutus (ks.

myös *Ekelöf* 1942 s.25 ss). Näin päädytään siihen, että vain legitiimiksi koettu järjestelmä johtaa integraatiovaikutukseen. Toiseksi rangaistukset tulee kokea moitteena - neutraaleilla hoitotoimenpiteillä ei ole vaadittavaa moraaliarvostelman tunnemerkitystä. Nämä ehdot yhdessä johtavat kolmanteen, tekojen kokemiseen moraalisesti paheksuttaviksi.[13]

Välillinen ja välitön preventio ovat toisiinsa eräänlaisessa seurannaissuhteessa. Alun alkaen välittömällä preventiolla ylläpidetyt kiellot rakentuvat normien sisäistämisen myötä vähitellen välillisen prevention varaan. Välittömän prevention ehdot ovat tässä mielessä tärkeitä myös välillisen prevention toteutumisessa. Sanktioankaruuden osalta täällä päteekin vastaava prima facie sääntö: "The heavier the punishment, the stronger the disapproval" (*Andenaes* 1974 s.118 ja 25). Myös sanktiovarmuus edistää prevention toteutumista. Tehokkaasti voimaan saatettu järjestelmä koettaneen uskottavammaksi ja tasapuolisemmaksi kuin rikoksentekijöitä sattumanvaraisesti vastuuseen saattava koneisto. Sanktiovarma järjestelmä tunnustetaan helpommin legitiimiksi.

Rangaistustason osalta välillinen preventio edellyttää siis vastaavuutta oikeustajunnan kanssa. *Mittaamisperusteiden* kannalta vuorostaan vaaditaan rikoksen ja rangaistuksen kytkemistä yhteen tavalla, joka korostaa rikoksen moitittavuutta, ei ihmisten toimintaa tulevaisuudessa. On osoitettava, mikä rikoksessa antoi aiheen juuri tällaisen rangaistuksen muodossa esitettyyn moitteeseen. Mahdollisuus teon moraaliseen leimaamiseen ja tekojen eriasteisen moitittavuuden osoittamiseen menetetään, jos ratkaisut motivoidaan pyrkimyksin tulevaisuudessa vaikuttaa muiden käyttäytymiseen (ks. erityisesti *Christie* 1974 s.291—296). Tähän liittyen on luonnollisesti edellytettävä, että ratkaisujen perusteet myös tuodaan esiin. Mittaaminen ja törkeysarvostelu olisi *perusteltava*.

2.3. Preventioehtojen tulkintaa - yleisiä huomautuksia

2.3.1. Sanktiovarmuudesta ja -ankaruudesta

Sanktioankaruuden (ja -varmuuden) sekä preventiotehon suhteet voivat teoriassa vaihdella lineaarisesta (samaa ankaruuslisää vastaa saman suuruinen pre-

[13] Nämä syntyedellytykset voidaan tulkita myös integraatioprevention syntytavoiksi. Esim. Andenaes ja Zimring-Hawkins erottavat välillisen prevention syntymekanismeiksi tilanteet, joissa lain noudattaminen on seurausta korostetusti oikeusjärjestystä kohtaan tunnetusta arvonannosta sinänsä (Respect of formal law) sekä vaikutuksen, joka syntyy nimenomaan siitä, että tekoihin liitetään moraalisesti kielteisiä ja ikäviä seurauksia (*Andenaes* 1974 s.114 ja 118 sekä *Zimring-Hawkins* 1973 s.81-82). Kolmantena vaikutusmuotona on ran-

ventionlisäys) kohoavaksi tai laskevaksi käyräksi (preventio lisääntyy nopeammin tai hitaammin suhteessa sanktioankaruuden tai -varmuuden muutoksiin). Arkikokemuksen mukaan suhde vastaa todennäköisimmin S-käyrää. Kovin alhaisen eikä kovin korkean sanktiotason tai -varmuuden muutoksilla ei siis olisi preventiivistä merkitystä. Ryöstörangaistusten korottaminen 10:stä 15 päiväsakkoon tai näpistysrangaistusten laskeminen 6:sta 4 vuoteen vankeutta tuskin vaikuttaisi po. rikosten määrään. Ala- ja yläkynnysten väliin sijoittunee kuitenkin alue, jonka rajoissa tehdyt muutokset ovat ainakin teoriassa preventiivisesti merkittäviä (ks. *Beyleveld* 1980 s.78-79). Tämä pätee myös sanktiovarmuuteen.

Jos ehtojen ja preventiotuloksen suhde oletetaan S-käyräksi, ei preventioteho voi olla ehtojensa aritmeettinen summa.[14] Tämähän edellyttäisi, että preventioteho lisääntyy rangaistuksia korotettaessa, vaikka kiinnijääminen olisi käytännössä mahdotonta. Yhtälailla on selvää, ettei kiinnijoutumisriskin lisääminen voi tehostaa preventiota, mikäli sanktioita ei pidetä edes epämiellyttävinä (ja sanktioankaruus on siis 0). Preventiovaikutusta voikin havainnollistaa vertauksin suorakulmion alaan. Samalla tavoin kuin suorakulmion ala määräytyy sivujen pituuden ja leveyden tulona, yleisprevention tehon määrää sanktioankaruuden ja -varmuuden tulo. Ehtojen ja preventiovaikutuksen yhteyden muoto (S-käyrä) kuitenkin estää yhteisvaikutuksen tarkemman ennakollisen vahvistamisen. Rangaistusten ankaruuden ja kiinnijoutumisriskin vaihtelun preventiivisistä vaikutuksista tehtävät "varmat" päätelmät olisikin rajoitettava kulloinkin tutkitun sanktiotason ja kiinnijoutumisriskin muutosten yhdistelmiin (*Beyleveld* 1980 s.79-83).

2.3.2. Kognitiiviset edellytykset - normi- ja sanktiotuntemus

a) *Yleistä.* — Yleisö hankkii sekä kontrollijärjestelmää että rikollisuutta koskevat tietonsa lähinnä lehdistä sekä sähköisten tiedotusvälineitten kautta. Tiedotus keskittyy rikoksiin, joten kontrollijärjestelmää, lainsäädäntöä ja rangaistustasoa koskeva tietämys on yleensä heikkoa (ks. esim. *Kutchinsky* 1972 s.16). Tästä ei ensinäkemältä välttämättä ole haittaa, sillä normituntemukselle ase-

---

gaistuksen kyky tavallaan "ravistella" ihmisten moraaliset käsitykset hereille ja muistuttaa heitä teon moraalisesti hylättävästä luonteesta ("Criminal law as a moral eye opener", *Andenaes* 1974 s.116-117 ja *Zimring-Hawkins* 1973 s.83). Tämänkin kolmijaon takaa paljastuu huomion kiinnittäminen vuoroin rangaistuksen langettajan asemaan, itse rangaistukseen ja kolmanneksi rikoksen moitittavaan luonteeseen.

[14] Eri vaihtoehdoista ks. tarkemmin *Beyleveld* 1980 s.76 ss.

tetaan yleisesti varsin löyhät vaatimukset. Tärkeimmäksi on katsottu yleiskuvan saaminen rangaistavan ja rankaisematta jäävän suhtautumisen rajoista sekä rangaistussäännöksen ankaruudesta (näin *Anttila-Heinonen* 1977 s.81). Tarkasteltaessa kysymystä hieman analyyttisemmin käy ilmeiseksi, että optimaalinen tiedon taso vaihtelee tiedon kohteen ja oletetun preventiokanavan mukaan.

b) *Rangaistavuus.* — Pidettäessä silmällä moraalia luovaa vaikutusta riittää, että tekijä oivaltaa teon moraalisesti paheksuttavaksi. *Pelotusprevention* kannalta tilanne on toinen. Jotta henkilö voisi rangaistuksen pelosta pidättäytyä määrätystä teosta, on hänen miellettävä, että juuri tuo teko on kielletty, ja että laki siitä myös säätää rangaistuksen. On oltava tieto sekä normeista (rangaistavuudesta) että tosiasioista (että teko on sellainen kuin laki tarkoittaa).

Jos lähtökohtana on yksin pelote ja tarkoituksena on vain tunnusmerkistön muodolliset ehdot täyttävien tekojen ehkäisy, lienee perusteltua vaatia mahdollisimman tarkkaa tietoa. Jos tahdotaan ehkäistä myös tunnusmerkistössä tarkoitettuja tekoja läheisesti muistuttavia tekoja, saattaa epämääräisempi tieto olla eduksi sikäli, että ihmiset pidättäytyisivät myös rikosta läheisesti muistuttavista teoista "varmuuden vuoksi". Koska preventio toimii muutoinkin kuin pelotteena, melko summittainen tieto lain sisällöstä riittänee.[15]

c) *Sanktiovarmuus- ja ankaruus.* — Sanktioankaruuteen pätee prima facie: mitä ankarammaksi potentiaalinen tekijä rangaistuksen mieltää, sitä tehokkaampi pelotepreventio. Integraatioprevention kannalta rangaistukselta ei edellytetä ankaruutta vaan oikeudenmukaisuutta (= vastaavuutta empiirisen oikeustajunnan kanssa).

Sanktiovarmuuden kasvu (subjektiivinen kiinnijoutumisriski) lisää preventiotehoa ilman tulkintavaraumia. Koettuun riskiin vaikuttavat ennen kaikkea omakohtaiset kokemukset järjestelmän toiminnasta.[16] Kiinnijääminen ja tuomituksi tuleminen korottavat riskiarviota. Rikokseen syyllistyminen kiinni jää-

---

[15] Tarkasteltavalla prevention ehdolla on suurin käytännön merkitys nopeasti kertyvien hallinnollisten kriminalisointien kohtelussa. Nämä teot ovat moraalisesti neutraaleja, eikä tapaa ole kehittynyt, joten preventio nojaa puhtaaseen pelotteeseen. Vaadittaisiin siis verrattain tarkkaa normituntemusta. Kuitenkin juuri tällä alalla normituntemus on puutteellisin. Preventioehdot eivät toisin sanoen toteudu ja rangaistuksen käyttö on vailla preventiivistä oikeutusta. Tilanteessa on kaksi vaihtoehtoa: katsoa, että preventio ei vaadikaan tarkkaa tietoa (jolloin justifikaatio pelastetaan ja rangaistuksen käyttö todistetaan preventiivisesti perustelluksi), tai luopua rangaistuksen käytöstä preventiivisesti todistamattomana, elidogmatiikan termein, myöntää oikeuserehdykselle vastuuvapaus.

[16] Subjektiiviseen sanktiovarmuuteen vaikuttavista seikoista ks. tarkemmin *Zimring-Hawkins* 1973 s.163 ss.

mättä vuorostaan johtaa riskin väheksyntään. Vaikka henkilökohtaisiin käsityksiin vaikuttavat muutkin tekijät kuin objektiivinen kiinnijoutumisriski, on jälkimmäisellä lopultakin ratkaiseva vaikutus subjektiivisten kokemusten muotoutumiseen. Mitä tehokkaampi järjestelmä objektiivisesti on, sitä runsaammin se tuottaa kansalaisille kokemuksia toiminnastaan ja sitä tehokkaampana sitä myös subjektiivisesti pidetään (*Zimring-Hawkins* 1973 s.164).

Mitä *sanktioankaruutta* koskevien käsitysten tarkkuuteen tulee, voi epävarmuus sanktioiden laadusta olla yleisestävän tehon kannalta tietyissä tapauksissa jopa eduksi (näin *Zimring-Hawkins* 1973 s.144 ja *Mäkelä* 1975 s.258-259). Asiaan vaikuttaa mm. todellinen sanktiotaso. Jos todelliset rangaistukset ovat lieviä, sattaa epävarmuus olla eduksi. Jos rangaistukset ovat ankaria, olisi todennäköisesti parempi, että ne myös tarkemmin tunnetaan. Siihen taas, missä määrin yleisön käsitysten *tulisi vastata* todellisia oloja, saadaan eri arvolähtökohdista erilaiset vastaukset. Jos prevention tavoittelu on ainoa arvo, päädytään manipuloivaan tiedottamiseen.[17] On kuitenkin moraalisesti arveluttavaa ja vastoin demokraattisesti järjestetyn yhteiskunnan peruslähtökohtia pitää yllä virheellisiä käsityksiä yhteiskunnallisten instituutioiden todellisesta luonteesta. Yhteiskunnan demokraattiset valvontamekanismit (mm. vapaa lehdistö) tehnevät tällaisen politiikan pidemmän päälle jokseenkin mahdottomaksi. Käytännön kokemukset sitä paitsi osoittavat, ettei harhaisen kuvan ylläpitäminen onnistu loputtomiin (ks. myös *Andenaes* 1977 s.99). Kovin näkyvät tämänsuuntaiset kokeilut heikentävät otaksuttavasti myös viranomaistoimintojen legitimiteettiä ja uskottavuutta.

Kognitiivisten ehtojen tarkoituksenmukainen täyttäminen palautuu siten tiedotuksen järjestelyä koskevaksi ongelmaksi. Tiedottamisen tulisi olla *psykologisesti vaikuttavaa*; pikemminkin asenteita luovaa kuin pelkästään informaatiota lisäävää. Optimaalisen tehon saavuttamiseksi se tulisi myös *eriyttää* ja *osoittaa mahdollisimman henkilökohtaisesti potentiaalisille rikoksentekijöille*. Harhatiedottamista vastaan puhuvat paitsi eettiset syyt, myös kokemukset, joiden mukaan virheellisellä tai yliampuvalla tiedottamisella saatu prevention lisäys jää väliaikaiseksi.

Järjestelmästä tiedottamisesta vastaa tällä hetkellä ensi sijassa lehdistö. Rikosten ehkäisyn kannalta sen tapa hoitaa tämä tehtävä antaa aiheen arvosteluun mm. siinä, että *toistuva määrättyjen rikosten rangaistustason vähättely ei voi olla vaikuttamatta haitallisesti prevention toteutumiseen.*

---

[17] "Med alla medel borde man sträva till att befolkningen tror att straffnivån är mycket högre än det faktiskt är "(*Mäkelä* 1975 s.257-258).

3. Yleispreventio II - Empiria

3.1. Lainnoudattamisen motiiveista ja yleisprevention ehdoista

Preventiotehoa on perinteisesti pyritty mittaamaan *rikostilanteessa* tapahtuvin muutoksin. Siihen, mikä osa muutoksesta lankeaa välittömän, mikä välillisen prevention tiliin, eivät empiiriset mittaukset anna suoraan vastausta. Jonkinlaista valaistusta asiaan voidaan saada kysymällä suoraan *lainnoudattamisen motiiveja* (miksi lakia seurataan). Toiseksi voidaan selvittää *prevention ehtojen* toteutumista.

3.1.1. Lainnoudattamisen motiiveista

Lainnoudattamisen motiivit vaihtelevat yleis- ja erityisestävyyttä vivahteikkaammin. Lakeja noudatetaan esimerkiksi seuraavista syistä (ks. *Lindén-Similä* 1982 s.111-112 ja 132 sekä Nytt Straffsystem 1977 s.164-165):

a) laittomien resurssien puutteesta (vrt. konkurssipetokset),
b) lain muodollisesta kunnioituksesta (''lakia on toteltava''),
c) koska rikoksesta on säädetty epämiellyttäväksi ennakoitu rangaistusseuraamus,
d) koska kokemuksesta tiedetään, että rikosta seuraa rangaistus,
e) koska normit ovat kaikkien yhteiseksi hyväksi ja ovat siten seuraamisen arvoisia,
f) koska normien seuraamisesta koituu enemmän hyötyä kuin haittaa,
g) koska normien rikkominen on alhaista ja paheksuttavaa,
h) koska sääntöjen seuraaminen on muodostunut tavaksi jne.

Osa vaihtoehdoista lankeaa erityisprevention, osa yleisprevention tiliin. Kysymykseen, kuinka ihmiset menettelisivät tilanteessa, jossa laki asettuu ristiriitaan omien moraaliperiaatteiden kanssa, Lindén-Similä saivat seuraavanlaiset vastaukset.

- On seurattava lakia sen vuoksi, että laki on laki	49 %
- Sen vuoksi, ettei joutuisi rangaistuksi	20 %
- On seurattava omia moraalisia periaatteita	12 %
- Ei osaa sanoa	13 %
- Muu	6 %

Vastaukset viittaavat voimakkaasti auktoritatiiviseen motivointiin: on toteltava koska ''laki on laki''. Tulosten tulkintaa haittaa kuitenkin osin keinotekoinen vastakkainasettelu lain ja yksilön omien moraalikäsitysten välillä. Esitetty kysymys oli myös kovin yleinen - lainnoudattamisen motiivit vaihtelevat luonnollisesti tilanteesta toiseen (ks. myös *Lindén-Similä* 1982 s.112-113). Tarkennettuun kymykseen, miksi ihmiset noudattavat liikennesääntöjä (jalankuluvaloja) saatiin seuraavat vastaukset.

- Ei tahdo asettua sakkoriskin alaiseksi 4 %
- On noudatettava sääntöjä, jotka on laadittu 61 %
- On tullut tavaksi pysähtyä punaisen valon eteen 26 %
- Edellisten yhdistelmät 4 %
- Muu 3 %
- Ei osaa sanoa 1 %

Tämäkin tulos vahvistaa konventionaalisten motiivien aseman. Tavan osuus lienee kuitenkin liian alhainen jo senkin vuoksi, että tapaan käsitteellisesti kuuluu, että sen noudattaminen on tiedostamatonta (eikä vastaaja siis tiedä, miksi hän pysähtyi punaisten valojen eteen, ks. myös *Lindén-Similä* 1982 s.115-116).

Vastausvaihtoehdot kuvaavat vain teoreettisia ideaalityyppejä; eivät välttämättä mitään todellisuudessa vaikuttavaa motivointimallia. Tärkeimpänä päätelmänä on tieto lakien noudattamisen vahvasti konventionaalisista motiiveista. Pelkkä kielto vaikuttaa ihmisten toimintaan. Myös omat moraaliperiaatteet koetaan tärkeiksi. Huomattava osa (10 %) olisi valmis rikkomaan niiden kanssa ristiriidassa olevaa lakia. Sen sijaan puhtaaseen laskelmointiin (pelotuspreventioon) perustuva normien seuraaminen jäi eräitä moderneja rikoksia lukuun ottamatta häviävän vähäiseksi (ks. *Lindén-Similä* 1982 s.133).

3.1.2. Erityisesti välillisen prevention ehdoista

Välillinen preventio edellytti ensinnäkin järjestelmän *legitimiteetin tunnustamista*. Integraatioprevention ehtojen toteutumista voidaan siten tarkastella esimerkiksi selvittämällä, missä määrin oikeuslaitoksen toiminta vastaa yleisön odotuksia. Käytännön yhtenäistäminen onkin yksi keino tehostaa välillisen prevention toimintaa.[18] Toiseksi vaadittiin, että *rangaistukset mielletään rikosten moitteeksi* (eikä esim. neutraaleiksi hoitotoimenpiteiksi). Rikosoikeudellisten rangaistusten moraalisesti värittyneestä luonteesta tuskin onkaan epäilyksiä.[19]

[18] *Blomin* tutkimuksen mukaan vain kolmannes kansalaisista katsoo yhdenvertaisuuden tulleen täysin saavutetuksi, kun taas 12 % uskoo sen jääneen kokonaan toteutumatta. Pääsyynä eriarvoisuuteen on pidetty yhteiskunnallista asemaa ja varallisuuden epätasaista jakautumaa (ks. *Blom* 1970 s.31-34). Lindén-Similän mukaan 10 prosenttia ruotsalaisista katsoi yhdenvertaisuuden kokonaan jääneen toteutumatta (*Lindén-Similä* 1982 s.95-96). Verrattaessa lukuja muihin viranomaisiin, ei tilanne välttämättä ole huolestuttava. Kun tuomioistuinten toimintaa täysin epäonnistuneena piti vain 10 prosenttia, kunnallis- ja sosiaaliviranomaisia, eduskuntaa ja veroviranomaisia koskevat olivat 25, 30 ja 35 prosenttia (*Blom* 1970 s.33).

[19] Ruotsissa (jossa hoitoideologialla on meitä vahvemmat perinteet) vain 9 prosenttia piti tekijän sopeuttamista rangaistusjärjestelmän tosiasiallisena sisältönä, 20 prosenttia katsoi sellaiseksi sovituksen, 28 prosenttia yhteiskunnan suojelun, 15 prosenttia yleisen lainkunnioituksen ylläpitämisen, 15 prosenttia muiden pelotuksen ja 13 prosenttia tuomitun itsensä pelotuksen. Niistä, jotka pitivät järjestelmän sisältönä sovitusta, yli puolet uskoi näin myös tapahtuvan, kun taas sopeuttamiseen uskovat näkivät tavoitteen tulevan saavutetuksi vain 16 prosentissa tapauksia (*Lindén-Similä* 1982 s.52-55).

Viimeisenä lenkkinä on *moitearvostelun kanavoituminen rikoksia kohtaan tunnetuksi paheksunnaksi.* Moraalikäsitysten oletetaan siis vähitellen heijastavan käytettyjen rangaistusten jakautumaa. Lindén-Similän mukaan lain maksimirangaistukset ja käsitykset rikosten moitittavuudesta asettuivatkin yhtä poikkeusta (rattijuoppous) lukuun ottamatta samaan järjestykseen (*Lindén-Similä* 1982 s.65-66). Käsitykset *tuomittujen* rangaistusten ankaruudesta ja rikosten moitittavuudesta eivät kuitenkaan enää vastanneet toisiaan. Kuva rikosten *todellisesta* rangaistustasosta ei siten heijastunut samassa määrin arvostelmiin tekojen moitittavuudesta (*Linden-Similä* 1982 s.65). Toinen haastattelututkimus (*Walker-Marsh* 1984) osoitti, etteivät rikosjutut ja niistä tuomitut rangaistukset - poikkeustapauksia ehkä lukuun ottamatta - jää ihmisten mieliin. Kun tutkittiin asenteiden muovautumista kuvitteellisiin tapauksiin liitettyjen eriasteisten rangaistusten mukaan, ei tuomioistuimen kannanotolla tuntunut olevan vaikutusta haastateltavien paheksumisarvostelmiin. Sen sijaan pelkkä tieto käyttäytymisen kriminalisoinnista näytti vaikuttavan käsityksiin teon moitittavuudesta. Tutkimus tuki siis otaksumaa konventionaalisten motiivien ensisijaisuudesta. Rikoksista pidättäydytään yksinkertaisesti sen vuoksi, että ne ovat kiellettyjä.

Rangaistusten ja moraalikäsitysten välillä on siis vain osittainen kongruenssi. Kovin pessimistisiin päätelmiin ei kuitenkaan ole aihetta. Moraalia luovan vaikutuksen on yleisesti katsottu syntyvän vuosien ja vuosikymmenten kuluessa, ja olisi epärealistista odottaa moraalikäsitysten muuttuvan muutaman viikon sisällä suoritetun haastattelututkimuksen kestäessä. Kuvasuhteen puuttuminen tuomittujen rangaistusten ja moitearvostelmien välillä ei sekään anna aihetta ensi näkemältä mieliin tuleviin epäilyihin. Rangaistusten tehtävä on *ohjata* moraaliarvostelmia. Tähän sisältyy jo käsitteellisesti oletus niiden määrätystä inkongruenssista. Tutkimusten perusteella on kuitenkin ilmeistä, ettei rangaistusten käyttö automaattisesti heijastu seuraavan päivän moraaliarvostelmissa. Vaikutus - jos on ylipäätään syntyäkseen - antaa odottaa itseään pitkään.

3.2. Rikosten määrää koskevat muutokset

3.2.1. Yleisiä havaintoja

Alueellisten vertailujen avulla saadaan tietoa esimerkiksi maan eri osien välillä vaihtelevan sanktiotason ja rikollisuustilanteen yhteyksistä. Yhdysvalloista saadut tulokset tukevat otaksumaa kohonneen kiinnijoutumisriskin rikoksia ehkäisevästä vaikutuksesta. Rangaistustasoa koskevat vastaavat tulokset ovat varauksellisemmat. Vankeusrangaistuksen runsas käyttö on jossain määrin yhteydessä alhaisempaan rikollisuuteen. Sen sijaan rangaistusajan pituuden ja rikosten määrän yhteys jäi joko todentamatta, tai se vaihteli säännöttömästi rikostyypin ja muiden muuttujien kontrolloinnin mukaan (ks. *Andenaes* 1977 s.69-78 sekä *Beyleveld* 1980 s.41 ss ja s.65 ss). Suurimmassa osassa tutkittuja *sanktiotason muutoksia* korotukset jäivät vaille vaikutuksia. Joissain tapauksissa havaitut heikohkot yhteydet on laskettu kiinnijoutumisriskin muutosten

seurauksiksi, ja nekin ovat osoittautuneet väliaikaisiksi (ks. *Andenaes* 1977 s.79-83 sekä *Beyleveld* 1980 s.144 ss ja s.164 ss).

Erot kulttuuritraditioissa, yhteiskunnallisissa olosuhteissa sekä rangaistusjärjestelmissä vähentävät etenkin Yhdysvalloissa tehtyjen tutkimusten sovellutusarvoa. Niiden laajempaan referointiin ei siten liene aihetta (ks. myös *Andenaes* 1977 s.76-77). Selvitysten kysymyksenasettelu on lisäksi useimmissa tapauksissa liian yksinkertainen. Kysymyksen "onko rangaistuksella yleisestävä teho" sijasta olisikin pohdittava, miten (mahdollinen) yleisestävä teho vaihtelee rangaistuksen, rikostyypin, ympäröivien yhteiskunnallisten olosuhteitten sekä rikoksentekijöiden ominaisuuksien mukaan (ks. *Andenaes* 1974 s.84, *Christie* 1971 s.58 sekä *Beyleveld* 1980 s.314). Tulkintavirheiden välttämiseksi tarkastelut onkin syytä rajata pohjoismaisiin tutkimuksiin.

3.2.2. Rikoskohtaisia tutkimustuloksia pohjoismaista

a) *Väkivaltarikokset.* — Ruotsin rikos- ja rangaistustilastoja tarkastelleen *von Hoferin* mukaan väkivaltarikosten lukumäärän ja rangaistusten muutosten välillä ei ole preventiohypoteesia tukevaa yhteyttä. Niinpä esimerkiksi kuolemanrangaistuksen käytön vähenemisen myötä 1860-luvulla aleni myös henkirikollisuus. Kun pahoinpitelyrikosten rangaistuksia lievennettiin vuonna 1907 ottamalla käyttöön ehdollinen rangaistus, muutosta seurasi 1910-luvulla toinen historian tuntemista suurista pahoinpitelyrikosten laskukausista. Vankeusrangaistusten osuutta lisättiin ja rangaistuksia kovennettiin vuonna 1965. Samoihin aikoihin myös rikollisuus kääntyi jyrkkään nousuun. Von Hofer selittää nurinkuriset kehityslinjat väkivaltarikollisuuden ja alkoholikulutuksen keskinäisin yhteyksin. Kriminaalipolitiikan sijasta väkivaltarikollisuus määräytyisi siis harjoitetun alkoholipolitiikan mukaan (*von Hofer* 1983 1:5, 2:2, 2:4-6 ja 8:2-3).

b) *Varkausrikokset.* — Osa varkausrikoksia koskevista tuloksista tukee preventiohypoteesia, osa on sitä vastaan. Jälkimmäistä edustaa von Hoferin aineistossa 1800-luvun loppupuolisko: rikosten lukumäärä laski samaan aikaan, kun rangaistusajat lyhenivät keskimäärin puoleen entisestään (1865 mediaani 12 kuukautta, 1905 6 kuukautta). Rangaistusten lieventyminen jatkui tällä vuosisadalla rikosten kääntyessä nousuun. Poikkeamat rikosten kasvun ja rangaistusten lievenemisen välillä osoittavat von Hoferin mukaan kuitenkin rikosten määrän olleen jokseenkin riippumaton rangaistusten tasosta. Niinpä rikokset vähenivät 1920-luvun alussa, vaikka riski joutua vankilaan oli ehdollisen vankeusrangaistuksen käyttöönoton vuoksi alentunut muutamassa vuodessa puoleen entisestään. Vuodesta 1925 alkanut äkillinen lisäys ei sekään osu yhteen vastaavan seuraamusjärjestelmän muutoksen kanssa. Sitä paitsi vertailut Norjaan ja Suomeen osoittavat rikostilanteen kehityksen vastaavan toisiaan seuraamusjärjestelmän muutosten eroista huolimatta (*von Hofer* 1983 8:5, 8:8).

Suomessa viime vuosikymmenen alussa toteutettu varallisuusrikosuudistus tarjosi mahdollisuuden vastaavaan, joskin ajallisesti lyhyempään vertailuun. *Jaakkola* arvioi uudistuksen alentaneen selvästi varkausrikosten rangaistustasoa ilman, että muutos olisi näkynyt rikostilastoissa. Ilmitulleiden varkaus-, kavallus- ja petosrikosten kehitys ennen ja jälkeen lainmuutoksen osoittivat

kirjoittajan mukaan "varsin todennäköisesti", ettei käytännön muutoksilla ole ollut "minkäänlaista vaikutusta" rikosten kehitykseen (ks. *Jaakkola* 1980 s.791).

Varkausrangaistusten muutokset eivät näy rikostilastoissa siitä yksinkertaisesta syystä, että rikosten lukumäärän määräävät muut tekijät. Rikosten lisääntymistä viime vuosisadalla ja osin tämän vuosisadan alussa selittänee ensisijassa taloudellinen pula. Määrätyn perusturvallisuuden tultua tällä vuosisadalla saavutetuksi tämä selittäjä menettää merkityksensä ja rikollisuuden taso määräytyy tekotilaisuuksien ja kulutustavaroiden saantimahdollisuuksien perusteella. Tavaroiden lisääntyminen tarjoaa yhtäältä lisää tekotilaisuuksia. Toisaalta se johtaa niiden suhteellisen arvon heikkenemiseen, jolloin myös sosiaalinen kontrolli vastaavasti vähenee (ks. *von Hofer* 1983 3:6-11).[20]

c) *Rattijuopumus.* — Rattijuopumusrikollisuutta voidaan tilastoidun rikollisuuden ohella mitata mm. onnettomuustilastoin sekä erilaisin ratsiatutkimuksin (ks. *Ross* 1983 s.11-13). Pohjoismainen kiinteille promillerajoille ja puhalluskokeiden rutiininomaiselle käytölle perustuva rattijuopumuslainsäädäntö mielletään muualla maailmassa yleisesti ankaraksi. Tämän mallin käyttöönotto useissa eri maissa viime vuosikymmenten kuluessa tarjoaa siten yhden mahdollisuuden preventiohypoteesin testaamiseksi.

Liikenneonnettomuuksien kehitykseen päätelmänsä perustanut *Ross* toteaa tulosten toistavan samaa kaavaa: liikenneonnettomuudet ovat välittömästi uudistusten jälkeen vähentyneet, mutta palanneet lyhyehkön ajan kuluttua entiselle tasolle. Muutokset olivat sitä suuremmat, mitä enemmän ristiriitoja uudistukset herättivät, mitä enemmän niistä keskusteltiin ja mitä suurempaa julkisuutta ne saivat. Näin luotiin yleisössä kuva syvälle käyvästä muutoksesta ja entistä huomattavasti tehokkaammasta liikennekontrollista. Arkikokemuksen osoittaessa asiassa liioitellun, entiset käyttäytymistottumukset palasivat voimaan (ks. *Ross* 1983 s.69-70).

> Eniten huomiota herätti Englannin vuonna 1967 toteutettu reformi. Itse rangaistuksiin (vuoden ajokiellot ja lievä sakkorangaistus, *Ross* 1983 s.26-27) ei tosin tehty muutoksia, mutta kiinnijoutumisriskiä lisättiin antamalla viranomaisille oikeus puhalluskokeen suorittamiseen myös vastoin epäillyn tahtoa. Uudistusta saatteli laaja julkinen keskustelu. Poliisin aktiviteetti puhalluskokeiden suorittamiseksi jäi todellisuudessa kuitenkin vähäiseksi.[21] Onnettomuustilastot sekä onnettomuudessa osalli-

[20] Varkausrikollisuuden lähihistorian muutoksia on Suomessa kartoitettu viimeksi tutkimuksessa *Sirén* 1984. Kirjoittajan mukaan rikollisuuskehityksen jaksot vuosina 1950-1982 olivat: (1) rikollisuuden palautuminen sotaa edeltävälle tasolle, (2) 1950-luvun jälkipuoliskolta alkanut tasainen kasvu, (3) kasvun jyrkentyminen 1970-luvun alussa, (4) sen pysähtyminen 1975-1980 ja (5) uusi kasvunvaihe 1981-1982 (joka kuitenkin kääntyi laskuun 1983 ja 1984, *Sirén* 1984 s.117 sekä s.45 ss). Tutkimuksessa havaittiin rikollisuustilanteen selittyvän parhaiten väestörakenteen, muuttoliikenteen vilkkauden, kulutushyödykkeiden tuotannon sekä työttömyysasteen muutoksin (*Sirén* 1984 s.123 sekä Rikollisuustilanne 1984 s.19-20).

[21] Vuonna 1970 tehtiin 70 000 puhalluskoetta väkiluvun ollessa 58 miljoonaa, *Ross* 1983 s.28, vrt. Suomen vastaavat luvut vuonna 1983 olivat 700 000 koetta/4, 5 miljoonaa asukasta (mukana myös arvio paikallispoliisin tekemistä kokeista).

sina olleiden kuljettajien verenalkoholimittaukset osoittivat rattijuopumuksen vähentyneen välittömästi lain voimaantulon jälkeen (*Ross* 1983 s.29-32). Lyhyen laskun jälkeen rikollisuus palasi entisille lukemille. Vaikka julkinen keskustelu loi kuvan hyvinkin tehokkaasta kontrollikoneistosta, arkikokemukset osoittivat kiinnijoutumisriskin häviävän pieneksi. Sanktiovarmuuden palautuessa realistiselle pohjalle myös rikollisuus palasi entisille lukemille (*Andenaes* 1977 s.82, *Beyleveld* 1980 s.147-148 sekä *Ross* 1983 s.32-34).[22]

Varsinaisen *rangaistustason* muutosten vaikutuksista on vähemmän tutkimustietoa.[23] Otollisimman kohteen tarjoavat Suomessa useaan eri otteeseen toteutetut sanktioinnin muutokset. Rangaistusmaksimien korottamisella kaksinkertaiseksi vuonna 1950 ei Rossin mukaan ollut preventiohypoteesia tukevia heijastusvaikutuksia onnettomuutilastoihin (*Ross* 1983 s.91-93). Kun toisaalta vankeusrangaistusten mittaamiskäytäntö tosiasiallisesti lieveni 1950-luvun alussa (*Jaakkola-Takala* 1971 s.28), ei ole edes aivan selvää, mitä onnettomuustilastoissa olisi tullut tapahtua, jotta preventiohypoteesi olisi saanut vahvistuksen (ks. myös *Ross* 1983 s.93-94). On sitä paitsi kyseenalaista, kelpaavatko Rossin käyttämät onnettomuustilastot suomalaisen rattijuopumusrikollisuuden mittariksi. Mittarin valinta on kyllä perusteltua Yhdysvalloissa, missä kuolonkolareista noin puolet on rattijuopumusonnettomuuksia. Suomen vastaava luku on vain murto-osa tästä.[24] Meillä yhdeksän kymmenestä liikennekuolemasta

[22] Vuonna 1978 toteutettiin myös *Ranskassa* rikoslainuudistus, joka oikeutti puhalluskokeen toimeenpanoon ratsioiden yhteydessä, sekä ajokortin peruuttamiseen verenalkoholin ylittäessä 0.8 ‰. Tapahtumainkulut vastasivatkin Englannin kokemuksia. Onnettomuudet ja humalaisten osallisten määrät vähenivät välittömästi reformin tultua voimaan. Vaikutukset katosivat kuitenkin noin vuoden kuluessa (*Ross* 1983 s.34-42). Tulokset toistuvat samansuuntaisina, joskin tulkinnanvaraisempina mm. Yhdysvalloissa, Hollannissa, Kanadassa, Australiassa ja Uudessa Seelannissa (*Ross* 1983 s.42-60 sekä *Anttila-Törnudd* 1983 s.154 lähteineen). Sen sijaan Norjan ja Ruotsin promillelakien säätämisen jälkeen onnettomuudet päinvastoin lisääntyivät Rossin tulosten mukaan. Selityksiä on useita: tilastointi on epätarkkaa (ei erotettu rattijuopumukselle tyypillisiä viikonloppuonnettomuuksia), 1930-1940 -luvuilla onnettomuuksien yleiset syyt olivat tieolot ja liikennekulttuuri huomioon ottaen aivan muualla kuin alkoholissa, vuosien 1936-1941 lait tulivat voimaan historiallisesti epätavallisissa oloissa (lama ja sota-aika), niistä tiedotettiin huonosti, eivätkä ne merkinneet suurta asiallista muutosta jo ennestään ankaria rangaistuksia soveltaneessa järjestelmässä (*Ross* 1983 s.62-63 sekä *Andenaesin* kritiikki Rossin aikaisempia tulkintoja kohtaan, *Andenaes* 1977 s.82-83 ja 1978 passim). Pohjoismaisten lakien tehokkuus olisi siten arvioitava muilla keinoin (ks. myös mitä tekstissä seuraa).

[23] Ross tosin raportoi yksittäisistä toimista, joissa paikalliset oikeusviranomaiset ovat julkisesti päättäneet koventaa otteitaan ja ryhtyneet soveltamaan tiukempia rattijuopumusrangaistuksia. Kuuden kuukauden kokeilu Chicagossa ei johtanut havaittavaan rattijuopumusten vähentymiseen (rikosten vähentyminen oli suurempaa itse asiassa kontrollikohteessa ilman rangaistusten korotuksia, *Ross* 1983 s.94-95, ks. myös s.95-96 sekä *Beyleveld* 1980 s.149 ss). Kovin varmoja päätelmiä tämänkaltaisista selvityksistä ei kuitenkaan voi tehdä (ks. varauksista *Beyleveld* 1980 s.164 ss).

[24] Tarkemmin sanoen noin 10 % liikenteessä kuolleista on menehtynyt onnettomuu-

johtuu muusta syystä kuin alkoholista, eikä Rossin menetelmää voi siis pitää täällä luotettavana. Lisäksi se kuvaa - sikäli kuin kuvaa - vain kaikkein vakavimman eli onnettomuuksiin johtaneen liikennejuopumusrikollisuuden kehitystä (metodikritiikistä ks. *Andenaes* 1978 passim).

Seuraava mahdollisuus korotusten preventiivisen tehon kartoittamiseksi liittyy 1960-luvun puolivälin jälkeiseen tilanteeseen, jolloin rattijuopumusrangaistuksia korotettiin mm. oikeuskanslerin ja tasavallan presidentin puututtua asiaan. Selvitykset osoittivat ilmitulleen rikollisuuden kääntyneen tällöin lyhytaikaisesti laskuun, mutta palautuneen nopeasti entisiin uomiinsa. Tuloksia on yleisesti tulkittu siten, että preventiovaikutus saavutettiin rangaistusten sijasta pikemminkin muutosten yhteydessä käydyn vilkkaan yhteiskunnallisen keskustelun avulla. Siltä osin kuin rangaistusten kovennuksilla on ollut vaikutusta, on se hälvennyt ihmisten tottuessa uuteen sanktiotasoon (ks. *Uusitalo* 1968 s.149-150, ja *Anttila-Törnudd* 1983 s.154-155).

Vuoden 1977 liikennejuopumusuudistus johti samanaikaisesti sanktioiden lieventymiseen ja kiinnijoutumisriskin kasvuun. Kiinnijoutumisriskin muutosta voi arvioida mm. poliisikontrollia kuvaavin luvuin. Liikkuva Poliisi suoritti 8 000 puhallutusta vuonna 1977. Vuonna 1984 vastaava luku oli 243 000. Poliisin käyttöön tilattiin 116 000 puhalluspilliä vuonna 1979 ja 737 000 vuonna 1985. Paikallispoliisilla oli 450 alcometer-laitetta vuonna 1979, vuonna 1984 niitä oli 834 (ks. *Liikennejuopumus* 1985 s.41-42). Koska vain noin viidennes rattijuopoista jää kiinni ratsioissa, ei puhallutusten määrän lisäys merkitse vastaavaa kiinnijoutumisriskin kasvua. Keskimääräinen kiinnijoutumisriski on laskettavissa liikenteen kokonaissuoritteen, rattijuopumuksen esiintymistiheyden ja kiinnijääneiden rattijuoppojen määrän perusteella. Ulottamalla seuraavassa esiteltävät Uudenmaanläänin ratsiatutkimusten tulokset koskemaan koko maata, on kiinnijoutumisriskin laskettu kasvaneen keskimääräisellä 30 kilometrin matkalla vuosina 1979-1983 kaksinkertaiseksi (*Liikennejuopumus* 1985 s.44). Kontrollin selvän tiukentumisen vuoksi todellisen rikollisuuden kehitystä ei voi päätellä ilmitulleiden rikosten määrien pohjalta. Luotettavin arvio saadaankin onnettomuustilastoista ja todellista rikollisuutta mittaavista ratsiatutkimuksista.

Vuosina 1973-1984 kuolemaan johtaneiden alkoholionnettomuuksien lukumäärät laskivat puoleen entisestään. Uuden liikennejuopumuslainsäädännön ja lievempien rangaistusten aikana lasku on ollut 30 prosenttia. Osuus muista kuolemaan johtaneista liikenneonnettomuuksista on pysynyt melko vakaana. Tämä selittyy sillä, että viimeisen kymmenvuotiskauden kuluessa (v. 1985 saakka) onnettomuudet ovat yleisestikin vähentyneet. Samat toimet, jotka vähentävät liikenneonnettomuuksia yleisesti (mm. nopeusrajoitukset ja turvavyöpakko), tehoavat myös rattijuopumusonnettomuuksiin (*Liikennejuopumus* 1985 s.29). Loukkaantuneiden lukumäärää kuvaavat tiedot antavat aiheen suurin piirtein samoihin tulkintoihin (ks. tarkemmin *Liikennejuopumus* 1985 s.26-33).

Uudenmaanläänin alueella on vuodesta 1979 lähtien suoritettu yhteistyös-

---

dessa, jossa osapuolena on rattijuoppo. Yleensä henkensä menettänyt on juuri humalainen kuljettaja itse (2/3 tapauksista, ks. tilastoja Liikennejuopumustyöryhmä 1985 s.26 ss).

sä Liikkuvan Poliisin, Kansanterveyslaitoksen sekä Helsingin yliopiston oikeuslääketieteen laitoksen kanssa systemaattisia ratsiatutkimuksia. Tutkimusalueet on valittu sattumanvaraisesti erityyppisiltä teiltä ja toteutettu samoina aikoina (2—3 tiistaita ja lauantaita) keväisin ja syksyisin. Tulokset näyttävät seuraavilta:

Taulukko. Alkoholia nauttineiden kuljettajien osuus Uudenmaan liikenteessä vuosina 1979-1984

Vuosi	Tarkastettuja ajoneuvoja	Vähintään 0.5 ‰ %	Alle 0.5 ‰ %
1979	40 389	0,50	1.19
1980	16 416	0,44	0,91
1981	17 522	0,38	0,60
1982	15 976	0,35	0,76
1983	9 636	0,25	0,46
1984	15 292	0,20	0,48
1985	18 039	0,20	0,40
1986	..	0,23*	0,34

* Virheriskin rajaa alennettu, vaikutus rangaistavuuteen o.1 %

Vuosien 1979-1984 kehitys osoittaa liikenteen suhteellisesti raitistuneen.[25] Alkoholia nauttineiden kuljettajien osuus on laskenut puoleen entisestään. Vaikka liikenteen määrä on samalla kasvanut, on perusteltua väittää rattijuopumuksen vähentyneen myös absoluuttisesti (*Liikennejuopumus* 1985 s.47). Viimeaikaiset lukemat viittaavat kuitenkin siihen, että nyt on saavutettu pohjalukema, johon nyt käytössä olevin keinoin ei ilmeisesti juuri voida vaikuttaa.

4. Tulosten tulkintaa ja päätelmiä

4.1. Empiiristen näyttöjen tulkintaa

4.1.1. Virhetulkinnan vaaroista

Empiiristen preventiotutkimusten tulkinnassa varteen otettavat virhelähteet voidaan tiivistää seuraavasti.

[25] Vuoden 1984 huhtikuussa koko Suomen alueella tehdyssä tutkimuksessa puhallutettiin vajaat 22 000 kuljettajaa. Heistä alle 0, 5 promillen "nauttineita" oli 0, 55 prosenttia 0, 50-1, 49 promillen rattijuoppoja oli 0, 17 prosenttia ja 1, 50 tai sitä suuremman promillemäärän törkeitä rattijuopumuksia oli 0, 04 prosenttia. Luvut vastaavat siis Uudenmaanlääänin arvoja.

Sanktiotason ja kiinnijoutumisriskin yhteisvaikutus. Jos tietty tutkimus osoittaa, ettei vankeusrangaistuksen pidentäminen lisää preventiivistä tehoa, saattaa se johtua esimerkiksi siitä, että kiinnijoutumisriski tuossa rikostyypissä on niin alhainen, ettei juuri minkäänlainen sanktiotason kohoaminen lisäisi preventiota. Kiinnijoutumisriskin muutosten ollessa tehottomia, voi tämä taas johtua liian lievistä rangaistuksista.

Sidokset tutkittuun sanktiotasoon. Useimmiten kyse on eri pituisten vankeusrangaistusten vaikutuksesta. Kun eroja ei ilmene, voi se johtua siitä, että vankeus jo sinänsä on niin ankara rangaistus, ettei sen määrän muuntelu ylitä vaadittavaa kynnystä. Mittauksia olisi siis tehty alueella, jossa muutoksilla ei enää ole merkitystä. Näin ei ole vielä todistettu, etteikö *muilla* muutoksilla saattaisi olla vaikutusta (sen enempää kuin päinvastaistakaan, *Beyleveld* 1980 s.82-83).[26]

Sanktio- ja normituntemus. Ollakseen vaikuttava on muutoksen tultava ihmisten tietoon. Jos yleisö ei havaitse mitään tapahtuneen, ei sen reaktioissa ole myöskään odotettavissa muutoksia (ks. *Andenaes* 1977 s.84). Muutokset ovat sidoksissa myös tietojen todenperäisyyteen. Henkilö tulee tuskin pelotetuksi hyvin tiedotetun kovennuksen kautta, jos rangaistukset kuitenkin asettuvat aikaisempia mielikuvia alhaisemmalle tasolle (ks. myös *Andenaes* 1977 s.84-85).

Muut rikosten määrään vaikuttavat seikat. Näiden osuus olisi kontrolloitava. Muutokset rikosten määrässä voivat johtua kokonaan muusta kuin rangaistusten korotuksista (*Andenaes* 1977 s.78 ja ongelmista kokoavasti *Beyleveld* 1980 s.85-88). Tämä pätee etenkin ilmi tulleen rikollisuuden muutoksiin perustuviin mittauksiin (ks. *Andenaes* 1977 s.79 ja *Ross* 1983 s.64). Vaikka *piilorikollisuusongelmat* hallittaisiinkin, jää jäljelle *väliin tulevien muiden muuttujien mahdollisuus.* Vankeusrangaistuksen lisääntyneen käytön ja alentuneen rikollisuuden yhteys voisi löytyä esimerkiksi yksinkertaisesta eristämisvaikutuksesta (*Andenaes* 1977 s.72-73). Toisaalta on mahdollista, että rangaistusten ankaroittaminen osuu yhteen vähentyneen kiinnijoutumisriskin kanssa (esimerkiksi siten, että kiinnijoutumisriskin vähetessä tuomarit tahtovat kompensoida preventiomenetyksen rangaistuksia korottaen, ks. *Beyleveld* 1980 s.87).

---

[26] Kun esimerkiksi yhdysvaltalainen selvitys osoittaa, ettei väkisinmakaamisrangaistusten korottaminen 15:stä 20 vuoteen vähennä rikoksia, ei tästä voi päätellä, etteikö sanktioankaruudella *yleensä* olisi merkitystä. Jo arkijärjenkin mukaan on selvää, että ellei 15 vuoden vankeus pelota tähän rikokseen syyllistyviä, sitä tuskin tekee 20 vuoden tuomiokaan (ks. myös *Andenaes* 1977 s.80).

Muutosten syntymättä jääminen onkin ehkä tällöin seuraus kiinnijoutumisriskin heikentymisestä.

"Normatiivisen ilmaston luomat" tulkintaongelmat. Rekisteröidyn rikollisuuden määrän, kiinnijoutumisriskin, sanktiotason sekä rikoksiin kohdistuvan paheksunnan keskinäiset mekanismit luovat myös mahdollisuuden syysuhteita koskeviin virhepäätelmiin. "Normatiiviseen ilmastoon" ("normativ klima", *Andenaes* 1977 s.74 ss) kytkeytyvä ketjureaktio alkaa tilanteessa, jossa on jo kyetty luomaan voimakas paheksumisreaktio tiettyä rikostyyppiä kohtaan. Tämä asenteiden muutos johtaa moraalia luovan vaikutuksen kautta todellisen *rikollisuuden vähenemiseen.* Jos kriminalisoinnilla taas on oikeustajunnan vankka tuki takanaan, rikokset ja niiden tekijät paljastetaan poliisille entistä herkemmin. Näin *kiinnijoutumisriski lisääntyy.* Samalla myös *ilmi tulleiden rikosten määrä kasvaa.* Kun teko koetaan yleisön keskuudessa moitittavaksi, olemme myös entistä valmiimpia käyttämään siitä ankarampia rangaistuksia. Yleisön paheksumisreaktion ja oikeustajunnan vaatimusten seurauksena *sanktiotaso kohoaa.* Samalla kiinnijoutumisriskin kasvaessa rekisteröity rikollisuus lisääntyy edelleen. Rekisteröidyn rikollisuuden kasvaessa voimistuvat myös vaatimukset sanktioiden koventamisesta, jotka vuorostaan ruokkivat rangaistuksen moraalisia asenteita muovaavan vaikutuksen kautta yleisön paheksumisreaktioita. —Näiden tapahtumien syysuhteitten virhetulkinta johtaa kontrolloimattomaan noidankehään, jonka seurauksena saattaa olla vain sanktioiden jatkuva koveneminen, kunnes vastaan tulevat ne arvot, jotka voimakkaampina kykenevät tuon kehän murtamaan.

4.1.2. Tutkimusten pohjalta tehtäviä päätelmiä

Tutkimusten antaessa mahdollisuuden lukuisiin virhetulkintoihin on päätelmissä edettävä varoen. Yhdysvaltain tiedeakatemian raportti tiivisti yleisestävyyttä koskevien tutkimusten yhteistuloksen seuraavasti.

> "Yhteenvetona emme näin ollen voi väittää yleisprevention tulleen tutkimusten perusteella vielä todistetuksi. Validiteetiltaan vaillinaisten tutkimusten sekä usealla tavalla selitettävinä olevien tulosten tulkinnassa on noudatettava "tieteellistä varovaisuutta" ("Scientific caution"). Vastahakoisuutemme tämän vahvempien päätelmien tekoon ei kuitenkaan implikoi kannanottoa yleisestävyyttä vastaan, sillä saatavilla olevat todisteet varmuudella puhuvat enemmän yleisprevention olemassaolon puolesta kuin sitä vastaan" (NAS 1978 s.7).

Andenaesin arvio on yhtälailla varovainen joskin päätelmät eriytyneempiä. Hänen mukaansa tutkimus on kiinnijoutumisriskin osalta tukenut a priori otak-

sumaa riskin lisääntymisen ja rikosten vähenemisen yhteydestä. Se ei kuitenkaan ole kyennyt tuottamaan tarkkaa tietoa kontrollin tiukentamisen nettotuotoksesta eikä siitä, tuottaisivatko tiukempaan kontrolliin sijoitetut resurssit muulla mahdollisesti paremman tuloksen (*Andenaes* 1977 s.96 ss, samoin *Zimring-Hawkins* 1973 s.171—172). Yleispreventiivisen tehon voi olettaa kasvavan rangaistusten ankaroituessa, kunnes on saavutettu raja, jonka jälkeen sanktiot koetaan yliankarina oikeustajuntaa vastaamattomiksi ja järjestelmä menettää legitimiteettinsä. Tutkimus tukee oletusta osoittamalla vankeusrangaistukset muita seuraamuksia jonkin verran tehokkaammiksi. Toisaalta näyttää siltä, että hyvin pitkien vankeusrangaistusten tuotos on varsin pieni. Ankaruuden lisääntyessä suhteellinen hyöty vähenee. Tämä puoltaisi vankeusrangaistusten kokonaisvolyymin jakamisen muutamien pitkien rangaistusten sijasta lukuisiin lyhyihin tuomioihin (*Andenaes* 1975 s.45-46).

Pohjoismaita koskeva rikoskohtainen tarkastelu ei osoita rangaistusten ankaruuserojen heijastuvan rikollisuuden määrän pysyviin muutoksiin. Vaikka rikosten määrää selittävät tekijät löytyvät muualta, todistavat rattijuopumusrikoksia koskevat tulokset rangaistusjärjestelmän kokonaisuudessaan vaikuttavan preventiivisesti. Pohjoismaiden liikenne on muita maita selvästi raittiimpi. Ratsiatiedot osoittavat juopuneiden kuljettajien osuuden Pohjoismaissa vain murto-osaksi siitä, mikä se on muualla.[27] Myös alkoholionnettomuuksien jakautumissa on eroja. Tiedon taso ja asenteet ovat nekin Pohjoismaissa muista poikkeavia (ks. *Ross* 1983 s.65-66). Nämä kaikki ovat niin Andenaesin kuin Rossinkin mukaan riittävä osoitus siitä, että yleismaailmallisesti tiukka liikennejuopumuslainsäädäntö on vuosikymmenten kuluessa rangaistuksen välillisen vaikutuksen kautta muovannut pohjoismaiset liikennetottumukset ja asenteet liikenneturvallisuuden kannalta poikkeuksellisen suotuisiksi (*Andenaes* 1977 s.83 sekä *Ross* 1983 s.69).

Siitä, mikä merkitys tässä prosessissa on ollut sanktioiden ankaruudella, ja mikä järjestelmän muilla piirteillä - ennen kaikkea kiinteillä promillerajoilla sekä oikeudella suorittaa puhalluskoe vastoin kuljettajan tahtoa[28] — voi-

[27] Puolen promillen rajan ylittävien tapausten osuudet vaihtelivat maittain seuraavasti: Ranska 1977 7.6 %, Alankomaat 1973 15 %, Kanada 1974 11.2 % ja Yhdysvallat 1973 13.5 % (ks. Liikennejuopumustyöryhmän mietintö 1985 s.46 lähteineen). Pohjoismaiset luvut jäävät vain murto-osaan edellisistä (Norja 1981-1982 0.17 %, Ruotsi 1975 0.24 % ja Suomi 1984 0.20 %, ks Liikennejuopumustyöryhmän mietintö s. 46-47 sekä *Ross* 1983 s.66). Testausmenettelyn erot eivät saata selittää enää tämän suuruusluokan poikkeamia.

[28] Huomattakoon, että puhe pohjoismaisten liikennejuopumuslakien ankaruudesta ei muualla viittaa niinkään rangaistusten suuruuteen, kuin poliisille annettuun oikeuteen alistaa kuljettaja ilman täyttä näyttöä puhallus- ja verikokeeseen. Tätä on esimerkiksi yhdys-

daan esittää lähinnä arvailuja. *Rangaistustason itsenäistä merkitystä vähentävät* ainakin seuraavat syyt. Vaikka Suomessa käytetyt rangaistukset olivat vuosikymmenten ajan moninkertaiset muiden pohjoismaiden rangaistuksiin verrattuna, vastaavat ratsiakokeiden tulokset eri Pohjoismaissa suurin piirtein toisiaan. Toiseksi Suomessa toteutetut rangaistusten kovennukset eivät ole jättäneet pysyviä vaikutuksia rikostilanteeseen. Syitä voi olla useita. Rangaistukset ovat ehkä jo tasolla, jossa hienojakoinen variointi ei vaikuta. Kiinnijoutumisriski on ehkä niin pieni, ettei sanktioiden muutoksilla ylipäätään ole merkitystä motivointikeinona. Oli miten oli, kokemukset oikeuttavat päättelemään, ettei Suomessa 1950-60 luvuilla tehdyillä muutoksilla silloin vallinneen kiinnijoutumisriskin ehdoin ollut preventiivistä vaikutusta.

Selvin näyttö sanktioankaruuden toissijaisuudesta saatiin vuoden 1977 liikennejuopumusuudistuksen jälkeen. Kiinnijoutumisriskin korottaminen arviolta kaksinkertaiseksi on vähentänyt rattijuopumusrikollisuuden puoleen entisestään - siitä huolimatta, että samalla siirryttiin runsaampaan ehdollisten vankeusrangaistusten ja sakon käyttöön. Olisi ehkä ollut *mahdollista*, että samanaikainen rangaistusten korottaminen olisi lisännyt rikosten vähentymistä vielä tästäkin. *Varmaa* tämä ei kuitenkaan ole, eikä käytössä ole minkäänlaisia todisteita siitä, että näin olisi muualla käynyt. Tarjolla olevat selvitykset päinvastoin osoittavat, että sanktioankaruuden korotus niissä tilanteissa, joissa se on toteutettu ei ole vaikuttanut preventiota lisäävästi. Varmat päätelmät näistä korotuksista täytyy tosin rajoittaa koskemaan näitä nimenomaisia olosuhteita, noudatettua sanktiotasoa ja kiinnijoutumisriskiä.

> Tuloksia tulkittaessa ja käytäntöön sovellettaessa on etenkin rattijuopumusrikosten yhteydessä muistettava normatiivisen ilmaston mekanismit. Rattijuopumuskeskusteluun soveltuvat useimmat tuon prosessin piirteet. 1970-luvulla aloitetun rattijuoppouden vastaisen kampanjan tarkoituksena oli tehdä rattijuoposta "rikollinen" yleisön silmissä. Tässä asennemuokkauksessa on myös onnistuttu. Rattijuoppousrikoksia koskevat uutiset sekä jatkuva keskustelu rangaistustasosta ovat osoituksena siitä, että teko koetaan yleisön ja julkisen sanan edustajien mielissä vakavaksi rikokseksi. Samalla oli luotu yllä luonnostellun kehitysprosessin ensimmäinen edellytys. Toisena vaiheena oli todellisen rikollisuuden lasku. Kolmanneksi seurasi ilmitulo-osuuden ja rekisteröidyn rikollisuuden kasvu. Sen aiheuttivat ennen kaikkea kontrollikaluston ja valvonnan tehostuminen. Lisääntyvä kansalaisaktiviteetti, innokkaat "kodinturvajoukot",

valtalaisessa keskustelussa pidetty erityisen vakavana puuttumisena ihmisen vapauteen ja itsemääräämisoikeuteen. Meillä käytettävät muutaman viikon tai kuukauden vankeusrangaistukset sinänsä tuskin järkyttäisivät yhteiskuntaa, joka mittaa rangaistukset yleensä vuosina.

joista jo on myös saatu lukea, kuuluvat kuvan tähän puoleen. Enää puuttuu siis viimeinen vaihe - rangaistusten kovennus - ja ympyrä on sulkeutunut: yleinen asennemuutos on heijastunut todellisen rikollisuuden alenemisena, kiinnijoutumisriskin lisääntymisenä, rekisteröidyn rikollisuuden kohoamisena ja vaatimuksina rangaistusten korottamisesta. Puuttuu enää vain, että rangaistuksia todella korotetaan, ja että sen jälkeen selitetään todellisen rikollisuuden lasku tästä johtuneeksi.

4.2. Arkikokemus ja ns. terve järki preventiotiedon lähteenä

Empiiriset tutkimukset jättävät runsaasti aukkoja. Yksi tapa niiden täyttämiseksi on turvata introspektioon, arkikokemukseen ja ns. terveeseen järkeen. Vuonna 1977 *Andenaes* katsoikin yleisestävyyden vahvimmaksi todistukseksi edelleen: ". . .den vel kjente erfaerin at frykten for ubehalige konsekvenser er en sterk motiverende faktor i de fleste av livets forhold, og sterkere jo alvorligere de fryktede konsekvenser er" (*Andenaes* 1977 s.96). Ihmiset ottavat väkivallan uhan yleensä käyttäytymisessään huomioon. Arkikokemukseen turvautuminen kriminaalipoliittisessa päätöksenteossa on Andenaesin mukaan puolustettavissa lisäksi sillä, ettei yhteiskuntapolitiikan muillakaan lohkoilla ole, poikkeustilanteita lukuunottamatta, mahdollista perustaa päätöksiä "tieteellisesti todistettuun tietoon". Päätöksenteko esimerkiksi talous- ja sosiaalipolitiikan alalla pohjaa välttämättä enemmän tai vähemmän arvionvaraisiin otaksumiin, joskin päätöksenteon perusta näilläkin aloilla tutkimustiedon karttuessa jatkuvasti paranee (*Andenaes* 1974 s.147-148).

Arkikokemuksen riittävyyttä *vastaan* taas puhuu preventioargumentteihin tukeutuminen säännönmukaisesti rangaistusten koventamistarkoituksessa.[29] Tämä tuo mukanaan oikeusturvaongelmat tavalla, joka johtaa osaksi kiistämään Andenaesin vertauksen validiteetin.[30] Rangaistuksen käyttö on ihmisille normaalisti kuuluvien perusoikeuksien riistämistä, ei sosiaalietujen jakamista. Tämä oikeuttaa myös vaatimaan repression lisäämiseen tähtääviltä perusteluilta mahdollisimman vankkaa näyttöä. Rangaistusjärjestelmän historiasta löytyy runsaasti esimerkkejä siitä, mihin "arkitotuuksina" pidetyt olettamat saattavat johtaa. Luottamus rangaistuksen kasvattavaan vaikutukseen ja terveen järjen mukaiseen totuuteen, "mitä tuntuvampi opetus sitä parempi oppi", on ainakin nyt saatavilla olevan tiedon mukaan laitosrangaistusten osalta osoittautu-

[29] Ks. esim. Andenaesin siteroima *Cooper*: "The way ahead is ever on and Upwards, in a word escalation" (*Andenaes* 1975 s.46 ja sama 1974 s.56). Samaan logiikkaan rakentuu saksalaisen kielialueen mittaamisoppi.

[30] Tämän Andenaes itsekin tuntuu myöntävän (ks. *Andenaes* 1974 s.148).

nut perusteettomaksi. Uusimisriskin kannalta totuus tuntuu olevan pikemminkin päinvastainen (ks. myös *Christie* 1971 s.69).

Arkikokemus ja introspektio ovat sitä paitsi tarkasteltavan ongelman erityislaadun vuoksi tiedonlähteinä varsin epäluotettavia, tai ainakin niiden luotettavuus vaihtelee suuresti tilanteen mukaan. Oma elämänkokemuksemme ei välttämättä yllä lainkaan vaadittavalle sovellutusalueelle. Kuten Andenaes itsekin myöntää, ovat introspektio ja common-sense ajattelu hetteisellä pohjalla miettiessämme väkisinmakaajan tai murhaajan motivaatiotaustaa. Sen sijaan voimme jo ilman tutkimuksiakin pitää varmana, että pysäköintivirhemaksun riski suurelta osin sanelee, minne pysäköimme automme (ks. *Andenaes* 1977 s.96-97). Arkikokemus on käyttökelpoinen siis arkisissa tilanteissa; tilanteissa, joista tuo kokemus on kertynyt. Sen painoarvoa voidaan taas epäillä, milloin tilanteet eivät enää kuulu jokapäiväiseen elämäämme.

4.3. Preventiotutkimus päätöksenteon pohjana - tieto ja arvot

Sen ohella, että empiiriset näytöt jättävät useat ongelmat vastauksitta, positivismin hengessä laaditut tilastoselvitykset ovat riittämättömät myös toisessa suhteessa. Päätöksenteko—silloinkin kun se käyttää perustanaan faktamateriaalia—edellyttää aina nojaamista tiettyihin arvopremisseihin (ks. *Andenaes* 1977 s.97 ja yleisemmin *Ross* 1951 s.208-209).[31] Arkikokemuksen (joka saa

[31] Ajatus, ettei preventiolta voi vaatia objektiivista ja varmaa näyttöä saa tukea jo tosiasiasta, ettei tähän ole edes mahdollisuutta. Prevention toteutuminen ei milloinkaan ole suoraan havainnoitavissa, vaan edellyttää aina päättelyä. Jotta tietäisimme varmasti, että juuri tuosta teosta X säädetty rangaistus on pidättänyt A:n tuohon tekoon ryhtymästä, olisi meidän tiedettävä muun muassa, että (1) A on pitänyt X:n tekemistä mahdollisena, (2) A uskoo, että X:stä langetetut sanktiot todella ovat niitä, joita teosta tuomitaan, (3) A uskoi, että näitä sanktioita sovelletaan häneen edes jonkinlaisella todennäköisyydellä, (4) A uskoi, että X oli vain yksi hänellä käytössään olevista monista toimintavaihtoehdoista, (5) A oli kykenevä tekoon X, (6) mikäli A:lla ei olisi ollut niitä käsityksiä sanktioista, jotka hänellä oli, olisi hän tehnyt tai yrittänyt tehdä X:n, (7) sen perusteella, mitä A ajatteli sanktioista, jotka X:ään tosiasiassa liitetään, teon suorittamiseen liittyvistä positiivisista piirteistä, siitä todennäköisyydestä, jolla sanktioita tultaisiin häneen soveltamaan sekä niistä mahdollisuuksista, jotka hän katsoi itsellään olevan X:n onnistuneeseen, menestykselliseen suorittamiseen, A "päätti", että teosta X seuraavat haitat ovat sen pidättäytymisestä seuraavia hyötyjä suuremmat, (8) A:n suorittama hyötylaskelma oli juuri se syy, jonka vuoksi hän pidättäytyi rikoksesta; laskelma oli rikoksesta pidättäytymisen välttämätön ehto. Listaan on otettu vain osa *Beyleveldin* luettelemista (kaikkiaan 20) asioista, joista meillä tulee olla tieto, ennen kuin olemme varmoja, että teosta X määrätty sanktio on estänyt A:n tekemästä rikosta. Luettelo osoittaa, ettei prevention toteutuminen voi olla välittömän havainnoinnin kohteena (miten saamme esimerkiksi tietoa kohdasta 6 ?) (ks. *Beyleveld* 1980 s.xxiv-xxvii).

meidät uskomaan että preventio toimii) ja tutkimusten (jotka usein osoittavat muuta kuin odotimme) keskinäiseen painoarvoon, sekä päätösten pohjaksi kelpuutettavalta tiedolta vaadittavaan tarkkuuteen, vaikuttavat viime kädessä ratkaisijan arvostukset ja perusasennoituminen,[32] se, missä määrin hän samastuu yhtäältä rikoksilla ja toisaalta rangaistuksilla uhattuihin arvoihin (näin *Andenaes* 1974 s.148).

Esimerkin kannanotosta ensin mainittuun suuntaan tarjoaa *van den Haagin* puolustus kuolemanrangaistuksen käytölle: ". . .sillä vaikka meillä ei ole positiivista todistusta kuolemanrangaistuksen yleisestävästä vaikutuksesta, ei meillä ole myöskään näyttöä sen täydellisestä epäonnistumisesta", jonka vuoksi "meidän moraalinen velvollisuutemme on ottaa kannettavaksemme teloitusten mahdollinen tehottomuus" (teoksessa *Zimring-Hawkins* 1973 s.16). Saman tosiasiatiedon pohjalta Yhdysvaltain tiedeakatemia taas kirjoittaa: "Nykyisin saatavilla olevien todisteiden pohjalta ei voida vaatia sen enempää kuolemanrangaistuksen käyttöönottoa kuin sen hylkäämistäkään. Preventiivinen teho on vain yksi ratkaisuun vaikuttavista tekijöistä ja tässä ratkaisussa vaikuttavat muut tekijät ovat todennäköisesti tärkeämmällä sijalla kuin puheena olevan rangaistusmuodon preventiivisiä vaikutuksia mittaavat karkeat arviot." (*Gross-von Hirsch* 1981 s.232)

Se, mikä yleispreventiosta on katsottu todistetuksi (tai todistamatta jätetyksi) ja se, mitä pidetään itsestään selvänä todistamattakin, vaihtelee kunkin arvovalintojen mukaan.[33] Tässä tutkimuksessa on korostettu oikeusturva- ja

---

[32] Tässä eroavat myös tieteelliset perusasennoitumiset. Positivisti vaatii objektiiviset kokemusperäiset todistukset, hermeneuttisemmin suuntautuneelle riittää vähäisempi empiirinen näyttö. Ensin mainituista voinee pitää esimerkkinä Beyleveldiä, joka satojen tutkimusten analyysin jälkeen päätyi toteamukseen: ". . .In no instace has research been adequately formulated for reasonable policy directives to be inferred" (*Beyleveld* 1980 s.314). Tähän palautuu myös *Andenaesin* ja *Christien* välinen väittely. Jälkimmäinen tuntuu asettaneen tiedolle suuremmat vaatimukset ymmärtäen tiedolla "tieteellisin perustein dokumentoitavissa olevia tutkimustuloksia" (*Christie* 1971, esitys on tosin jossain määrin tulkinnanvarainen, ks. *Andenaes* 1971 s.66). Andenaes taas kirjoittaa: "Selv synes jeg det er rimlig å si at vi *vet* en god del mer enn det vi kan demonstrere i form av forskningsresultater og tabeller. Introspektion og utformell iaktagelse av menneskelig adferd kan vaere tilstrekklig for mange praktiske formål" (*Andenaes* 1971 s.67 ja sama 1977 s.96-97).

[33] Ks. edellinen viite. Havainnollisen esimerkin siitä, kuinka samat luvut voivat tarkastelijan mukaan johtaa päinvastaisiin päätelmiin antaa mm. *Mäkelän* arvio Waldo & Chircosin tuloksista. Kirjoittajat selvittävät opiskelijoiden kantaa marijuanan polttoon ja myymälävarkauksiin olettaen, että lakia molempien rikosten osalta lievennettäisiin. Henkilöistä, jotka eivät koskaan olleet polttaneet marijuanaa 26 prosenttia olisi valmis tähän tekoon sanktioiden ollessa lievempiä. Myymälävarkauksien kohdalla luku oli 9 prosenttia. Tutki-

humaniteettiarvoja. *Oikeusvarmuus* edellyttää, että siltä osin kun tutkimustiedon perusteella päädytään rangaistusten koventamiseen, tiedolta vaaditaan kriminaalipolitiikassa suurempaa luotettavuutta kuin muilla yhteiskuntapolitiikan lohkoilla. *Humaanisuus* ja humaniteettiarvot edellyttävät, että tiedollinen epävarmuus on tulkittava lievemmän kohtelun eduksi. Näistä premisseistä empiiriset näytöt tulkitaan seuraavasti.

1) Yleisprevention *toiminnasta yleensä* saatavat tutkimustulokset puhuvat enemmän sen puolesta kuin sitä vastaan.
2) Yleisprevention *syntyedellytyksistä* on erityisen merkitykselliseksi osoittautunut *kiinnijoutumisriski*. Kontrollin tiukentamisen nettotulokset eivät sen sijaan ole arvioitavissa sen enempää kuin vaihtoehtoisin toimin saatavien hyötyjen suhteellinen määrä.
3) Terveen järjen oletus *rangaistusten ankaruuden* preventiota lisäävästä tehosta saa tukea siten, että vankeusrangaistuksilla tuntuu yleensä olevan muita seuraamuksia suurempi teho. Hyvin pitkien vankeusrangaistusten tuotos on kuitenkin verraten vähäinen ja vankeusajan pituuden lisääntyessä tuotos vähenee.
4) Tutkimuksin *ei ole mahdollista luotettavasti osoittaa, mikä osuus lainnoudattamisesta on laskettavissa minkäkin prevention syntykanavan tiliin*. Vahvat presumptiot viittaavat kuitenkin siihen, että *konventionaaliset motiivit ovat määräävinä* ja pelkkä teon julistaminen rangaistavaksi riittää useimmille syyksi teosta pidättäytymiseen.
5) *Marginaaliprevention tehosta ei ole käytettävissä tuloksia, jotka osoittaisivat vähäisten sanktiotason muutosten vaikuttavan pysyvästi rikollisuuden määrään.*

4.4. Yleispreventiosta mittaamisargumenttina—eräitä tarkennuksia

Mittaamisessa operoidaan marginaaliprevention ehdoin. Empiria ei tarjoa todisteita siitä, että vähäiset sanktiotason muutokset vaikuttaisivat rikollisuuteen. Tämä ei kuitenkaan riitä. Ainahan on esitettävissä vastaväite, ettei tutkimus ole todistanut päinvastaistakaan. Positiivisen näytön puuttuminen ei todista, että sanktiotason korottamiset olisivat aina tehottomia. Tähän epävarmaan asetelmaan saadaan jonkinlaista kiinteyttä tarkastelemalla mittaamisessa vaikut-

---

muksen tekijät päättelivät tämän olevan todistuksena prevention *puutteesta*. Mäkelä sen sijaan piti molempia lukuja *hämmästyttävän suurina* ja osoittaa nimenomaan rangaistuksella olevan huomattavan, myös puhtaaseen pelotukseen nojaavan yleisestävän vaikutuksen (*Mäkelä* 1975 s.263, ks. myös s.252).

tavan marginaaliprevention teoreettisia ehtoja sekä pohtimalla terveen järjen ja arkikokemuksen relevanssia mittaamisprevention lähteenä.

4.4.1. Marginaaliprevention ehdot ja mittaaminen

Marginaalipreventio viittaa siihen vaikutukseen, joka saavutetaan sanktioita määrätasolta lievennettäessä tai kovennettaessa. Marginaalipreventioon tähdännyt rangaistustason muutos olisi teoriassa justifioitu vasta kun aikaisemman ja uuden rangaistustason erotuksen preventiota lisäävä vaikutus on todistettu. Tästä on toiveita vasta, kun tuo erotus on yleisölle tiedotettu. Yleisöllä tulee siis olla tarkkaa tietoa *sekä aikaisemmasta että uudesta* sanktiotasosta. Lisäksi on todistettava, että yleisön tiedostama muutos *myös vaikutti* preventiivisesti. Sen todistaminen, että rikokset vähenivät uuden käytännön myötä ei yksin riitä, jollei samalla osoiteta, ettei tuo muutos ollut seurausta uuden käytännön tehokkaammasta tiedottamisesta. Olisihan ollut mahdollista, että vastaava prevention lisäys olisi saavutettu jo entisen käytännön paremmalla tiedottamisella. Preventioperusteiset sanktiotason muutokset siis edellyttävät, että (ks. myös *Hassemer* 1979 s.41 ss):

a) rangaistukset vaikuttavat yleisesti pelottavasti,
b) tuon vaikutuksen syntyminen edellyttää verraten tarkkaa sanktiotuntemusta,
c) yleisöllä tuollainen tuntemus on,
d) tehty sanktiotason muutos tulee riittävän hyvin tiedotetuksi,
e) yleisö muuttaa käyttäytymistään tuon muutoksen motivoimana.

Toivotun muutoksen saavuttaminen tai ainakin sen empiirinen todistaminen, on varsin epävarmaa ellei mahdotonta. Jokaiseen ehtoon liittyy joukko epävarmuustekijöitä. Kohdan b ilmaisema premissi voidaan toisaalta kiistää, mutta jos prevention synty ei edellytä tarkkaa tietoa sanktiotasosta, on vaikea kuvitella, mikä vaikutus tason hienosäädöllä voisi edes teoriassa olla.

Pelotuspreventio ei toisaalta synny yksin konkreettisista rangaistuksista. Feuerbachin psykologinen pakkoteoria päinvastoin yhdistää pelotusvaikutuksen lain *rangaistusuhkiin*. Vaikkei rangaistuksen mittaamisella olisikaan suoraa - itse mittaamistuloksen ankaruuteen perustuvaa - preventiivistä vaikutusta, *konkretisoi* tuomioistuinten toiminta lain rangaistusuhan. Yksittäisten rangaistuspäätösten osatehtävänä on siis uhan todellistaminen. Preventio toteutuu—ei yksin langetetun rangaistusmäärän kautta—vaan osoittamalla, että lain rangaistusuhat *yleensä* on otettava vakavasti.[34] Siltä osin, kuin preventio toteu-

[34] Näin kuvaavat yksittäisratkaisujen preventiivisen funktion mm. *Andenaes* 1977 s.97 sekä *Jareborg* 1985 s.4—5.

tuu rangaistusuhan todellistamisen kautta, ei itse rangaistuksen ankaruudella välttämättä ole olennaista merkitystä. Sama lopputulos voitaisiin saada aikaan nykyistä ehkä lievemminkin sanktioin.

4.4.2. Terve järki mittaamisprevention lähteenä

Marginaaliprevention ehtojen tiukkuus tukee empiiristen tulosten pessimististä (preventiohypoteesia vastustavaa) tulkintaa. Teoreettisesti näyttää hyvin epätodennäköiseltä, että vähäinen sanktiotason muutos vaikuttaa yleispreventiivisesti. Preventiohypoteesia taas tukee arkikokemus ja terve järki. Tähän argumenttiin vedottaessa on kuitenkin tarkistettava, onko mittaaminen ja rangaistustason vahvistaminen tuomitsemistasolla toimintaa, jossa ratkaisut voidaan perustaa jokapäiväisiin kokemuksiimme ja terveeseen järkeen. *Vastaako siis tilanne todella sitä*, millaiseksi sen terveeseen järkeen vetoava marginaaliprevention uskova otaksuu.

Arkikokemuksen mukainen preventioperustelu kuuluisi esimerkiksi: "Koska ankarat rangaistukset yleensä ovat lievempiä tehokkaampia, ovat ne sitä myös käytössä olevien ahtaiden rajojen puitteissa." Vaikka järkeily pätisikin yleisellä tasolla, marginaaliprevention puolella tilanne on mutkikkaampi. Kuten *Christie* kirjoittaa: "Jos halutaan verrata keskustelua yleisestävyyden pelottavasta vaikutuksesta jokapäiväisiin kokemuksiin, puhutaan siitä samalla tavalla, kuin puhuttaisiin onko 200 asteen lämpötila pelottavampi kuin 300 asteen" (*Christie* 1983 s 20). Tiedämme siis arkikokemuksesta, ettei ole hyvä työntää kättä palavaan uuniin. Oikeuttaako tämä tieto myös päättelemään, että olisimme todella varovaisempia, jos uunin lämpötila kohoaisi 200 asteesta 300 asteeseen? Vastaukset olisivat jo arkikokemuksemmekin mukaan epävarmempia. Väkivallan uhka kyllä ohjaa käyttäytymistämme, mutta sen voiman muutosten vaikutus käyttäytymismuutoksiin on ongelmallinen.[35] Rangaistuksen käytön yleiseksi justifikaatioksi ehkä kelpaava terveen järjen mukainen oletus preventiotehon ja sanktioankaruuden yhteydestä ei vakuuta enää mittaamistason hienojakoisempien ratkaisujen perusteena. Olisi päinvastoin useassa tapauksessa terveen järjen mukaista olettaa, että tavoiteltu preventiovaikutus jää saavuttamatta.

[35] Arkisempi esimerkki valaissee tilannetta edellistä hieman paremmin. Osa ihmisistä on valmis tarjoamaan savukkeen sitä vaativalle, uhkaavasti käyttäytyvälle kadullakulkijalle - osa ei. Käyttäytymiseemme tässä suhteessa tuskin enää vaikuttaa, uhkaako tuo henkilö ainoastaan puukottaa meitä, vai lupaako hän *tämän lisäksi* lyödä meiltä hampaat kurkkuun!

E. MITTAAMISPERIAATTEET JA SANKTIOTASO

1. Sovitus, oikeudenmukaisuus ja integraatiopreventio

Oikeustajunta ja yhteisön oikeaksi kokema suhde rikosten ja rangaistusten välillä määräytyy suurelta osin sen mukaan, kuinka suurena uhkana ihmiset rikoksia pitävät ja kuinka tehokkaiksi keinoiksi he rangaistukset rikosten vastustamisessa kokevat. Yleisön tietopohja huomioon ottaen on ilmeistä, että yleinen oikeustajunta vaatii etenkin traditionaalisista rikoksista ankarampaa sanktiotasoa, kuin mihin todelliset kriminaalipoliittiset tarpeet antavat aihetta. Koska rangaistusjärjestelmän tehtävänä on yhteiskunnan ja sen jäsenten vitaalisten elinintressien vastaisen käyttäytymisen ehkäisy, eikä positiivisen moraalin mekaaninen reflektointi, eivät empiirisesti mitattavan yleisen mielipiteen vaatimukset edusta ehdottomasti velvoittavaa normia. Toisaalta oikeustajunnan vaatimuksia on joustavasti kunnioitettava.

Oikeustajunnan kunnioittamisen tarve pohjaa ennen kaikkea rangaistuksen moraalia luovaan vaikutukseen ja demokraattisen yhteiskuntajärjestyksen perusteisiin. *Integraatiopreventio* edellyttää lähinnä, etteivät rangaistukset asetu liialliseen ristiriitaan yleisen mielipiteen kanssa (silloin kuin asiasta sellainen on). Oikeustajunnan, legitimiteetin ja tarkoituksenmukaisuuden yhteys on siten lähinnä siinä, että pysyvästi jyrkässä ristiriidassa yleisön oikeusvakaumuksen kanssa oleva rangaistusjärjestelmä heikentää luottamusta oikeuslaitokseen. Sen myötä heikkenee myös normien sisäistämiseen perustuva preventio.[1] Koska oikeustajunta on usein irrationaalinen, epämääräinen, epäyhtenäinen, eikä ota kantaa kaikkiin asioihin, voi sen pohjalta muotoilla korkeintaan ratkaisulinjojen ääriviivat.

Demokratian ideaaliin vetoaminen käy sitä pulmallisemmaksi, mitä ristiriitaisempi yleinen mielipide on ja mitä pettävämmälle tiedolliselle perustalle

---

[1] Näin tulkitsee integraatioprevention vaatimuksen myös *Müller-Diez*: "Yhteisön arvostuksissa vallitsee tietty alue, josta selvästi poikkeavat rangaistukset vaarantavat integraatioprevention toteutumisen" (*Müller-Diez* 1985 s. 825-826). Tuon alueen rajoissa ei integraatiopreventiosta ole enää tarkemmaksi ohjeeksi. Sen funktio (ja samalla konseption "Verteidigung der Rechtsordnung" tehtävä) on siten vain rajoittava (mts. 826-827).

se pohjaa. Demokratian ihanteille ei riitä pelkkä taipuminen enemmistön tahtoon. Taustalla on myös oletus, että kyseessä on asioita rationaalisesti ja oikean tiedon pohjalta punninneiden ihmisten tahdonilmaus. Mitä selkeämpi ja totuudenmukaisempi kuva ihmisillä on kontrollijärjestelmään ja rikollisuustilanteeseen liittyvistä tosiasioista, samoin kuin niistä pohdinnoista, joihin kriminaalipolitiikan tavoitteenasettelut ja arvostukset nojaavat, sitä painavammat syyt puoltavat yleisen oikeustajunnan huomioon ottamista lainsäädännön ja lainkäytön ratkaisuperusteena; sitä suoremmin pääsee myös "kansan tahto" vaikuttamaan oikeudenhoitoon. Yleisen mielipiteen valistaminen palvelee siis myös demokratian tavoitteita.

Kaiken kaikkiaan yleisen mielipiteen painoarvoon vaikuttavat käsitysten intensiteetti (latenttisuus), yleisyys, riidattomuus (kuinka hyvin selvillä), johdonmukaisuus, perusteltavuus (mikä on tietopohja) ja tarkoituksenmukaisuus (mihin seuraaminen johtaisi muiden arvojen ja tavoitteiden kannalta). Erityisesti integraatioprevention tehon kannalta yleisen mielipiteen kunnioittamisen tarve vaihtelee lisäksi yhteisön moraalisen ilmaston mukaan. Jos poikkeavan käyttäytymisen sietokynnys on yhteisössä alhaalla ja yhteisö on tiukan yksimielisesti sitoutunut vallitseviin moraaliarvoihin, joiden se tuntee olevan uhattuna, on oikeustajunnan vaatimusten seuraaminen integraatioprevention kannalta tärkeämpää kuin moniarvoisessa yhteisössä, jossa rikosten pelot ovat vähäiset ja poikkeavan käyttäytymisen sietokynnys korkealla (ks. myös *Müller-Diez* 1985 s.820-821).

Koska niissä tapauksissa, joissa yleisö on kriminaalipoliittisissa kysymyksissä käsityksensä muodostanut, näkemykset vaihtelevat suuresti ja perustuvat yksipuoliseen informaatioon, oikeustajunta vain harvoin tarjoaa tukevaa perustaa konkreettisen kriminaalipoliittisen linjan pohjaksi. Oikeustajuntaan nojaava ratkaisija seuraakin harvemmin todella yleisön yhteisesti jakamia käsityksiä. Usein ratkaisut vain heijastavat sitä, millaiseksi oikeustajunta kuvitellaan, tai millaiseksi sen tosiasiassa tahdotaan muodostuvan. Rangaistusjärjestelmää koskeviin arvostuksiin onkin mahdollista vaikuttaa myös rationaalisen argumentaation keinoin. Jos tuomioistuimella on järkevät perusteet toimia rangaistusta määrätessään kuten toimivat, ja on oletettava, ettei yhteisö näistä syistä ole selvillä ja sen vuoksi arvio tilanteen toisin, on tärkeätä, että tuomioistuin tuo myös esiin päätöksensä perusteet. *Päätösten perustelu* on siten eräs tapa valistaa yleisöä rangaistuksen käyttöä koskevien periaatteiden sisällöstä.

2. Välitön yleispreventio ja rangaistustaso

2.1. Ratkaisutilanteitten erottelu

Ratkaisutilanteita ja -tyyppejä voidaan ryhmittää usealla tavalla ja usein eri perustein. Preventioargumentaation erittelyn kannalta on seuraavassa katsottu perustelluksi erottaa toisistaan esimerkki-, linja- ja rutiiniratkaisut.[2] *Esimerkkituomiolla* viitataan tapauksiin, joissa aikaisemmasta käytännöstä *poiketaan* tilannekohtaisten erityisolosuhteitten vuoksi aikomatta jatkaa samaa tuomiolinjaa tulevaisuudessa. *Linjaratkaisuilla* pyritään *vahvistamaan* tietty tuomiolinja tulevaisuudessa noudatettavaksi. Pyritään vaikuttamaan paitsi *rikollisuustilanteeseen*, myös *oikeuskäytäntöön*. *Rutiiniratkaisuissa* tuomioistuin *pitäytyy* aikaisempaan ratkaisulinjaan odotuksin, että sama linja säilyy myös tulevaisuudessa.[3]

2.2. Rutiiniratkaisut

Valtaosa tuomittavaksi tulevista tapauksista koostuu samanmuotoisena toistuvasta pienrikollisuudesta. Pienvarkaita, pahoinpitelijöitä ja rattijuoppoja tuomitseva tuomari tuskin normaalioloissa pohtii, mikä vaikutus juuri tällä yksittäisratkaisulla on prevention kannalta. Menettely olisikin empiiriseltä kannalta perusteetonta. Rutiiniasioissa annettujen yksittäisratkaisujen lopputulokset eivät kiinnosta suurta yleisöä. Välitön yleispreventio yksittäisen rutiiniratkaisun mittaamisperusteena voidaan torjua jo tiedonsaantia koskevien ongelmien vuoksi (näin *Hassemer* 1979 s.44). Yleisön tiedontaso ja tiedon välittymisen mekanismit huomioon ottaen marginaaliprevention kognitiiviset ehdot jäävät täyttymättä (ks. edellä jakso D.4.4.1.).

---

[2] Oikeuskirjallisuus ei yleensä tee eroa ratkaisutilanteittein välillä. Poikkeuksena *Andenaes* 1974 s. 136-137, jossa erotetaan toisistaan (a) yksittäisratkaisut, jolloin tuomioistuin arvelee juuri asianomaisessa yksittäistapauksessa saavuttavansa myönteisen yleispreventiivisen teon, (b) tyyppiratkaisut, jolloin ratkaisun taustalla on käsitys, että juuri tämän tyyppisissä rikoksissa nyt sovellettava rangaistustaso on rikollisuuden ehkäisemisen kannalta tarkoituksenmukaisin. Walker erottaa ratkaisut, joissa tuomari pyrkii vaikuttamaan rikollisuuden paikallisessa rikolliskehityksessä tapahtuneeseen yllättävään käänteeseen ja tapaukset, joissa pyrkimyksenä on pidemmän ajan kehityslinjoihin vaikuttaminen (*Walker* 1969 s. 93-94).

[3] Tämä kolmijako kuvaa tietysti ideaalityyppejä. Todelliset ratkaisutilanteet liukuvat tyypistä toiseen ilman selviä rajoja. Tällä ei kuitenkaan ole vaikutusta periaatetason pohdintoihin.

Tämä asettaa vastattavaksi vaikean kysymyksen: kuinka on mahdollista väittää rationaalisiksi järjestelyä, jossa koko järjestelmä pohjaa yleispreventiivisiin syihin, mutta yksittäisratkaisut muihin perusteisiin.[4] Olisihan prima facie hyvät syyt otaksua, että lakien ollessa säädetyt palvelemaan määrättyjä sosiaalisia päämääriä, nämä samat seikat olisi otettava huomioon myös harkittaessa kuinka yksittäistapauksissa tulisi menetellä (ks. tästä *MacCormick* 1978 s.129 ss). Tämä pätee kuitenkin vain prima facie. Järjestelmä palvelee ensinnäkin *useita* sosiaalisia päämääriä. Niistä toiset on mahdollista ottaa paremmin huomioon yhdellä, toiset toisella tasolla. Mittaamistaso ei välttämättä ole paras punninnan paikka mietittäessä välitöntä yleispreventiota. Sen sijaan se on erinomainen ratkaisutaso pohdittaessa tapauskohtaisia erityispiirteitä, oikeusjärjestyksellä suojattavien eri arvojen keskinäistä painoarvoa sekä rangaistuksen tuottamaa kärsimystä in casu.

Utilitaristisen kritiikin heikompi versio sallisi ehkä muutkin seikat mittaamisperusteina, mutta edellyttäisi johdonmukaisuuden nimissä koko järjestelmän perustana olevan yleisestävyyden asettamista ainakin *huomattavan painavaksi argumentiksi myös yksittäisissä rutiinijutuissa*. Vastausta muovattaessa on palattava argumentaation yleisiin rationaliteettiehtoihin. Rationaalisen argumentaation tuli täyttää *yleistettävyyden vaatimus*: ratkaisijan oli oltava valmis puoltamaan samaa ratkaisua myös tulevaisuudessa. Tästä seuraa, että *yksittäisen tapauksen sijasta on arvioitava, mitkä ovat seuraukset, jos ryhdyttäisiin soveltamaan tuosta tapuksesta generoitua yleistä sääntöä*. Toisin sanoen utilitaristisessakaan järjestelmässä yksittäisen ratkaisun hyväksyttävyys ja rationaliteetti ei ratkea sen mukaan, mitkä ovat *tuon ratkaisun* suotuisat seuraukset, vaan sen mukaan *millaisiksi muotoutuvat tuosta ratkaisusta generoitujen käytäntöjen seuraukset.*[5] Yksittäisratkaisut ovat siis yleispreventiivisesti kiinnostavia vain niiden ilmaiseman yhtenäisen linjan ja rangaistustason kannalta.[6] Linjanvalintoja tällä tasolla tehtäessä — siis laskettaessa ratkaisut yh-

[4] Tämä onkin keskeinen utilitaristisia teorioita vastaan suunnattava kritiikki (ks. esim. *Galligan* 1981a s. 151 ss).

[5] *MacCormick* kirjoittaa: " Given that laws are conceived of in that rational purposive way, it does indeed seem essential that the justification of any decision in an area not governed by an express mandatory rule, or when such a rule is ambigous or incomplete, should proceed by testing the decisions purposed in the light of their consequenses. But because the justification proceeds by way of showing why such a decision *ought* (painotus N.M) to go one way rather than the other, the relevant consequences are *those of the generic ruling involved in deciding one way or the other, not just the specific effects of the specific decision on the individual parties* (painotus T.L-S)." (*MacCormick* 1978 s.149—150).

[6] Sama pätee tietysti myös esim. suhteellisuusperiaatteeseen. Kun väitetään, ettei yk-

teen — preventio on keskeinen ratkaisuperuste.[7] Tällainen kriminaalipoliittinen linjanmääritys ei vain kuulu yksittäisiä ratkaisuja tekevän (ali)tuomarin tehtäviin.

2.3. Esimerkkituomiot

Yleispreventiivinen argumentaatio kariutuu rutiinijutuissa jo kognitiivisiin ehtoihin. Esimerkkituomiot ovat sen sijaan tarkoitetut malliksi muille, joten tiedotusta koskevat ehdot täyttyvät otaksuttavasti ainakin rutiinijuttuja paremmin. Preventioargumentaation ongelmat ovatkin muualla.

Esimerkkituomioita saatetaan tarjota ensinnäkin tapausten herättämän julkisuuden kannustamana. *Andenaesin* mukaan huomiota herättävien tapausten poikkeava kohtelu johtaisi kuitenkin yhdenvertaisuuden ja oikeudenmukaisuuden loukkauksiin, jolla olisi pitkällä tähtäimellä haitalliset vaikutukset myös integraatiopreventioon (*Andenaes* 1974 s. 137). Yhdenvertaisuuteen vetoaminen implikoi, ettei julkisuus ole itsessään relevantti tapausten erottelukriteeri. Kysymystä on kuitenkin eriteltävä lähemmin. Kun kyse on preventioargumentaation perusteltavuudesta, voitaneen suoraan otaksua, että mikäli julkisuuteen ei liittyisi mitään prevention toteutumisen kannalta poikkeavaa, olisi ratkaisukriteeri mielivaltaisena helposti torjuttavissa. Nyt on kyse siitä, että julkisuuteen ehkä liittyy piirteitä, jotka tekevät rangaistuksen kovennuksen preventiivisesti perustelluksi.[8] Esimerkkituomion kieltäminen muodollisen yhdenvertaisuuden loukkauksena on tavallaan jo ennakolta vastaus siihen, ettei täl-

---

sittäisellä poikkeamalla suhteellisuusperiaatteen vaatimuksesta voi olla merkitystä järjestelmää kohtaan tunnettuun luottamukseen ja yleiseen turvallisuuden tunteeseen unohdetaan ratkaiseva yleistettävyyden vaatimus. Jotta tällainen yksittäinen poikkeama olisi moraalisesti hyväksyttävä, olisi meidän oltava valmiita myös toistamaan se aina samankaltaisissa tilanteissa. Näin joudutaankin vastaamaan kysymykseen, millaiseksi ihmiset kokisivat järjestelmän, jonka *käytännöt rikkovat yleisesti suhteellisuusperiaatetta vastaan*. Tällöin kaikki se, mitä tuon periaatteen puolesta on esitetty saa aivan uuden painon.

[7] On syytä palauttaa mieliin, että nyt on kyse *oikeusseuraamuksen valintaa* koskevista päätöksistä pitäen silmällä itse *sanktiotason vaikutuksia*. Kun ryhdytään tarkastelemaan itse törkeysarvostelun perusteita, eli seikkoja, jotka tulee aina määrätilanteissa ottaa huomioon, jo niiden esittely yleisesti sovellettaviksi mittaamisperusteiksi pitää sisällään yleistettävyyden ajatuksen. Tällöin myös preventioargumentaatio saa uuden painon.

[8] Tämän tyyppiset varaukset tuntuvat olevan myös *Andenaesin* mielessä. Hän ei ehdottomasti kiellä yleispreventiivisin syin tapahtuvaa rangaistuksen kovennusta suurta huomiota herättäneissä rikosjutuissa, joskin suhtautuu siihen suurin varauksin: " . . . at least we are in an area which demands extreme caution" (*Andenaes* 1974 s. 137, samoin *Zimring-Hawkins* 1973 s. 50).

laisiin olosuhteisiin liity sellaisia preventiivisen vaikutuksen kannalta relevantteja ja teoriassa hyväksyttäviä seikkoja, jotka tulisi sisällyttää olennaisiksi samankaltaisuuskriteereiksi. Se, *sisältyykö* julkisuuteen tällaisen ratkaisun kannalta legitiimejä piirteitä, on selvitettävä erikseen.

> Hyväksyttävältä esimerkkituomiolta edellytetään universaalisuuden vaatimuksesta, että tapauksen kaikkine erityispiirteineen toistuessa tuomioistuin olisi myös tulevaisuudessa valmis noudattamaan samaa linjaa. Tällainen ratkaisu ei rikkoisi yhdenvertaisuuden eikä käytännön johdonmukaisuuden vaatimusta. Jos tuomioistuin kieltäytyisi täsmälleen samanlaisessa tilanteessa soveltamasta sääntöä uudestaan, perustuu ensimmäinen ratkaisu normiin, joka ei täytä kriittisen moraalin ehtoja. Se voidaan määritellä myös mielivaltaiseksi, sattumanvaraiseksi ja yhdenvertaisuutta loukkaavaksi. Yksinkertaisemmin se on kuitenkin luonnehdittavissa *huonosti perusteltavissa olevaksi*. Muussa tapauksessahan tuomioistuimella ei olisi syytä kieltäytyä täsmälleen samanlaisessa tapauksessa turvautumasta uudelleen samaan sääntöön. Jos esimerkkituomion käsitteeseen sisällytetään ajatus siitä, ettei ratkaisua enää samoissa oloissa toisteta, on asia universaalisuuden vaatimuksen perusteella saanut ratkaisun. Jos samaa ratkaisua ollaan valmiit toistamaan, voisi väittää, ettei kyse ole käsitteellisesti esimerkkituomiosta. Olennaiset samankaltaisuuskriteerit voidaan kuitenkin vahvistaa siten, että ne toistuvat käytännössä vain kerran (tai joka tapauksessa niin harvoin, ettei samanlaisuussarjoja synny). Tällöin tilanne vastaa yleisen kielenkäytön mukaan esimerkkituomiota ilman, että täytyy ottaa kantaa menettelyn jatkuvuuteen. Kysymys on siten samankaltaisuuskriteerien perusteltavuudesta ja siitä, onko tapaukseen liittyvä julkisuus ja siihen mahdollisesti liittyvä prevention lisäys tällainen rationaalisesti perusteltavissa oleva kovennukseen oikeuttava (''uniikki'') samankaltaisuuskriteeri.

Syyllisyysperiaate edellyttää, että tekijä on voinut ottaa käyttäytymisessään huomioon seikat, jotka enentävät tai vähentävät teon rangaistavuutta. Jos viranomaiset ovat rikosten lisääntyessä valinneet sattumanvaraisesti tietyn tapauksen, markkinoineet sen tiedotusvälineille, ja julistaneet tuomion olevan esimerkiksi muille, on kyse seikasta, johon tekijä ei ole voinut vaikuttaa. Tämä olisi syyllisyysperiaatteen vastaista.[9] Olisi siis edellytettävä, että tapauksen poikkeuksellisuus perustuu johonkin tekijän tiedossa ja hänen vaikutusmahdollisuuksiensa puitteissa olevaan seikkaan.

Milloin tapauksen saama julkisuus perustuu *tekijän poikkeuksellisen näkyvään asemaan yhteiskunnassa*, voi tekijän usein otaksua arvanneen, että tapaus tuomioistuimeen joutuessaan herättää suurta huomiota. Syyllisyys kat-

[9] Samaa tuntuu ajattelevan Andenaes kieltäessään teon *jälkeisten* tapahtumien (esimerkiksi rikollisuuden kasvun) käyttämisen kovennusperusteena (*Andenaes* 1974 s. 143-144).

taisi tässä tapauksessa sen olosuhteen, johon toiveet tehokkaammasta rikosten ehkäisystä perustuvat (koventava olosuhde oli toisin sanoen tekijän tiedossa). Prevention kannalta ratkaisevaksi jää, onko tällainen sanktiotason yksittäistapauksellinen koventaminen todella preventiivisesti perusteltua.[10] Harvat asiaa koskevat tutkimustulokset puhuvat otaksumaa vastaan. Näkyvästä julkistamisesta huolimatta esimerkkituomioilla ei ole ollut empiirisesti havaittavia vaikutuksia (ks. *Walker* 1980 s.120 ja sama 1985 s.99 sekä *Beyleveld* 1980 s.157).

Ajatukseen yliankaran esimerkkituomion preventiivisestä tehosta voi suhtautua skeptisesti useastakin syystä. Jos yleisö edes jonkinlaisella tarkkuudella tietää yleisen rangaistustason, yliankaran rangaistuksen tuomitseminen julkisuuden henkilölle ei välttämättä lisää lainkunnioitusta ja normien sisäistämistä. Selvästi normaalilinjasta poikkeavaksi mielletty rangaistushan voi yhtälailla *heikentää* yleisön luottamusta oikeuslaitokseen. Notorisesti yleisestä linjasta poikkeavilla ratkaisuilla ei välttämättä saavuteta myöskään tavoiteltua pelotusvaikutusta. Jos yleisö todella seuraa tapauksen käsittelyä ja on tietoinen noudatetusta käytännöstä, se arvatenkin myös mieltää yliankaran sanktion liittyvän juuri tapauksen poikkeusluontoisuuteen ja tekijän erityisasemaan. Se tuskin tuntee *itseänsä* uhatuksi näin ankarin rangaistuksin, vaan mieltää ne varatuiksi poikkeusyksilöitä varten ja suhteuttaa oman käytöksensä tuntemansa normaalikäytännön mukaan. Jos yleisö *ei ole* selvillä rangaistuskäytännöstä, integraatiovaikutuksen heikentymisen edellytyksenä oleva vertailukohde puuttuu. Koska vanha käytäntö ei ole ollut yleisön tiedossa, ei varsinaisen marginaaliprevention empiirinen todistaminen milloinkaan ole mahdollista. Kovennus voidaan asiallisesti perustaa vain *toivoon*, että uusi kovennettu ja paremmin tiedotettu käytäntö vaikuttaisi preventiivisesti. Koska aikaisempi lievempi käytäntö ei ollut yleisön tiedossa, ei voida myöskään väittää tuon käytännön olleen tehoton. Sama lopputulos olisi ehkä saatu tiedottamalla vanhan käytännön mukaisista ratkaisuista tehokkaammin.[11]

Julkisuuden ohella esimerkkituomioita perustellaan vetoamalla *rikollisuu-*

---

[10] Haitallisuuskriteerin kannalta kysymys taas olisi siitä, aiheuttavatko tällaiset rikokset keskimääräistä suurempia vahinkoja ja osoittaako rikokseen syyllistyminen näissä oloissa keskimääräistä suurempaa syyllisyyttä. Tähän palataan erikseen mittaamisperusteita koskevissa tarkasteluissa.

[11] Kun oikeuskäytännössä yleisesti suhtaudutaan kielteisesti yliankariin esimerkkituomioihin, ovat perusteluina kuitenkin ratkaisutasolle luontevimmin sopivat arvoargumentit (yhdenvertaisuus, ks. esim. *Walker* 1980 s.120, *Thomas* 1979 s.35—37 sekä *Cross* 1981 s.137—138).

den kasvuun.[12] Tähän pätevät esitetyt argumentit mutatis mutandis. Rikollisuuden huolestuttava lisääntyminen koskee useimmiten niin sanottua normaalirikollisuutta ja rutiinijuttuja. Tätä torjumaan asettuneen alioikeuden yksittäinen rattijuoppoutta tai pahoinpitelyä koskeva ratkaisu tuskin saa maanlaajuista huomiota osakseen. Jos tuomio poikkeaa tarpeeksi normaalikäytännöstä, se ehkä herättää tiedotusvälineiden mielenkiinnon, mutta tieto normaalikäytännöstä sekä tuomion väliaikaisuudesta estänee tavoitellun preventiovaikutuksen, ja aiheuttaa yleisössä luultavimmin vain kummeksuvia reaktioita.

Esimerkkituomioita voi perustella lopuksi vetoamalla suoraan *oikeustajunnan ja yleisen mielipiteen vaatimuksiin*. Jotta kyse todella olisi kollektiivisesta, kansan keskuudessa vallitsevasta yhteisestä käsityksestä, täytyy tapauksen olla poikkeuksellisen törkeä ja näyttävästi yleisölle julkistettu. Tunnusmerkit toteutuvat käytännössä lähinnä sivullisten kuolemaan johtaneiden kuolemantuottamus- ja rattijuopumusrikosten sekä törkeiden väkisinmakaamistapausten yhteydessä. Kansalaismielipiteen sisällöstä ei näissä tapauksissa enää yleensä vallitse erimielisyyttä. Sen argumenttiarvoa punnittaessa on turvauduttava edellisessä jaksossa esitettyihin perusteisiin. Pelkästään sillä, että yleisön asenteita on ruokittu ehkä voimakkainkin manipulatiivisin menetelmin ja että sen käsitykset eivät siten vastaa asioita rationaalisesti ja järkevästi punnitsevan ihmisen näkökantoja, ei voi kiistää sitä sosiologista tosiasiaa, että tuon mielipiteen rauhoittamiseksi on tarve poiketa rikoksentekijöiden kohtelussa yleisesti noudatetuista ja rationaalisesti hyväksyttävistä linjoista. Nämä poikkeamat eivät myöskään ole rikosoikeuden historiassa erityisen harvinaisia. Vähin, mitä tämän paineen edessä taipuvalta ratkaisijalta voi edellyttää on, että hän mieltää

[12] Menettelyä on mahdollista tarkastella sekä esimerkkituomiona, jolloin siihen sisältyy ajatus palata aikaisemmille linjoille, että lisääntyneen rikollisuuden aiheuttamana pysyvämpänä linjamuutoksena. Jälkimmäiseen vaihtoehtoon palataan seuraavassa jaksossa. Ratkaisutilanteitten ero on tietysti liukuva. Esimerkkituomiolla tarkoitetaan yksittäistä poikkeamaa aikaisemmasta käytännöstä - esimerkiksi siirtymää ehdottomien vankeusrangaistusten käyttöön ensikertalaisia rattijuoppoja tuomittaessa - sillä perusteella, että rikollisuus on lisääntynyt olettaen, että tuomioistuin seuraavassa ratkaisussa jälleen palaa vanhaan käytäntöön. Mittaamisnormin soveliaalla muotoilulla voidaan tällainenkin "poikkeama" alistaa yleisen säännön alaiseksi siten, ettei kyse ole poikkeusratkaisusta, vaan säännön johdonmukaisesta seuraamisesta. Esimerkki: aina kun rattijuoppous lisääntyy edellisvuodesta yli viisi prosenttia, tulee virallisen tilaston ilmestymisen jälkeen ensimmäinen ensikertalainen rattijuoppo tuomita ehdottomaan vankeusrangaistukseen." Jos tämä sääntö hyväksytään, ei esimerkkituomio loukkaa yhdenvertaisuutta. Kysymys onkin taas itse asiassa juuri säännön tai ratkaisuohjeen perusteltavuudesta.

poikkeavansa yhdenvertaisuuden ja sisällöllisen oikeudenmukaisuuden periaatteista suureksi osaksi irrationaalisin perustein.[13]

Kaikkia esimerkkituomioita voi kritisoida ratkaisuperusteiden häilyvyyden ja väliaikaisuuden vuoksi. Tällainen oikeuskäytäntö on vastoin oikeusjärjestyksen perustehtäviä, stabiliteetin luomista yhteiskunnallisiin suhteisiin. Siltä osin kuin yleisö ymmärtää ratkaisujen luonteen väliaikaisuuden, se ei myöskään mielellä niitä itseään tulevaisuudessa koskeviksi. Ad hoc - tyyppiset väliaikaisratkaisut voivat myös murentaa yleisön luottamusta oikeusjärjestyksen tasapuolisuuteen ja heikentää näin integraatioprevention toteutumisen edellytyksiä.

2.4. Linjaratkaisut

Linjaratkaisu ei nojaa konkreettisen rangaistuksen vaikutukseen, vaan taustalla on usko tietyn *rangaistustason* preventiivisestä perusteltavuudesta tietyissä *tekotyypeissä*. Linjaratkaisut ovat eräänlainen väliporras, jossa tuomioistuin ottaa kantaa tasosta, jolla rangaistusten tulisi liikkua muutoinkin kuin tässä yksittäisratkaisussa. Esimerkkiratkaisuihin liittyvät universaalisuusvaatimuksen loukkaukset eivät koske tätä tilannetta. Kun tapausta arvioidaan tuomiolinjan edustajana, sivuuttuu myös yksittäisiin preventioperusteisiin rutiiniratkaisuihin kohdistettava kritiikki.[14]

Linjaratkaisuja tehtäessä rangaistuksen määrääminen on siis aidoimmillaan lainsäätäjän työn jatkamista (*Andenaes* 1974 s. 138). Siltä osin kuin yleispreventio kelpaa rangaistustasosta lainsäätäjän argumentiksi, kelvannee se myös linjaratkaisuja tekevän tuomioistuimen argumentiksi (samoin *Andenaes* 1974 s.143, ks. myös *Nousiainen* 1961 s.126-127). Kysymys onkin lähinnä siitä, *missä määrin ja millä tavoin tätä näkökohtaa voi perustellusti soveltaa lainsäädäntöpuolella*, ja *ketkä ja missä oloissa voivat seurata samaa strategiaa lainsoveltamisen tasolla*.

Yleispreventiiviseen argumentaatioon turvataan säännönmukaisesti rangaistuksia korotettaessa. Sanktiotasoa on tuskin koskaan *lievennetty* siihen vedoten, ettei rikosten ehkäiseminen edellytä käytössä olevia rangaistuksia. Ran-

[13] Lisäksi kansalaismielipidettä näennäisesti palveleva järkyttävien rikosten dramaattinen tiedotus todennäköisesti suuntaa kontrollivoimavarat kokonaisuuden kannalta epätarkoituksenmukaisesti (= heikentää preventiota ja tuottaa lisää rikoksia), samalla kun se pelkomielialoja lietsomalla kasvattaa rikosten tuottamia haittoja.

[14] Andenaesin mukaan niissä tapauksissa, joissa Norjan ylioikeudet ovat perustelleet ratkaisujaan yleisestävin näkökohdin, onkin kyse ollut lähinnä tietyn rangaistustason soveltamisesta tietyntyyppisiin rikoksiin (*Andenaes* 1974 s. 140-141 ja s. 144-145).

gaistuksia korotettaessa taas yleisin perustelu liittyy rikosten lisääntymiseen. Tällöin on kohtuullista vaatia ainakin selvitys todellisen rikollisuuden muutoksista (ks. myös *Ashworth* 1983 s.343—344). Lainsäädäntötasolla on vaadittava lisäksi arvio rangaistusten kanssa vaihtoehtoisten keinojen käyttömahdollisuuksista. Tietoinen kustannus-hyöty ajattelu onkin useassa tapauksessa johtanut muiden keinojen ensisijaisuuteen.[15] Kun tuomioistuinten käytössä ei tällaisia ole, jää sanktiotason muuntelu ainoaksi vaihtoehdoksi, jolloin siihen ymmärrettävästi on taipumus turvata hanakammin kuin jos käytössä olisi muita — parempia — keinoja. Linjaratkaisujen mahdollisuuksia pohdittaessa olisi joka tapauksessa otettava huomioon ainakin seuraavat neljä ehtoa:

(1) *Alueellinen kattavuus.* — Arvioinnissa vaikuttavat epävarmuustekijät huomioon ottaen samojen rikosten erilaiseen kohteluun maan eri osissa tuskin (poikkeustilanteita ehkä lukuunottamatta) on perusteita. Paikkakuntakohtaisten kovennusten salliminen oikeuttaisi ihmisten hyvinkin erilaisen kohtelun epämääräisen "sormenpäätuntuman" perusteella. Ratkaisut olisi siis saatettava voimaan koko maassa. Niiden tekeminen olisi näin ollen ensi sijassa korkeimman oikeuden tehtävä. Vain sen ratkaisuilla voi olettaa olevan linjaratkaisujen edellyttämä vaikutus muiden tuomioistuinten käytäntöön.

(2) *Tietopohja ja valmistelu.* — Kun kyse on lainsäädäntöä muistuttavasta toiminnasta, tulee sen perustua lainsäädäntötyötä vastaavaan valmisteluun. On hankittava systemaattinen ja luotettava tieto siitä, mitä rikollisuustilanteessa todellisuudessa on tapahtunut.[16] On myös otettava huomioon prevention syntyä koskeva teoreettinen tieto. Muutokset eivät toisin sanoen saa liikkua "terveen järjen saneleman" pelotusprevention ehdoin.

(3) *Kaksisuuntaisuus.* — Ryhdyttäessä lainsäätäjän tavoin ohjaamaan käytäntöä, on lainsäätäjän tavoin pidettävä silmällä myös kokonaisresursseja. Ne eivät kestä yksisuuntaista argumentointia ylöspäin. Jos rikollisuuden poikkeukselliseen kasvuun vastataan rangaistusten kovennuksin, on myönteinen kehitys vastaavasti otettava huomioon rangaistusten lievennyksin.

(4) *Asiallinen kattavuus.* — Koska rangaistustasoa kuvaavaa tuomiolinjaa on mahdoton havainnollistaa ja ohjata erillisratkaisuin, vaaditaan useiden ratkaisujen sarjoja sekä mieluimmin vapaita käsiä valikoida rikoksista linjaratkaisujen pohjaksi parhaiten sopivat rikosten sarjat. Tätä vapautta ei kor-

[15] Esimerkiksi asennekasvatus, rikoksentekotilanteisiin vaikuttaminen, kiinnijoutumisriskin lisääminen sekä ns. tilannekohtaiset strategiat, ks. esim. *Liikennejuopumustyöryhmä* 1985 s. 77 ss.

[16] Tätä ehtoa eivät täyttäneet esim. keskustelua herättäneet liikennejuopumusprejudikaatit (ks. myöh. jakso V.D.4.).

keimmalla oikeudella ole. Sinne tulee vain harvoin tähän tarkoitukseen soveltuvia rikoksia.

Koska ihmiset eivät havaitse pieniä muutoksia, tulisi lisäksi olla valmis melko suuriin hyppäyksiin. Tämä vuoksi esim. *Zimring-Hawkins* katsovat, että kriminaalipoliittisesti muista syistä hyväksyttävät muutokset olisivat mahdollisia ainoastaan kynnysalueen rajoissa (siis ennen kuin yleisö olisi mitään edes havainnut), ja jäisivät siten vaille tavoiteltuja vaikutuksia (*Zimring-Hawkins* 1973 s.209 ja Nytt Straffsystem 1977 s. 166). Tämä yhdistettynä jo yllä esitettyyn johtaa epäilemään vakavasti tuomioistuintasolla toteutettuja preventioperusteisia sanktiotason muutoksia.[17]

3. Erityisestävyys

3.1. Motivaatioon vaikuttaminen

3.1.1. Rangaistuskokemuksen teoreettisesta merkityksestä

Erityisprevention onnistumista mitataan yleensä uusimisriskin avulla. Arviot prevention onnistumisesta pohjaavat yleensä oletukseen, että uusimisriski on rangaistuksen vaikutuksesta vähentynyt. Tehtävänä on vain muutoksen *suuruuden* arviointi (positiivinen erityispreventio). Yhtä lailla on kuitenkin mahdollista, että riski on rangaistuksen jälkeen *lisääntynyt* (negatiivinen erityispreventio) tai pysynyt samana. Tilannetta onkin tarkasteltava ilman vaikutussuuntaa koskevia ennakko-oletuksia.

Motivaatioon vaikuttavien kanavien erottelussa on kahtiajaon varoitus/sopeuttaminen sijasta hyödynnettävä hienojakoisempaa luokitusta. Muutokset uusimisalttiudessa saattaisivat sen mukaan olla seurausta muutoksista tekijän suhtautumisessa: (a) rangaistuksiin, (b) kiellettyyn käyttäytymiseen, (c) yhteiskuntaan yleensä, taikka (d) muutoksissa tekijän kyvyssä noudattaa lakia (ks. myös *Zimring-Hawkins* 1973 s. 226).

a) *Suhtautuminen rangaistuksiin.* — Koettu rangaistus konkretisoi lain rangaistusuhan ja antaa sille tavallaan uuden painoarvon. Tosiasiallista kokemusta

---

[17] Rangaistustasoa koskevien preventioperusteisten linjaratkaisujen ehdot eivät sellaisenaan koske rikosten keskinäisen törkeysarvostelun uudelleenjärjestelyjä. Nämä ratkaisut eivät tähtää rikosten määrän vähentämiseen sanktiotason muutoksin, vaan jyvittävät rikokset uudelleen suhteessa toisiinsa. Vaikka linjaratkaisujen justifioimiseksi ei tältä kannalta asiaa tarkasteltaessa tarvitse esittää näyttöä prevention toteutumisesta, merkitsee yhden rikoksen rangaistusarvon korottaminen aina muiden kohtelun suhteellista lieventämistä. Kun ylöspäin etenevää preventioargumentaatiota jarruttavat sanktioiden kovennuksiin liittyvät muut kustannustekijät ja arvot, relatiivisten muutosten jarruna on tietoisuus, että kovennus yhdellä suunnalla merkitsee automaattisesti lievennystä toisella suunnalla.

voidaan prima facie pitää teoreettista tietoa voimakkaampana pidäkkeenä (ks. myös *Andenaes* 1974 s. 176-177). Välttämättä ei asia kuitenkaan ole näin. Lopullinen tulos on usean ja mahdollisesti eri suuntiin vetävän tekijän summa.

Rangaistuksen kohteeksi joutuminen — "rangaistusrealiteetin vahventuminen" (*Zimring-Hawkins* 1973 s. 227 viitteineen) — osoittaa, että lain rangaistusuhat on tarkoitettu otettaviksi vakavasti. Tämä tehostanee pelotusvaikutusta. Tuon tehon lisäys on periaatteessa myös suhteessa rangaistuksen ankaruuteen. Koettu rangaistuskärsimys (ja rikoksista kiinni jääminen) lisää subjektiivista sanktiovarmuutta (kiinnijoutumisriskiä) ja tehostaa sen myötä preventiota. Sen mukaan, *mikä on tekijän käsitys sanktioiden* laadusta, saattaa rangaistuksen kohteeksi joutumisella olla vastaavasti *pidäkkeitä lisäävä* (otaksui sanktiot todellista lievemmiksi), tai niitä *vähentävä vaikutus* (piti rangaistuksia todellista ankarampina, ks. myös *Andenaes* 1974 s. 177).

Varoitusvaikutus ja pelotteen konkretisointi liittyvät ennen kaikkea ensimmäiseen rangaistuskokemukseen. Jo yhden rangaistuksen langettaminen/kärsiminen realisoi abstraktin rangaistusuhan rikoksentekijälle. Useimmiten myös yksi kokemus riittää korjaamaan rangaistusjärjestelmään kohdistuneet karkeimmat virhekäsitykset. Vastaavasti se osa preventiivisestä tehosta, joka liittyy haluun välttää rangaistukseen liittyvä paheksumisarvostelma on käytetty jo ensimmäisellä kerralla. Sillä, jolla tässä suhteessa on mennyt maine yhteisön silmissä, ei enää tulevaisuudessa olisi paljoa menetettävää (*Andenaes* 1974 s. 177 ja *Zimring-Hawkins* 1973 s. 227).

Kerran käytetty rangaistus on varoitusvaikutukseltaan optimissaan. Kokemukset viittaavat siihen, että sanktioiden toistuminen johtaa nopeasti preventiivisen tehon heikkenemiseen. Tekijä tulee yhä tutummaksi järjestelmän kanssa, joka näin menettää sen keskimääräisihmiselle pelkoja synnyttävän outouden. Varoitusvaikutuksen pysyttäminen samana rikosten toistuessa edellyttää siis rangaistusten asteittaista koventamista. Vaikka siis varoitusvaikutus yhtäältä puoltaa uusimisankaroitumisen säilyttämistä, on rajallisten resurssien tilanteessa tarkkailtava, milloin alati pienentyvä rangaistusten korotuksin saatu nettohyöty alittaa kriittisen rajan.

b) *Suhtautuminen kiellettyyn käyttäytymiseen.* — Kärsityt rangaistukset johtavat myös käyttäytymisen uudelleenarviointiin. Tähän viittaavat tutkimukset, jotka osoittivat myymälävarkaudesta syytettyjen useassa tapauksessa vasta tässä vaiheessa ymmärtäneen, että he ovat syyllistyneet virheelliseen ja rangaistavaan menettelyyn. Rangaistus toimii eräänlaisena "moraalisena herättäjänä" ("moral eye-opener" ks. *Zimring-Hawkins* 1973 s. 229). Vaikka rangaistus ei tällaista "moraalista heräämistä" saisikaan aikaan, siihen liittyvät epämiellyttävät kokemukset saattavat tulla yhdistetyksi siihen käyttäytymiseen, josta rangaistus on langetettu. Näin tämä teko rangaistuskärsimysten myötä näyttäytyy tekijälleen vähemmän houkuttelevana.[18] Kaiken kaikkiaan paras te-

[18] Tavoiteltuun käyttäytymiseen liittyvät epämiellyttävät seuraukset voivat johtaa myös psykologisesti vaikeaan tilanteeseen, jossa tehtyjen päätösten järkevyys joudutaan arvioimaan uudelleen. Sen sijaan, että tunnustaisi erehdyksensä, henkilö voikin jälkirationalisoida käyttäytymisensä. Rangaistus nähdään ehkä vain maksuna, joka kyllä joudutaan suorit-

ho saavutettaneen tilanteissa, joissa rangaistus kykenee *herättämään tekijässä latentisti olevat moraaliarvostelmat*[19], tai tapauksissa, joissa rikokseen johtavat houkuttimet ja motiivit ovat vähemmän voimakkaat, ja mahdollisuudet jälkirationalisoinnein selittää käyttäytyminen hyväksyttäväksi puuttuvat tai ovat huomattavan heikot (*Zimring-Hawkins* 1973 s. 230-231).

c) *Suhtautuminen yhteiskuntaan yleensä.* — Rikollista käyttäytymistä selittävien biologisten mallien väistymisen myötä sopeuttaminen ja tekijän parantaminen menettävät asemiaan rangaistuksen motiivina. Varsinaiseen "rangaistuksin parantamiseen" tuskin enää pyritäänkään. Pikemminkin on kyse, kuten Zimring-Hawkins asian ilmaisevat, yrityksistä "rohkaista vallitsevia sosiaalisia normeja kohtaan osoitettua lojaalisuutta heikentämällä antisosiaalisia motiiveja ja asenteita ja tarjota näin rangaistuksen kohteiksi joutuneille tilaisuus arvioida sosiaaliset arvonsa uudelleen" (*Zimring-Hawkins* 1973 s. 231). Pyritään siis rikoksentekijän uskomusten, asenteiden ja arvojen muokkaamiseen "yhteiskuntaystävällisemmäksi". Parantamistavoite on yhdistetty nimenomaisesti vapausrangaistuksiin. Ajatus asenteiden muuttamisesta yhteiskuntaystävällisemmiksi sulkemalla ihminen vasten tahtoaan laitokseen vaikuttaa jo prima facie monessa suhteessa oudolta.

d) *Lainnoudattamiskyky.* — Neljänneksi on mahdollista, että koettu rangaistus vaikuttaa suoraan tekijän lainnoudattamiskykyyn. Tässä sanktioiden oletettu vaikutussuunta on negatiivinen. Tämä pätee erityisesti laitosrangaistuksiin. Työpaikan menettäminen, lainmukaisten ansiomahdollisuuksien vähentyminen, sosiaalisuhteiden katkeaminen yms. laitosrangaistukseen säännönmukaisesti liittyvät seikat heikentävät vapautetun vangin mahdollisuuksia toimia lain vaatimalla tavalla. Leimautuminen, sekä etenkin pidempiin rangaistusaikoihin liittyvä laitostuminen vahvistavat näitä mekanismeja. Kyky lainmukaiseen käyttäytymiseen on rangaistuksen kärsineellä yleisesti tavallista alempi; vain muutoksen suuruus vaihtelee. Eri rangaistuslajit ovat tässä suhteessa tosin vaikutukseltaan hyvin erilaisia.

e) *Pohdintoja ja arvio.* — Teoriassa jo pelkkä kiinnijoutuminen lisää sanktiovarmuutta ja parantaa preventiota. Sanktion itsensä merkitys voi vaihdella sen mukaan, mitä tekijä oletti teosta seuraavan. Varoitusvaikutus on oletettavasti tehokkaimmillaan ensimmäisen sanktion yhteydessä. Kaiken kaikkiaan rangaistusjärjestelmä kuitenkin on huono väline ihmisten kasvattamisessa, kouluttamisessa ja asenteiden muovaamisessa — etenkin jos oletetaan koettujen kärsimysten lisäävän solidaarisuutta yhteiskuntaa ja sen normeja kohtaan. Lähinnä vain tapauksissa, joissa rangaistus ja kiinnijääminen herättävät yksilön latentit moraaliarvostelmat ja auttavat häntä oivaltamaan teon paheksuttavuu-

---

tamaan, mutta "olihan rikos sen arvoinenkin." Koska jälkirationalisointiin on muitakin vaihtoehtoja, ja rangaistus on tuntuvana seuraamuksena vaikeasti "poisselitettävissä", johtanee menettely verraten harvoin tehdyn rikoksen "kultaamiseen" (näin myös *Zimring-Hawkins* 1973 s. 230).

[19] Vrt. esimerkiksi lainrikkomisiin yleensä paheksuvasti suhtautuvat, myymälävarkauksiin syyllistyneet "tavalliset" ihmiset, jotka eivät oivaltaneet tekonsa rikosoikeudellista merkitystä.

den, tulokset saattavat olla suotuisia. Normaalitilanteissa yhteiskuntamyönteisyyden tuskin voi otaksua kasvavan, ja prevention kannalta tilanne kääntynee heikentyneen lainnoudattamiskyvyn myötä useimmiten vain huonompaan suuntaan.

3.1.2. Empiiriset näytöt

a) *Yleistä.* — Teoreettisesti epäilyt saavat vahvistuksen uusimisriskiä selvittävistä empiirisistä tutkimuksista.[20] Käytyään läpi 231 määrätyt metodiset valmiudet täyttävää tutkimusta vuosilta 1945—1967 Lipton-Martinson-Wilks päätyivät tunnettuun pessimistiseen päätelmään "nothing works"[21]. Seuraava tutkimusten kattava sekundäärianalyysi (NAS 1979) piti edellisen raportin tuloksia jokseenkin paikkansapitävinä ("reasonably fair and accurate"), mutta liitti niihin joukon varaumia. Niistä tärkeimmät olivat: (a) tutkittujen toimenpiteitten intensiteetti jäi usein selvittämättä ja (b) päätelmät ulottuvat vain selvitettävinä olleisiin toimenpiteisiin, eivät mahdollisesti vielä kokeilematta oleviin vaihtoehtoihin (NAS 1979 s.6, 32—33). Kaksi vuotta myöhemmin ilmestyneen, vapaudessa tapahtuvaa terapiaa selvittäneen jatkoraportin (NAS 1981) päätelmät olivat vieläkin varauksellisemmat.[22] Raportin laatijat tahtoivat painottaa mm. sitä, että terapiaohjelmien heikko menestys voi johtua myös testausmenetelmien kehnosta tasosta. Tämä sai kirjoittajat päättelemään, että meiltä puuttuu toistaiseksi kaikkinainen tieteellinen pohja empiirisesti pitävien rikollisten käsittelemistä koskevien suositusten tekemiseksi (NAS 1981 s.60—64).[23]

Se, mihin käytännön päätelmiin tulokset johtavat, on jo vuorostaan arvostuskysymys.[24] Empiiristen tutkimusten toistuvasti ruokkimaa, erityispreven-

---

[20] Tekstissä käsiteltyjen sekundäärianalyysien ohella tutkimuksia on esitelty teoksessa *Bondeson* 1977 s.35—60. Erityisesti tutkimustulosten tulkintaan liittyvistä ongelmista ja varaumista on erinomainen koonnos esityksessä *Walker* 1985 s.77—92.

[21] "While some treatment programs have had a modest succes, it still must be concluded that the field of corrections has not yet formed satisfactory ways to reduce recidivism by significant amounts" (*Lipton-Martinson-Wilks* 1975 s. 627).

[22] ". . . the conclusion that "nothing works" is not necessarily justified. It would be more accurate to say instead that nothing yet tried has been demonstrated to work" (NAS 1981 s.3).

[23] Tämä on varsin lähellä Walkerin päätelmää: "In short, we are not yet in a position to estimate the 'absolute efficacy' of any English penale measure." Toisaalta Walker myös kritisoi kantaa, jonka mukaan tulokset eivät anna ratkaisijalle minkäänlaista ohjetta tai perustaa (ks. tarkemmin *Walker* 1985 s.92—93).

[24] Raportin NAS 1981 laatijoiden arvolähtökohdat tuotiin selvästi esille. Niiden mukaan rehabilitoinnin ajatus on (a) moraalisesti ja sosiaalisesti suotavin, (b) pitkällä tähtäyksellä myös taloudellisesti edullisin ja (c) sosiaalihuollon alalla saatujen kokemusten perusteella myös saatettavissa käytännössä tehokkaaksi (NAS 1981 s.22—23). Näistä lähtökohdista päädyttiin tiedollisen epävarmuuden puuttuessa ehdottamaan nykyisten hoidollisten käytäntöjen säilyttämistä; vaikkei rehabilitointimallin tehoa ollut todistettu, *saattoihan* näet

tioon kohdistuvaa skepsistä on kritisoitu ensisijassa vetoamalla sovellettujen keinojen heikkoon intensiteettiin, suunnittelun puutteeseen ja seuraamusjärjestelmään uhrattavien varojen niukkuuteen. Onkin syytä painottaa, ettei kaikkia tulevaisuudessa mahdollisia erityspreventiivisiä ja hoidollisia vaihtoehtoja voida ex ante torjua nykykäytäntöjä analysoimalla. Tilanne ehkä muuttuu tulevaisuudessa. Otaksuttavasti tämä edellyttäisi, että yhteiskunta myös muuttaisi perussuhtautumistaan rikollisuuteen ja rangaistusjärjestelmään, sekä ennen kaikkea, että yhteiskunta olisi valmis uhraamaan ongelman hoitamiseksi nykytilanteeseen nähden moninkertaisen määrän varoja. Tuomioistuintason ongelmat ovat kuitenkin muualla. Tällä tasolla tarvitaan vastaukset *nyt käytettävissä olevien* keinojen eritysestävää tehoa koskeviin kysymyksiin.

b) *Mittaamisnäkökulman kannalta merkityksellisistä selvityksistä. — Brodyn* mukaan sakkoon tuomitut uusivat rikoksensa harvemmin kuin vankeuteen tuomitut. Rangaistusajan pituudella ei tuntunut olevan ratkaisevaa merkitystä uusimisfrekvenssiin. Sama päti nuorille tarkoitettuihin erityislaitoksiin.[25] Yhdysvalloissa toteutetun koejärjestelyn avulla selvitettiin eri rangaistuslajien vaikutuksia rattijuoppoudesta syytettyjen uusimiseen. Syyttyt tuomittiin vuoroin sakkoon, tavalliseen ehdolliseen ja erilaisin hoidollisin toimenpitein tehostettuun ehdolliseen vankeuteen.[26] Kahden vuoden seuranta ei paljastanut eroja uusimisalttiudessa (*Ross-Blumenthal* 1974 s.53—60). Koska eri seuraamusten vaikutukset olivat samaa luokkaa, selvityksen laatijat suosittivat kustannus- ja rationaliteettinäkökohtiin vedoten, että ". . . in the absence of other considerations, the courts should restrict themselves to fining the offender." (*Ross-Blumenthal* 1974 s.61). Toisessa rattijuoppousrikoksia koskevassa selvityksessä rangaistuksen lievyyden todettiin korreloivan negatiivisesti uusimisriskiin (korrelaatio -.16). Kontrolloitaessa väliintulevat muuttujat yhteys kuitenkin hävisi (.03). Tutkijoiden mukaan rangaistuksen valinnalla ei ollut vaikutusta uusimistodennäköisyyteen (*Buickhuisen-Steenhuis* 1972 s.1—6).

Laitosrangaistusten vaikutuksia yleensä selvittäneessä pohjoismaisessa tutkimuksessa (*Börjeson* 1966) tuomitut jaettiin taustamuuttujien kontrolloimiseksi riskiryhmiin. Ehdoton vankeus lisäsi tämän mukaan systemaattisesti to-

---

olla niin, että se voisi olla tehoisa (ks. NAS 1981 s.102—103). Argumentointi on hyväksyttävissä niin kauan, kuin se johtaa syytetylle vähemmän kärsimystä aiheuttavaan lopputulokseen. Tämä on hyvinkin mahdollista, jos vaihtoehtoisina strategioina on van den Haagin edustama pelotepreventio tai Greenwoodin mallin mukainen valikoiva eristäminen. Kotimaisissa olosuhteissa tilanne ei välttämättä ole sama.

[25] Koska kohderyhmien eroja ei riittävässä määrin kontrolloitu, Brodyn päätelmät olivat varovaisia: ". . . there is no evidence that longer custodial sentences produce better results than shorter sentences." (ks. *Brody* 1976 s.39—41).

[26] Menettely perustui tutkijoiden ja Denverin piirituomioistuimen välillä tehtyyn sopimukseen. Tuomioistuimen kokoonpanon muututtua se ei kuitenkaan enää pitänyt kaikissa kohdin tehdystä sopimuksesta kiinni. Tulosten tulkintaan vaikuttavat ongelmat kyettiin kuitenkin tutkijoiden mukaan hoitamaan tilastomatemaattisin järjestelyin (ks. tarkemmin *Ross-Blumenthal* 1974 s.55—58).

dennäköisyyttä tulla uudestaan tuomituksi. Uusimisriski vaihteli seuraamuksen mukaan seuraavasti (ks. koonnos teoksesta *Hurwitz-Christiansen* 1983 s.376).

Rangaistuslaji	Riskiryhmät ja uusimisprosentti								
	1	2	3	4	5	6	7	8	9
Vankeus	21	27	38	40	62	77	93	100	100
Sakko	0	11	7	11	38	60	80	87	93

Samantapaisen tuloksen sai myös *Albrecht* 1982. Korkein keskimääräinen uusimisriski liittyi ehdottomaan vankeuteen (75 %). Tätä seurasivat ehdollinen vankeus (55 %) ja sakko (26 %). Uusimistodennäköisyys vaihteli tämän lisäksi rikostyypin mukaan. Taustamuuttujia kontrolloitaessa erot lievenivät, mutta puhuivat edelleen systemaattisesti lievemmän seuraamuksen puolesta (ks. *Albrecht* 1982 s.254).[27] Vuosien 1969—1970 aineistoa koskevassa Bondesonin tutkimuksessa laitosrangaistuksen havaittiin lisäävän systemaattisesti uusimisriskiä eri riskiryhmissä (*Bondeson* 1977 s. 142 ss). Uusimisalttiuden ja laitosrangaistuksen yhteys selittyi kirjoittajan mukaan etenkin vapaudenmenetykseen liittyvän työttömyyden, mielekkään työn puutteen, huonojen asuntoolosuhteiden sekä alkoholi- ja huumeongelmien perusteella (ks. *Bondeson* 1977 s.176—188).

3.2. Eristäminen

3.2.1. Yleistä

Eristämistehoa voidaan tarkastella kahdella tasolla. Voidaan pohtia, kuinka suuren osan rikoksista laitosrangaistusten käyttö kokonaisuudessaan estää eristämisvaikutuksen kautta (kollektiivinen eristäminen). Toiseksi tilannetta voidaan tarkastella tuomittavan henkilön uusimiriskin kannalta, ja esittää arvio siitä, millä todennäköisyydellä hän tulisi tekemään uuden rikoksen, ja millai-

[27] Uusimisprosentti sekä puhdistetussa että alkuperäisessä aineistossa jakaantui rikosten välillä seuraavasti (ks. *Albrecht* 1982 s.223—226):

	Liikennerikos		Varkaus		Petos	
	Sakko	Vankeus	Sakko	Vankeus	Sakko	Vankeus
Yleinen uusiminen						
- ei puhdistettu	24	47	28	86	52	67
- puhdistettu	26	36	29	81	55	61
Samankaltainen uusiminen						
- ei puhdistettu	17	36	14	56	35	58
- puhdistettu	18	29	13	59	38	52

sella varmuudella siis *hänen* eristämisensä vähentäisi yksittäisiä rikostapahtumia (valikoiva eristäminen).[28]

Muihin preventiomuotoihin nähden eristämisvaikutuksen arviointi tuntuu kaikkein helpoimmalta (ks. myös *Fould-Young* 1981 s. 20 ss.). Niin kauan kuin tuomittu istuu laitoksessa on myös (suhteellisen) varmaa, ettei hän tee uusia rikoksia. Tähän helppotajuisuuteen perustuu myös ideologian suosio yleisön keskuudessa. Se ei pakota sen enempää teoreettisiin kuin empiirisiinkään spekulaatioihin. Tämä selvyys ja arvovapaus on kuitenkin näennäistä. Uusien rikosten tekeminen ei milloinkaan ole varmaa. Yhtä lailla on epävarmaa, *millaisiin rikoksiin* tekijä oletettavasti syyllistyy. Eristämisideologia johtaa siten perustelua kaipaaviin arvoratkaisuihin: on osattava sanoa, mikä on riittävä uusien rikosten todennäköisyys ja törkeys, jotta eristäminen olisi oikeutettua, sekä myös kuinka monta "viatonta" on lupa sulkea vankilaan syyllisten löytämiseksi. Tämä on lyhyesti ns. valikoivan eristämisen ydinongelma.

3.2.2. Kollektiivinen eristäminen

Eristämistehoa yleensä koskeviin tutkimuksiin liittyy joukko epävarmuustekijöitä ja kontrolloimattomia olettamuksia, joten tulokset antavat korkeintaan karkean sormenpäätuntuman vankilan totaalisesta eristämiseen pohjaavasta tehosta. Optimistisimpiin kuuluvan arvion mukaan viiden vuoden vankeusrangaistuksen langettaminen kaikista väkivaltarikoksista vähentäisi väkivaltarikoksia Yhdysvalloissa 80 % ja kohottaisi vankiluvun kaksin- tai kolminkertaiseksi (*Shinnars* 1975). Toisen arvion mukaan (*Greenwood* 1978) po. käytäntö alentaisi rikoksia vain kolmanneksen, mutta johtaisi 450 %:n vankiluvun lisäykseen. Tätä pessimistisempi arvio päätyi viidenneksen laskuun rikostilanteessa, mutta sitä vastaisi vankiluvun kohoaminen viisinkertaiseksi Tulosten tulkinnanvaraisuuskin[29] huomioon ottaen voi yhtyä päätelmään, jonka mukaan hyötyjen ja haittojen vertailu antaa tulokseksi ". . .undramatic . . . benefits with unthinkable prison population costs." (ks. *Blackmore-Welsh* 1983 s. 507 viitteineen).

---

[28] Erottelusta "collective" ja "selective incapacitation" ks. tarkemmin NAS 1978 s.188 ss.

[29] Tutkimukset sivuuttavat usein piilorikollisuusongelmat, urakehitykseen vaikuttavat mekanismit sekä rikollisuuden alueelliseen jakautumaan liittyvät epätasaisuudet (ks. erit. NAS 1978 s.66—69 sekä 75). Laskelmat jättävät myös huomiotta, että osa rikollisuudesta toimii eräänlaisten markkinavoimien alaisina: eristämällä näiden rikosten tekijät, niiden tilalle tulevat uudet tekijät täyttämään kysynnän vaatimukset. Tällaisia rikoksia ovat esimerkiksi eräät alkoholi- ja huumausainerikokset. Myös omaisuusrikosten puolella kätkentäliiga voi tehdä "tilauksia" ja toimenpideporras etsii käsiin tilauksen toimittajan (NAS 1978 s. 65-66). Sama pätee liigarikollisuuteen, jossa menetetyn jäsenen tilalle hankitaan usein toinen (*von Hirsch* 1985 s. 121).

3.2.3. *Valikoiva eristäminen — kuvaus ja arvio*

Valikoiva eristäminen on etenkin Yhdysvalloissa saanut jalansijaa niiden tutkimusten myötä, jotka osoittavat suuren osan rikollisuudesta keskittyvän pieneen, identifioitavissa olevaan riskiryhmään. Eristämällä tuo ryhmä yhteiskunnasta, alennetaan rikollisuuden määrää tavalla, joka oikeuttaa hyvinkin pitkiin eristämisaikoihin.

Käytäntö perustuu siis ennustetutkimuksiin. Laaditun ennusteen ja toteutuneen tilanteen välistä suhdetta tarkasteltaessa olisi saatava vastaukset ainakin seuraaviin neljään kysymykseen.[30]

1 Kuinka suuri osa uusijoiksi ennustetuista todella uusi rikoksensa (true positives)?
2 Kuinka suuri osa uusijoiksi ennustetuista ei uusinut (false positives)?
3 Kuinka suuri osa ei-uusijoiksi ennustetuista jätti rikoksensa uusimatta (true negatives)?
4 Kuinka suuri osa ei-uusijoiksi ennustetuista uusi rikoksensa (false negatives)?

Kriitikot pitävät valikoivan eristämisen vakavimpana ongelmana edellä kohtaa 2 (ns. false positives ongelma). Tutkimustulosten senkundäärianalyysin laatineen Monahanin mukaan luotettavimpien tutkimusten keskeiset tulokset ovat tiivistettävissä seuraavasti (ks. *Monahan* 1981 s. 79):

Kysymykset	Tutkimukset				
	A	B	C	D	E
- True positives	34.7	20.0	14.0	41.3	14.0
- False positives	65.3	80.0	86.0	58.7	86.0
- True negatives	92.0	-	84.0	68.8	-
- False negatives	8.0	-	16.0	31.2	-
- Uusijoiksi ennustetut	49	967	154	46	438
- Ei-uusijoiksi enn.	386	-	103	106	-
- Seurantavuosia	5	4	3	3	4

A Kozol et al 1972
B Steadman & Cocozza 1974
C Cocozza & Steadman 1976
D Steadman 1977
E Thornberry & Jacoby 1979

Tutkimuksen A tulosten mukaan siis 2/3 vaarallisiksi julistetuista ei osoittautunut oletetulla tavalla vaarallisiksi. Kaikissa muissakin koonnoksen tar-

[30] Ennusteisiin liittyvistä yleisistä ongelmista katso erityisesti *Bondeson* 1977 s. 147 ss ja *Monahan* 1981.

kastelemissa tutkimuksissa tämän false positives ryhmän osuus on liikkunut 60-85 prosentin vaiheilla, samalla kun onnistuneiden vaarallisuusennusteiden luvut vaihtelivat 15-40 prosentin välillä. Eli samalla kun parhaimmillaan kyetään ennustamaan henkilön syyllistyvän 40 prosentin todennäköisyydellä uuteen rikokseen, tämän varmuuden saavuttamiseksi on kuitenkin suljettava kaksi kolmannesta laitokseen "turhaan".

Onnistuneiden ennusteiden ja virhe-ennusteiden epäedullinen suhde ei välttämättä ole ainoa — tai edes suurin — ennustemallien pulma. Myös käytetyt prediktorit tuottavat ongelmia. Niiden ryhmittely seurailee yleisiä rikollisuuden selitysmalleja. Ne jaetaan tämä mukaan tavallisesti yksilöllisiin ja yhteisöllisiin muuttujiin.[31] Tämän ohella eristämisen moraalisen arvioinnin kannalta käy keskeiseksi prediktoreiden ryhmittely sen mukaan, ovatko ne pysyviä, missä määrin niihin on mahdollista vaikuttaa ja kenen vallassa niiden muuntelu on[32]. Prediktoreihin liittyvät ongelmat tullevat parhaiten selvitetyksi Greenwoodin mallin avulla. Siinä uusimisriski arvioitiin seuraavien muuttujien avulla:[33]

1) yksi tai useampi samankaltainen aikaisempi rikos,
2) yksi tai useampi samankaltaisesta rikoksesta langetettu tuomio sen jälkeen, kun henkilö oli täyttäynyt 16 vuotta,
3) ollut nuorisovankilassa,
4) käyttänyt ns. kovia huumeita viimeisen kahden vuoden aikana,
5) on ollut eristettynä laitokseen yli puolet ajastaan viimeisen kahden vuoden aikana,
6) käyttänyt nuorena ns. kovia huumeita,
7) on ollut viimeisen kahden vuoden aikana (eristämisaika poislukien) työttömänä vähintään vuoden.

Niitä tarkastellessa paljastuu järjestelmän ilmeinen selektiivisyys *sosiaali-*

---

[31] *Yksilökohtaisiin* muuttujiin kuuluu Monahanin mukaan mm: (a) aikaisempi rikollisuus, sen laatu, määrä ja tiheys, (b) ikä (nuorten uusimisriski keskimääräistä huomattavasti korkeampi), (c) sukupuoli (miehet naisia suurempi riskiryhmä), (d) sosiaaliasema ja työllisyys (huonossa asemassa olevat työttömät suurempi riski), (e) alkoholi- ja huumeongelma, (f) koulutustaso ja älykkyys (näiden asteen ja uusimistodennäköisyyden välillä yleinen käänteinen korrelaatio), (g) siviilisääty ja perheolot (vakiintuneiden perheolojen myötä kehittyvä lähikontrolli alentaa riskiä) sekä (h) kuuluminen etniseen vähemmistöryhmään (*Monahan* 1981 s. 104-112). *Yhteisöllisistä tekijöistä* vaikuttavat mm. tuomitun lähiympäristön olosuhteet, asuinalueen sosio-demografinen rakenne, uhrien, rikoksentekovälineiden ja alkoholin saatavuus sekä jo mainituissa perheoloissa ja työympäristössä tapahtuneet muutokset sekä yleiset tilannekohtaiset olosuhteet (*Monahan* 1981 s. 133-137, ks. myös *Gabor* 1986 s.19—70).

[32] Prediktoreiden ryhmittelystä ks. erit. *Gabor* 1986 s.19 ss, jossa käytetään mm. käsitepareja yhteisölliset/yksilölliset, staattiset/dynaamiset ja annetut/hankitut.

[33] Tuon mallin esittelystä ks. tarkemmin *Blackmore-Welsh* 1983 s.510 ss ja *von Hirsch* 1985 s.176. Greenwoodin oman arvion mukaan "false positives" luku oli 4 %, mallia arvioineiden kriitikoiden mukaan se kohosi 50—60 %:iin (ks. *Blackmore-Welsh* 1983 s.516).

sen epäoikeudenmukaisuuden tarkoittamassa mielessä. Perusteiden soveltaminenhan johtaa järjestelyyn, jossa aikaisemmin rangaistut, nuoret, huonossa sosiaalisessa asemassa olevat huumeongelmaiset, naimattomat, etnisiin vähemmistöryhmiin kuuluvat, perheettömät mieshenkilöt joutuvat eristetyksi sitä varmemmin, mitä heikommissa sosiaalisissa oloissa he elävät. Prediktorit eivät sitä paitsi myönnä ihmiselle muuttumisen mahdollisuutta: kerran sovellettuna ne sopivat aina. Ensimmäinen tuomio ennen 16 ikävuotta, aikaisempien rangaistusten määrä, eristettynä ja työttömänä vietetty aika takaavat kaikki sen, että kerran näiden kriteereiden perusteella laitokseen suljettu tulee samoja perusteita soveltaen aina rikoksen tehdessään palaamaan saman järjestelmän piiriin.

Sanktiotaakan liittäminen puheena oleviin olosuhteisiin on väärin siis heikkojen integroimiseen tähtäävän laajemman sosiaalisen oikeudenmukaisuuden kannalta (nämä ryhmät ovat jo muutenkin jääneet vaille laajemman tasa-arvon edellyttämää osuutta positiivisista etuisuuksista). Puhtaasti rikosoikeudelliselta kannalta järjestely on epäoikeudenmukainen siksi, etteivät po. olosuhteet ole missään tekemisissä syytetyn vapaiden valintojen kanssa. Päinvastoin, niiden luomat heikentyneet lainnoudattamismahdollisuudet tulisi syyllisyysperiaatteen mukaisesti ottaa huomioon *lievennyksenä*.

3.3. Päätelmät ja kommentit

Vaikka eri rangaistusten erityisestävästi motivoivaa vaikutusta koskevat tulokset antavat vain niukalti positiivista ohjetta, käy niiden perusteella kuitenkin melko selväksi, että uusimisriski on sitä pienempi, mitä vähemmän sanktio kajoaa yksilön oikeuksiin. Jos tahtoo parantaa uusimisennustetta, tulisi käyttää mahdollisimman lievää seuraamusta. Tällä hetkellä uusimisriskin vähentäminen tapahtuu parhaiten varaamalla ankarat seuraamukset tapauksiin, joissa muista syistä ei lievempiä voi käyttää. Tämä pätee erityisesti laitosrangaistuksiin, mutta koska seuraamusjärjestelmä rakentuu (uusimisen myötä) asteettain ankaroituvan mallin mukaan, on tärkeätä joka portaalla hidastaa tuomitun kohoamista kohden vaikutuksiltaan haitallisinta laitosvaihtoehtoa.

Valikoivan eristämisen ydinongelma on, että vaikka voimmekin erottaa hyvin pienen ryhmän, joka uusii suurella varmuudella vakavia rikoksia, ja vaikka voimme identifioida yhtä lailla pienen ryhmän, joka ei uusi minkäänlaisia rikoksia yhtäläisellä varmuudella, on erittäin vaikea tehdä vapaudenriiston pohjaksi kelpaavia luotettavia ennusteita uusimistodennäköisyyden ollessa 50 prosentin luokkaa ja odotettavissa olevien rikosten vakavuuden vaihdellessa. Esimerkiksi huomattavaa kannatusta saaneen Greenwoodin ennusteet, joiden nojalla ihmisiä suljetaan useiksi vuosiksi vankilaan, ovat parhaimmillaan pikemminkin epätosia kuin tosia (ks. *Blackmore-Welsh* 1983 s. 525). Lantin heittä-

minen antaisi siis paremmin ennakoitavan tuloksen. Emme kuitenkaan ole valmiita sulkemaan ihmisiä vankilaan arvan perusteella. Tieteelliset selvitykset luovat illuusion näennäisen tarkasta ja hyvin perustellusta menettelystä, vaikka analyysien tulokset todellisuudessa antavat vain vähäistä ohjetta sellaiselle, joka haluaa olla varma siitä, että hän päätöksensä perusteella todella estää uusia rikoksia, eikä sulje vaarattomia ihmisiä turhaan vankilaan. Jos taas ennusteiden varmuusastetta tahdotaan korottaa, on turvauduttava oikeudenmukaisuuskäsityksiä räikeästi rikkoviin prediktoreihin — jotka sitä paitsi on usein kielletty jo perustuslaissa tai kansainvälisissä sopimuksissa (vrt. sukupuoli, rotu, etninen alkuperä ja nuori ikä diskriminointiperusteina).

Vaikka ennusteet olisivat sataprosenttisen oikeita (mitä ne eivät ole) ja vaikka prediktorit saisivat yleisen hyväksynnän, ei malli vieläkään tyydytä. Jäljelle näet jää se oikeus- ja arvoteoreettinen kritiikki, joka edellisessä luvussa kohdistettiin erilaisiin atk-sovellutuksiin. Ennustemalli edustaakin vain yhtä, tällä kertaa sisällöllisesti täsmennettyä varianttia arvo-objektivismille rakentuvista mittaamisongelman teknisistä ratkaisuyrityksistä. Tähän on liitettävissä myös rangaistusteoreettinen kritiikki. Ennustemalli tunnustaa vain yhden relevantin rangaistusjärjestelmälle asetettavan tavoitteen — yhteiskuntasuojelun eristämisen kautta. Se sivuuttaa koko rikosoikeusjärjestelmän toiminnan kannalta olennaisen moraalisen aspektin, sekä tuon järjestelmän kyvyn vaikuttaa ihmisten käyttäytymiseen asenteita ja moraalinormeja muovaamalla ja kehittämällä.

Valikoivaa eristämistä ja ennustemalleja propagoivat kirjoittajat ovat toisaalta oikeassa siinä, että ratkaisut käytännössä de facto pohjaavat usein enemmän tai vähemmän intuitiivisiin ennusteisiin ja arvioihin tuomitun tulevasta käyttäytymisestä. Tällöin voi tietysti kysyä, eikö olisi turvallisempaa tunnustaa tilanne avoimesti ja pyrkiä perustamaan nuo ennusteet intuition sijasta tilastolliseen ja systemaattiseen tietoon (ks. erit. *Gabor* 1986 s.90).

Tämä näkökulma on tarpeen pitää mielissä tarkasteltaessa eräitä kotimaisen rangaistuskäytännön ja siitä käytävän keskustelun erityispiirteitä. Julkisessa keskustelussa on usein avoimesti vaadittu ehdottomien vapausrangaistusten käyttöä rattijuopumusrikoksissa eristämistehoon vedoten. Vaikkei näistä rangaistuksista ole tuomituille hyötyä, ja vaikka niiden yleisestäväkin teho on tutkimusten mukaan vaatimaton, vankilassa istuva henkilö ei kuitenkaan vaaranna tiellä liikkujien liikenneturvallisuutta, mikä itsessään olisi riittävä peruste ehdottoman vankeuden käytölle. Toinen esimerkki arkijärkeen pohjaavasta ennustepreventiosta käy ilmeiseksi kotimaista vankitilastoa tarkasteltaessa. Noin puolet vankeusrangaistusta suorittavista kärsii tuomiotaan lievähköistä omaisuusrikoksista. Näiden rikosten vakavuus itsessään tuskin selittää sen enem-

pää kuin justifioikaan tuota käytäntöä. Todennäköisin selitys ehdottomien vankeusrangaistusten runsaaseen käyttöön omaisuusrikoksissa on tähän rikostyyppiin syyllistyvien huomattavan korkea uusimistodennäköisyys. Riski, että tuomitut syyllistyvät edelleen vastaavanlaisiin rikoksiin on laskettu niin suureksi, että eristämisen myötä estetyt rikokset painavat vaa'assa enemmän kuin ehdottomien vankeusrangaistusten kokonaiskustannukset ja kärsimykset sekä näiden rangaistusten käyttöön liittyvät oikeudenmukaisuuden ongelmat. Niin kauan kuin tämä arkijärkeen perustuva eristämisajattelu toimii intuitiivisella tasolla, ei sen rationaliteettia eksplisiittisesti koetella. Tässä valikoivan eristämisen tutkimusstrategiat kuitenkin saattavat osoittautua arvokkaiksi — niiden edustamaan arvolähtökohtaan kuitenkaan sitoutumatta.

Valikoivan eristämisen mittaamisstrategiaa realistisista lähtökohdista arvioitaessa joudutaan tunnustamaan, että mallin ennustekyky jouduttaisiin oikeudenmukaisuussyistä laskemaan varsin alas. Toisaalta päätöksen tekeminen yksin tällaisen epävarman mallin nojalla on epärationaalista. Tarvitaan siis muita ratkaisuargumentteja. Niitä ei tämä teoria tarjoa. Ratkaistavaksi siten lopulta jää, *mikä on ennusteargumenttien suhteellinen merkitys näiden muiden päätöksentekokriteerien joukossa.* Nämä tilanteet vaihtelevat ilmeisesti rikostyypin mukaan. Ns. "false negative-virhe" (vaarattomaksi ennustettu uusii rikoksen) koetaan kohtalokkaammaksi vakavien väkivaltarikosten yhteydessä, joissa vahingot ovat eräässä mielessä korvaamattomat. Toisaalta juuri väkivaltakäyttäytymisen ennustaminen on kaikkein vaikeinta. Ennusteet osuvat todennäköisesti oikeampaan omaisuusrikoksista tuomittaessa, mutta tällöin on vakavasti kysyttävä, onko kaikki päätöksentekokriteerit huomioon ottaen rationaalista tuomita syytetty usean kuukauden vankeusrangaistukseen esim. 3—4 omaisuusrikoksen estämiseksi. Eristämisajattelun dilemma on ts. siinä, että rikoksissa, joiden vakavuus oikeuttaisi määrättyyn eristämistehon tavoitteluun ennusteiden heikkous ja "false positive-ongelma" estää mallin seuraamisen, kun taas alueilla, joissa ennusteet kyllä pätevät, eristäminen ja sen edustama rangaistuskärsimys kustannuksineen ei enää vastaa saavutettuja etuja.[34] Tämä on joh-

[34] Toinen kysymys on, missä määrin järjestelmä on omaksunut eristämisnäkökohdat toimintansa pohjaksi sisällyttämällä määrätyt riskiarvioinnit oikeudenmukaisuusajatukseen. Rikosten ehkäisemisen sijasta eristäminen perustuisi siis tekijän syyllisyyteen. Ankarampi rankaiseminen ei olisi seurausta siitä, että tekijä ennustettaisiin erityisen vaaralliseksi, vaan siitä, että: ". . . some offenders reveal themselves to be more determinedly criminal than others, and therefore more deserving of punishments" (*Moore* ym. kirjoituksessa von *Hirsch* 1984 s. 180). Tämä vie keskustelun oikeusseuraamuksesta törkeysarvostelun ja relatiivisen rangaistusarvon erittelyyn. Puhe on ts. siitä, mitkä piirteet vaikuttavat syyllisyys- ja oikeudenmukaisuusarvosteluun. Tässä tarkoituksenmukaisuusnäkökohdilla kiistatta on merkityk-

tanut kotimaisessa kriminaalipolitiikassa siihen, että eristämisajattelu hyväksytään eksplisiittisesti vain kaikkein törkeimmän väkivaltarikollisuuden sanktiovalinnan ohjeena.[35] Toinen asia sitten on, missä määrin rangaistusten käyttö nojaa jo kosketeltuihin, julkilausumattomiin intuitiivisen tason eristämisstrategioihin.

Eristämispreventio on riittävän yksinkertainen säilyäkseen edelleen keskeisenä ja ainakin yleisön kannattamana tuomitsemisperiaatteena. Valikoiva eristäminen on kuitenkin vain yksi esimerkki kriminaalipoliittisista patenttiratkaisuista, joita rangaistusjärjestelmän mahdollisuuksiin liiaksi luottavat (kriminaali)poliitikot tahtovat tarjota. Rangaistusjärjestelmällä on toki oma marginaalinen tehonsa. Tuo vaikutus on kuitenkin siinä määrin vähäinen, ettei sen muutoksilla suuntaan tai toiseen ole niin suurta merkitystä, että yhteiskunnan sen vuoksi kannattaisi luopua yleisesti hyväksymistään oikeudenmukaisuuden tavoitteista. Kriminaalipoliittisena ideologiana valikoiva eristäminen heijastelee samoja lähtökohtia, kuin mikä hyvänsä yksilöllisiä selitysperusteita ja yksilöllistä vastuuta yhteiskunnallisten tekijöiden kustannuksella korostava ideologia. Tämä osaksi selittääkin sen viime vuosina saaman suosion Yhdysvalloissa. Pohjoismaiden kriminaalipoliittiset lähtökohdat huomioon ottaen siitä tuskin on täällä vakavasti otettavaksi vaihtoehdoksi (ks. myös *Anttila-Törnudd* 1983 s. 169-170).

---

sensä. Von Hirsch on asiasta kuitenkin eri mieltä. Hän on useassa yhteydessä korostanut, etteivät tarkoituksenmukaisuutta tavoitteleva ja syyllisyysperusteinen uusimisankaroituminen osu yksiin. Niinpä uusiminen korottaa syyllisyyttä vain, jos tekijää on aikaisemmin rangaistu, ennustaminen ei tätä edellytä: ansainnan periaate korostaa tuomittavana olevaa tekoa, ennustamisen kannalta tämä on irrelevantti; moraalisessa arvioinnissa tärkeintä on aikaisempien rikosten törkeys ja lukumäärä, ennustamisen kannalta myös moraalisesti merkityksettömillä seikoilla on vaikutusta (*von Hirsch* 1984 s. 185-187 sekä 1985 s. 132-138). — Von Hirschin esityksessä korostuu ajatus, jonka mukaan moraalikannanottoja ei voi tukea rationaalisin tarkoituksenmukaisuusargumentein. Moraali tuntuu olevan jotakin intuitiivista, joka tulee nähdä tarkoituksenmukaisuusongelmista erillään. Se, ettei kaikkea tarkoituksenmukaista voi osoittaa oikeudenmukaiseksi, ei kuitenkaan estä meitä selvittämästä oikeudenmukaisuuskäsitystemme rationaliteettia. On hyvä tietää, voidaanko oikeudenmukaiseksi kokemillemme järjestelyille, etenkin silloin kun ne kajoavat ihmisten perusoikeuksiin, esittää mitään rationaalista selitystä. Jos tällaista selitystä ei ole mahdollista konstruoida, on vakavasti pohdittava, onko tuo intuitiivisesti oikeana pitämämme järjestely todella paras mahdollinen.

[35] Tarkoitan tässä vaarallisten rikoksentekijöiden eristämistä VaarRikL:n säännösten nojalla. Tuon käytännön ja sen perusteiden laajempi arviointi ei kuitenkaan kuulu tämän esityksen tehtäviin.

4. Lopuksi

1. Rangaistusten käyttö ei ole itsetarkoitus. Järjestelmän tehtävä on rikosten ehkäisy ja sen kautta hyvinvoinnin lisääminen ja oikeudenmukainen jakaminen. Rangaistusten käytön oikeutus on sidottu järjestelmän yhteiskuntaa hyödyttäviin vaikutuksiin. Rangaistuksia on lupa käyttää siihen pisteeseen saakka kuin saavutetut edut ovat aiheutettuja haittoja suuremmat, eikä tarjolla ole toista moraalisesti hyväksyttävämpää ja kohtuullisin kustannuksin toimeenpantavaa menetelmää.

2. *Oikeushistoria* osoittaa rangaistusten tason ja rikollisuuden määrän vaihtelevan jokseenkin toisistaan riippumatta.[36] *Oikeusvertailu* tuottaa saman tuloksen: sanktiojärjestelmien ja rikollisuuden tason välillä ei ole suoraa yhteyttä. Myös uudempi *kriminaalipoliittinen ja kriminologinen tutkimus* on osoittanut, etteivät vähäisemmät rangaistusjärjestelmän muutokset ole heijastuneet pysyvästi rikosten määriin. Kun rangaistusten korotukset eivät ole sanottavasti rikoksia vähentäneet, on myös perusteltua otaksua, ettei vastaavilla lievennyksilläkään ole tässä suhteessa ratkaisevaa merkitystä. Näistä lähtökohdista on perusteltua pyrkiä nykyisen sanktiotason yleiseen lieventämiseen.[37]

3. Mitä yleisen *oikeustajunnan sisältämään sovitusvaatimukseen* tulee katson, että *yleisön perusteetonta rangaistusmielisyyttä on moraalinen oikeus vastustaa.* Tämä seuraa jo hyväksytyistä *kriminaalipolitiikan yleistavoitteista.* Rangaistuksen tuottama kärsimys on yksi kontrollin haitoista. Puutteelliseen tietoon pohjaava perusteeton rangaistusmielisyys sotii siten yleistä minimoimistavoitetta vastaan (ks. *Anttila* 1975 s.286 sekä *van Dijk* 1979 s.37). Samaan päädytään yleisestä *humaniteettinäkökohdasta*, jonka mukaan on oikein järjestää sosiaaliset instituutiot siten, että ne tuottavat niin vähän kärsimystä kuin mahdollista.

4. Suurimmat vaikeudet rikosoikeuden humanisoinnissa liittynevät oikeustajuntaan ja sen kautta rangaistuksen moraalia luovan vaikutuksen ehtona olevaan järjestelmän legitimiteettiin. Toisaalta, kun sanktiotason säilyttämistä perustellaan oikeustajuntaan ja sen kautta integraatiopreventioon vedoten, joudutaan määrättyyn paradoksiin. Tason pysyttämistähän perustellaan sillä, että yleisö otaksuisi rikosten lisääntyvän, mikäli sanktioita laskettaisiin. Tämän muutoksen herättämä pelko taas heijastuisi osittaisena legitimiteettikriisinä ja sen kautta lisääntyvänä rikollisuutena. Eli: vaikka nykyinen sanktiotaso ei suo-

[36] Ks. esim. tarkasteluja teoksissa *Kekkonen-Ylikangas* 1982 ja *Lappi-Seppälä* 1982a.

[37] Samoin erityisesti vankeusrangaistuksen käytön suhteen Ruotsissa SOU 1986:14 s. 77 ja erit. s. 80.

ranaisesti olisi tarpeen rikosten ehkäisemiseksi, on se ehkä välttämätön sen vuoksi, etteivät ihmiset liian alhaiseen sanktiotasoon tyytymättöminä ja järjestelmään luottamuksensa menettäneinä syyllistyisi niihin rikoksiin, joiden varalta yleisön mielestä tulisi sanktiot pitää riittävän korkealla. — Joka hyväksyy rangaistuskärsimyksen aiheuttamisen itseisarvoisena moraalisena oikeutena, ei välttämättä koe tätä ongelmana. Joka ei tähän usko, pitää tilanteessa ainoana hyväksyttävänä tavoitteena sanktiotason laskemista niin alas kuin pragmaattiset, järjestelmän viimekätiset justifiointiperusteet sallivat.

5. Kriminaalipolitiikan historia opettaa suhtautumaan realistisesti mahdollisuuksiin vaikuttaa kehityksen laajoihin kaariin tietoisen ja perustellun kriminaalipolitiikan keinoin. Tämä pätee, paitsi rikollisuuteen, myös rangaistusjärjestelmään. Jo se, että olosuhteiltaan niinkin läheisten Pohjoismaiden rangaistusjärjestelmissä on nykyisenkaltaiset erot (erit. Suomen korkea vankiluku), antaa aiheen määrättyyn skepsikseen mahdollisuuksista rationaalisin keinoin määrätä rangaistuksen käytöstä yhteiskunnassa (ks. *Eckhoff* 1984 s.19). Toisaalta, vaikka repression perustaso määräytyy rakenteellisesti ja vailla suoria yhteyksiä vallitsevaan kriminaalipoliittiseen teoriaan, on aina mahdollista pyrkiä *lisäämään* rationaalin ajattelun ja suunnittelun osuutta kriminaalipolitiikassa.[38] Tärkeänä lenkkinä tässä prosessissa on yleisen oikeustajunnan valistaminen tuottamalla tosiasioita vastaavaa tietoa rikoksista ja rikollisuudesta sekä rangaistusjärjestelmästä — siihen liittyvine hyötyineen ja haittoineen.

Kokonaisrepression systemaattiseen lieventämiseen ei tietenkään tule pyrkiä sokeasti, vaan pitämällä jatkuvasti silmällä rikollisuustilanteen ja sanktiotason suhteita. Jos on ilmeistä ja empiirisesti perusteltua, että sanktioiden lievennys todella on johtanut — tai on johtamassa — rikollisuuden vakavampaan kasvuun, täytyy yhtä lailla olla oikeus strategian uudelleen muotoiluun. Oletettavasti tällainen raja myös ennen pitkää tulee vastaan. Tämän hetken tutkimustieto ja Suomen sanktiotaso huomioon ottaen tuo raja on kuitenkin vielä etäällä.[39]

---

[38] Näistä lähtökohdista on perusteita ottaa kantaa — joskaan ei "oikeaan rangaistustasoon" — niin ainakin siihen *suuntaan*, johon järjestelmää tulisi nykytietämyksen perusteella kehittää.

[39] Rangaistustasoa koskevista suosituksista käytännössä tuskin päästään yksimielisyyteen. Jopa esitetyn yleissuosituksen suunnasta voidaan olla eri mieltä. Olen edellä pyrkinyt tuon suosituksen moraalisten ja empiiristen premissien mahdollisimman avoimeen esittelyyn, ja pidän huomattavan epätodennäköisenä, että käytössä oleva historiallinen, vertaileva ja kriminaalipoliittinen tutkimus oikeuttaisi moraalisesti hyväksyttävistä lähtökohdista olennaisesti toisenlaiseen lopputulokseen. Kun keskustelussa kuitenkin välttämättä vaikuttavat kunkin henkilökohtaiset arvostukset ja asenteet, joiden systemaattinen ja rationaalinen koet-

Kaikesta jo esitetystä seuraa, että mikäli tuomioistuin perustaa yksittäisen ratkaisunsa ao. rangaistuksen *yleispreventiiviseen pelotusvaikutukseen*, menettelee se mitä todennäköisimmin ylioptimististen käsitysten vallassa, ja joka tapauksessa vailla pitävää tiedollista perustaa. Konkreettisissa ratkaisuissa rangaistusten tason ei tulisi edustaa tuomioistuimelle välinettä yleisprevention tavoitteluun, vaan keinoa, jolla se tuo esiin tuomittavan rikoksen törkeyden suhteessa muihin tekoihin.

Yksittäiseen rangaistukseen liittyvät konkreettiset preventiovaikutukset saattavat perustellusti vaikuttaa ratkaisun sisältöön vain, milloin kyse on *erityisestävyydestä sen negatiivisessa merkityksessä*. Tietyissä tilanteissa on aiheellista välttää laitosrangaistusta silloinkin, kun rikoksen rangaistusarvo tällaista seuraamusta edellyttäisi, mikäli syytetyn elämäntilanteen ja henkilökohtaisten olojen perusteella on ilmeistä, että sanktiolla olisi häneen erityisen haitalliset vaikutukset. Myös ns. kohtuussyyt oikeuttavat aika ajoin lieventämään kohtelua siitä, mitä abstraktein säännöin määritettävä rikoksen rangaistusarvo normaalisti edellyttää.[40]

Vaikkei tuomioistuinten siis tulisi perustaa rangaistuskäytännön muutoksia sanktioiden välittömään rikollisuutta alentavaan vaikutukseen, ei tästä seuraa, etteikö myös tuomioistuintasolla olisi tarkoituksenmukaista aika-ajoin tarkistaa vallitsevaa rangaistustasoa. Jos ja kun tällaisiin muutoksiin rangaistuskäytännössä pyritään, tulisi sen perustua *tarpeeseen korjata rikosten keskinäistä rangaistusarvoa*. Tämä vie tarkastelut sanktiotasosta relatiivisen rangaistusarvon ja mittaamisperusteiden puolelle.

---

telu on äärimmäisen vaikeata, on selvä, että sanktiotasoa koskevista kysymyksistä tullaan olemaan eri mieltä. Tämän vuoksi lienee paikallaan muistuttaa rangaistusarvoa ja törkeysarvostelun perusteita koskevien käsitysten olevan itsenäisiä suhteessa kysymykseen sovellettavasta sanktiotasosta. Erimielisyys nykyisen rangaistustason sopivuudesta ei ts. estä pääsemästä yksimielisyyteen sovellettavista törkeysarvostelun kriteereistä.

[40] Sanktiotasoa koskevat päätelmät poikkeavat melko lailla *Nousiaisen* vastaavista. Nousiainen perusteli nykyisen sanktiotason säilyttämisen sillä, että taksatiivitradition mukainen käytäntö toteuttaa niin oikeudenmukaisuuden, yleisprevention kuin erityisestävän varoitusvaikutuksenkin vaatimukset (*Nousiainen* 1961 s.146-147). Tältä vyöhykkeeltä olisi kuitenkin tarpeen poiketa ankarampaan suuntaan kriisiaikoina, rikollisuuden äkillisesti kasvaessa sekä parantumattomien rikoksentekijöiden eristämistarpeen niin vaatiessa (mts. 147-148). Suositusten lopputuloksena olisi siten nykyinen sanktiotaso, jota aina aika ajoin olisi oikeus yleis- ja erityisestävin syin korottaa. Nousiainen ei juuri perustele esitystään sen enempää rationaalisin kuin empiirisinkään syin. Tätä olisi kuitenkin lupa vaatia jo oikeusturvaan vedoten, sillä malliin on rakennettu sisään mekanismi, joka tiedollisen epävarmuuden tilassa johtaa jatkuvaan sanktioiden ankaroitumiseen. In dubio mitius -säännön sijasta suositus toteuttaa periaatetta in dubio maximus.

F. MITTAAMISPERIAATTEISTA MITTAAMISPERUSTEISIIN

1. Lähtökohdat

1.1. Preventiointressi ja käyttäytymisen haitallisuus

Relatiivista rangaistusarvoa ja rikosten keskinäistä jyvittämistä koskevissa pohdinnoissa rangaistustasoa koskevat päätökset oletetaan jo tehdyiksi, tai tehtäväksi joka tapauksessa toisessa yhteydessä. Kysymys on vain annetun rangaistusvolyymin allokoinnista ja jakoperusteiden justifioinnista systeemin sisällä. Kun rangaistuksen käytöstä joudutaan päättämään annettujen resurssien rajoissa, on tehtävä kompromisseja eri arvostusten kesken.[1] On keskityttävä tärkeimpinä pidettävien etujen suojeluun. Rikokset on jyvitettävä niiden keskinäisen *preventiointressin* mukaan. Lähtien siitä, että rangaistuksen ankaruus ja tehokkuus ovat karkeassa vastaavuussuhteessa, on järkevintä porrastaa seuraamusten suuruus tekojen haitallisuuden mukaan. On tärkeämpää, että haitalliset teot tulevat tehokkaammin ehkäistyksi kuin vähemmän haitalliset.

Haitallisuus viittaa siihen, kuinka vältettävinä tekoja pidetään. Samaa tarkoittaen puhutaan usein myös teon vahingollisuudesta tai vaarallisuudesta. Muitakin vaihtoehtoja on. Rikosoikeuskomitean käyttämän terminologian mukaan haitallisuus määräytyy sen mukaan, missä määrin teko haittaa ao. elämänalueen tavoitteita (Rikosoikeuskomitea 1976 s.48—49). Perinteisin termein haitallisuuden määrää loukatun oikeushyvän arvo ja loukkauksen laajuus. Haitallisuuden arviointi johtaa siis lainsäädäntötasolla näkökohtiin, joiden nojalla yhteiskunnassa päätetään suojeltavista intresseistä ja näiden painosta. Mittaamisperusteiden soveltamisen kannalta tuomioistuimissa kysymys on siitä, kuinka ottaa nämä näkökohdat huomioon tunnusmerkistön tulkinnassa.

---

[1] Jakoa hallitseva niukkuus auttaa myös ymmärtämään, miksi relatiivinen näkökulma koetaan yleisesti oikeudenmukaisuusnäkökulmaksi. Oikeudenmukaisuusteoriathan ovat juuri teorioita siitä, kuinka päättää etujen ja rasitusten jaosta niukkuuden vallitessa. Yltäkyllläisyyden tilassa kaikki jakotavat olisivat "oikeudenmukaisia" (ks. esim. *Uusitalo* 1973 s.12—13).

1.2. Prevention mahdollisuus ja käyttäytymisen kontrolloitavuus

Toisia tekoja voi estää *tehokkaammin* kuin toisia. Rajallisten resurssien tilanteessa olisi epärationaalista tuhlata kaikkia voimavaroja kaikkein törkeimpien tekojen ehkäisemiseen, jos samalla on ilmeistä, ettei tässä onnistuta ja toisaalta olisi todennäköistä, että vähemmän tärkeiden tekojen ehkäiseminen osoittautuisi hyvinkin tehokkaaksi. On siis otettava huomioon käyttäytymisen *kontrolloitavuus* ja se, missä määrin suojattavia intressejä loukkaavia tai vaarantavia tekoja voi säännellä rangaistuksin.

Käyttäytymisen kontrolloitavuuden ja rangaistusvastuun suhteista voi esittää kaksi tulkintaa. Kontrolloitavuuden kasvu joko lisää tai alentaa vastuuta (vrt. esim. *Cross* 1981 s.161 ja SOU 1986:14 s.68). Ruotsin vapausrangaistuskomitea torjuu ensin mainitun vaihtoehdon, koska näin päädyttäisiin rankaisemaan lievästi sellaisia vaikeasti estettäviä rikoksia kuten murha, samalla kun helpommin estettävät rikokset — esimerkiksi liikennerikkeet — olisi sanktioitava ankarammin. Lopputulos on mietinnön mukaan mahdoton, joten jyvityskriteeriksi olisi asetettava rikosten "moitittavuus" (ks. SOU 1986:14 s.68).

Vaikka onkin prima facie loogista vaatia heikentyneen kontrolloitavuuden kompensoimiseksi kovempia rangaistuksia, lähempi tarkastelu osoittaa menettelyn paitsi perusteettomaksi, myös epärationaaliseksi. Ensinnäkin ratkaisussa vaikuttaa kontrolloitavuuden ohella haitallisuuskriteeri. Jos rikokset oletetaan jälkimmäisen ominaisuuden suhteen samanarvoisiksi ja verrattavina olisivat esimerkiksi vaikeasti ja helposti estettävien henkirikosten sanktiointi, ei kontrolloitavuuden painottaminen enää johtaisikaan Ruotsin vapausrangaistuskomitean olettamiin vaikeuksiin. Kun lisäksi otetaan huomioon, että rangaistusarvo aina vahvistetaan tietyn systeemin sisällä ja annettujen resurssien rajoissa, havaitaan, että heikentynyt kontrolloitavuus on lopultakin rationaalisesti perusteltavissa oleva lievennysperuste.[2] Tehtäessä päätöksiä rangaistusten allokoinneista annetun systeeminen sisällä on näet kokonaisvolyymi pidettävä samana. Korotettaessa rangaistuksia yhdellä suunnalla, on niitä muilla aloilla laskettava. Jos katsomme, että provokaatio heikentää motivointikykyä ja sen myötä preventiotehoa, ja samalla olemme sitä mieltä, että menetetyn preventiovaikutuksen kompensoimiseksi on tarpeen korottaa provosoidun törkeän pahoinpitelyn rangaistusta, edellyttää tarkoituksenmukaisuus tällöin myös *harkittujen* pahoinpitelyrikosten rangaistusten *korottamista*. Tärkeintä on itse vahinkojen estäminen. Vahinkoihin ei taas sillä, kuka ja missä oloissa teon tekee, ole merkitystä. Ei olisi rationaalista uhrata samaa resurssimäärää yhtä suurien vahinkojen estämiseen, jos tuotokset poikkeaisivat toisistaan. Jos kui-

[2] Eikä siis missään nimessä kovennusperuste, kuten *Cross* 1981 s.161 esittää.

tenkin korottaisimme sekä provosoitujen että provosoimattomien pahoinpitelyrikosten rangaistuksia, ylittäisimme ennen pitkää tälle rikostyypille varatun osan sanktioiden kokonaismäärästä (ts. osan joka sille on rationaalista varata). Tuo ylitys ilmenisi tuntemuksena, jonka mukaan po. rikosten rangaistustaso asettuu ristiriitaan muiden rikosten kanssa olosuhteissa, joissa tätä ristiriitaa ei voida korjata kaikkien muiden rikosten sanktioita korottamalla.

Resurssien niukkuuden vallitessa rangaistusvolyymin optimaalinen allokointi edellyttää, että kun on kyse samantasoisesta preventiointressistä, kontrolloitavuuden heikentyminen alentaa rangaistuksia ja päinvastoin. Molemmat näkökohdat ovat tietysti koko ajan samanaikaisesti mukana. Järjestelmän tarkoituksenmukaisuutta ei arvioida yksinomaan sen kannalta, kuinka hyvin se on onnistunut ehkäisemään kiellettyjä tekoja, vaan myös sen mukaan, kuinka *tärkeätä* ja *perusteltua* näiden tekojen välttäminen on ollut. Jos preventiointressit ovat yhtäläiset, ratkeaa rikosten keskinäinen jyvitys niiden kontrolloitavuuden mukaan. Jos kontrolloitavuus on yhtäläinen ja preventiointressit vaihtelevat, kannattaa rangaistukset keskittää rikoksiin, joiden ehkäiseminen on muita tärkeämpää. Käytännössä näin mekaanisia rinnastuksia ei luonnollisestikaan voida suorittaa. Ne kelpaavat kuitenkin argumentaation lähtökohdiksi. Preventiointressin ja kontrolloitavuuden kasvaessa toisin sanoen teon rangaistusarvo kohoaa; niiden vähetessä rangaistusarvo laskee. Kontrolloitavuus saattaa vaihdella *tekotyypin* tai *konkreettisten teko-olosuhteiden* mukaan. Siihen saattavat vaikuttaa edelleen erilaiset, *tekijän henkilöön pysyvämmin tai tilapäisemmin* liittyvät seikat ja ominaisuudet.

> Kun preventiotutkimusten antaman tiedon tukeen on rangaistustasosta keskusteltaessa suhtauduttu määrätyin epäilyin (ks. edellä jakso E.2.), voi kysyä miksi asiat relatiivisen rangaistusarvon puolella olisivat yhtään sen paremmin. Absoluuttisen rangaistustason ja relatiivisen törkeysarvostelun päätökset perustuvat erilaiseen argumentaatioon ja myös näyttökynnys on toinen. Absoluuttisen tason korotuksille on lupa asettaa korkeampi näyttökynnys kuin argumenteille, joiden nojalla rikoksia vain jyvitetään keskenään. Jälkimmäisessä tapauksessa jaettava rangaistusvolyymi ja sanktioiden keskimääräinen kokonaistaso oletetaan annetuksi ja perustelluksi. Tälle ratkaisulle ei relatiivisessa suhteessa voi enää tehdä mitään — siitä huolimatta, että päätyisi pitämään sitä epämielekkäänä. Vaikka sanktiotaso *kokonaisuudessaan* olisikin perusteeton (liian lievä tai ankara), on se joka tapauksessa allokoitava *parhaalla mahdollisella tavalla*. Ollaan ts. eräänlaisessa "pakkotilassa". Rangaistukset on jyvitettävä *jollakin tavalla*.[3] Jyvityskriteereiden tueksi vaaditaan

[3] Voi myös sanoa, että yhteys prevention tavoitteluun on mittaamisperusteita sovellettaessa jo paljon välillisempi kuin tehtäessä päätöksiä rangaistustasosta, jolla ajatellaan vaikutettavan suoraan rikosten määrään.

muutakin kuin intuitiivinen tunne käyttäytymisen moitittavuudesta. Muussa tapauksessa rikosoikeusjärjestelmän funktioksi muodostuu vastoin järjestelmätason justifikaatiota intuitiivisen ja perustelemattoman positiivisen moraalin vahvistaminen. Väittämättä, että konkreettisissa mittaamisratkaisuissa tulisi toimia järjestelmän pragmaattisten perustavoitteiden välittömästi ohjaamana, on mahdollista vaatia, että perusteilla, joita seuraten ratkaisu tehdään, on mielekäs yhteys koko järjestelmän tavoitteisiin.[4] Preventiotiedon epäluotettavuus ei riitä vasta-argumentiksi, sillä muilla vaihtoehdoilla ei ole senkään edustamaa tukea.

Tässä vaiheessa ei tehtävänä ole vielä konkreettisten mittaamisperusteiden tarkempi erittely, vaan tavoitteeksi asetetaan mittaamisperusteiden formuloinnissa hyväksyttävien karkeiden lähtökohtien ja yleisten tavoiteperiaatteiden välisen yhteyden osoittaminen.

2. Henkilökohtaiset ominaisuudet ja käyttäytymisen kontrolloitavuus

2.1. Teoria

Henkilöön liittyvistä seikoista vaikuttavat käyttäytymisen kontrolloitavuuteen ennen kaikkea tekijän tiedolliset valmiudet, persoonallisuus ja asenteet, henkilökohtaiset olot ja asema sekä rangaistuskokemukset.

Tieto. — Joka ei ole selvillä teon rikosoikeudellisesta luonteesta, ei myöskään ole motivoitu siitä pidättäytymään. On sen mukaan epärationaalista uhrata resursseja sinne, missä preventiivinen teho tiedon puutteen vuoksi jää vähiin tai uupuu kokonaan. Epäselvyys teon rangaistavuudesta tai tosiasiallisesta luonteesta oikeuttavat siten sanktioiden lievennykseen tai niistä kokonaan luopumiseen.

Persoonallisuus ja asenteet[5]. — Ihmisten alttiuteen motivoitua rangaistuksin vaikuttavat henkilön kokonaispersoonallisuus, asenteet ja sosiaalinen status (ks. seuraavan johdosta erityisesti *Zimring-Hawkins* 1973 s. 96 ss). Optimistit ja pessimistit arvioivat kiinnijoutumisriskin eri tavoin. Riskejä pelkäävät, luonteeltaan harkitsevat ja tulevaisuuteen suuntautuneet ihmiset tulevat tehokkaammin vaikutetuiksi rangaistusuhin kuin harkitsemattomat, tähän päivään keskittyneet riskinottoon taipuvaiset henkilöt (*Zimring-Hawkins* 1973 s.

[4] Kysymykseen arvo- ja tavoiteargumenttien suhteista palataan vielä tämän jakson lopussa.

[5] Persoonallisuuden ja asenteiden ero on liukuva. Asenteet voidaan ymmärtää myös persoonallisuutta luonnehtiviksi tekijöiksi (ks. *Zimring-Hawkins* 1973 s. 118 viitteineen).

100-101). Voimakkaasti *sosiaalistunut* henkilö tottelee lain määräyksiä seurauksiin katsomatta ja on myös keskimääräistä herkempi ympäristön paheksunnalle (*Zimring-Hawkins* 1973 s. 119-121). Sosiaalistumisen ohella persoonallisuuden *autoritäärisyys* johtaa tiiviimpään normien noudattamiseen. Tällainen henkilö noudattaa määräyksiä kuitenkin sisäisen tarpeen sanelemana, ei sen vuoksi, että hän kokisi määräysten rikkomisen moraalisesti vääräksi. Kielto sinänsä onkin tällaiselle henkilölle riittävä syy teosta pidättäytymiseen.[6]

Lakia rikkovat siis lähinnä henkilöt, jotka eivät ole normeja sisäistäneet ja jotka eivät tunne "tarvittavaa auktoriteetin kunnioitusta", taikka joiden mahdollisuudet lainmukaiseen käyttäytymiseen ovat rajalliset. Mitä tehokkammin järjestelmä toimii, sitä selvemmin myös rikoksentekijöiksi valikoituvat erottuvat muusta kansanosasta. Esimerkiksi uusijoiden osuuden kasvu ei siis välttämättä todista järjestelmän tehottomuudesta. Päinvastoin se voi viitata siihen, että yhä suurempi osa keskimääräiskansalaisista pidättäytyy normien rikkomisista rikosten jäädessä yhä suppeamman ja eristetymmän yhteiskuntaan sopeutumattoman ryhmän harteille.[7]

Välitön yleispreventio olisi siten tarpeen lopultakin vain varsin pienen ryhmän motivoimiseksi. Sosialisaatioprosessin tehtyä tehtävänsä suuri osa ihmisistä noudattaa lakia jo normien sisäistämisen kautta, toinen ryhmä pelkästä auktoriteetin kunnioituksesta. Kääntäen sama merkitsee, että laskelmointiin perustuva lainrikkominen — se lainrikkominen johon pelotuspreventiolla toivotaan vaikutettavan — jää harvinaiseksi (ks. myös *Lindén-Similä* 1982 s.112-116 ja 133). Tehtäessä kriminaalipoliittisia hyöty- ja haittavertailuja ja arvioitaessa vaihtoehtoisten rangaistusten tuotoksia, potentiaalista rikosvolyy-

[6] Sosiaalistuneille ja autoritäärisille ihmisille on yhteistä muodollisen sanktiopelon vähäinen osuus. Autoritäärinen henkilö ei kuitenkaan ole välttämättä sosiaalistunut (vrt. jyrkkä suhtautuminen poikkeaviin ja vähemmistöjen syrjintä), eikä autoritäärisyys välttämättä edellytä vahvoja ja perusteltuja moraalikannanottoja (käsitys oikeasta ja väärästä muuttuu auktoriteetin myötä, ks. *Zimring-Hawkins* 1973 s. 122). Prevention kannalta nämä molemmat ryhmät ovat otollisempia kuin anti-autoritäärinen ihmistyyppi, joka ei ole sisäistänyt kaikkia yhteiskunnan arvoja, ja joka ei ole valmis kyselemättä hyväksymään ylemmän määräyksiä. Tällaisen anti-autoritäärisen ihmisryhmän preventioalttius saattaa useassa tapauksessa muiden motivointikeinojen (normien sisäistämisen ja auktoriteetin kunnioituksen) osoittautuessa riittämättömäksi jäädä pelotusvaikutuksen varaan (*Zimring-Hawkins* 1973 s. 123-124).

[7] Tämä onkin *Foucaultin* ja *Mathiesenin* mukaan itse eräs vankilajärjestelmän pääfunktioita. Vankila on osaltaan säilyttämässä näkyvää, selvästi erottuvaa ja salaisesti hyödyllistä laittomuuden muotoa. Valvonta keskittyy poliittisesti ja taloudellisesti vähemmän vaaralliseen ja helposti identifioitavissa olevaan lainrikkojuuteen, ks. *Foucault* 1980 s.308, 313—315, *Mathiesen* 1974 s.77—78 ja *Lappi-Seppälä* 1982a s.161—164 sekä järjestelmän suodatinvaikutuksesta yleensä *Andenaes* 1977 s.100-101.

miä eivät edusta koko kansan, vaan ainoastaan tietyn marginaaliryhmän tekemät tai tekemättä jättämät rikokset (ks. *Zimring-Hawkins* 1973 s. 125).

Henkilökohtaiset olot ja asema. — Tekijän mahdollisuudet toimia lain vaatimalla tavalla vaikuttavat suoraan todennäköisyyteen syyllistyä rikoksiin. Rikos on usein huonossa sosiaalisessa asemassa olevalle keino sen saavuttamiseksi, mihin muilla on lailliset mahdollisuudet (*Zimring-Hawkins* 1973 s. 125-127). Korkea sosiaalinen asema korreloi lisäksi usein muiden preventioalttiutta korostavien persoonallisuuspiirteiden kanssa. Hyvässä asemassa olevilla on paremmat perusteet yhteiskunnan normien sisäistämiseen ja niiden hyväksymiseen. Tällaisen henkilön tulevaisuus on myös sen verran valoisa, että sitä kannattaa suunnitella. Mitä lukuisammat ja kiinteämmät sosiaalisuhteet, sitä enemmän on aihetta välittää lähiympäristönsä reaktioista. On siis hyvät syyt uskoa, että eri sosiaaliasemassa olevat suhtautuvat eri tavoin rangaistusuhkiin. Tulevaisuuteen suuntautuneisuus ja lojaalisuus ihmiselle niin paljon antanutta yhteiskuntaa kohtaan asettuu vastakkain huono-osaisten, tämän päivän ongelmien kanssa painiskelevien ja yhteiskunnasta vieraantuneiden yksilöiden motiivien kanssa. Niillä joilla on paljon, on myös paljon menetettävää ja kääntäen (ks. *Zimring-Hawkins* 1973 s. 127-128).

Rangaistuskokemukset. — Edelliseen läheisesti liittyvinä näkökohtina on vielä syytä mainita syytetyn aikaisemmat rangaistuskokemukset. Etenkin laitosrangaistukset heikentävät mahdollisuuksia lain sallimiin käyttäytymismuotoihin.

2.2. *Sovellutukset*

2.2.1. *Yleispreventio.*

Lain rangaistusuhat ovat yleisiä ja mahdollisuudet eriyttää tämä uhka ihmisten persoonallisuuspiirteiden preventioalttiuden mukaan siten vähäiset (ks. myös *Zimring-Hawkins* 1973 s. 116-117 ja s. 132).[8] Lainsäädäntö- ja suunnittelutasolla on prevention toimintaa ja ehtoja koskevat tulokset mahdollista ottaa huomioon esimerkiksi suuntaamalla rangaistusjärjestelmästä tiedottaminen sinne, missä sillä oletetaan olevan suurin vaikutus. Myös rikostyyppien rangaistusarvoja pohdittaessa voitaneen jossain määrin pitää silmällä rikostyyppiin syyllistyvien persoonallisuuspiirteitä (ks. myös *Zimring-Hawkins* 1973 s. 117). Tuo-

[8] Asenteita koskevan tiedon käyttökelpoisuutta vähentää myös se, että kysymyksessä on pääosin kyselytutkimuksin saatu tieto. Verbaalisen käyttäytymisen ja tosiasiallisen toiminnan välillä voi olla tuntuviakin eroja (näin *Zimring-Hawkins* 1973 s. 123).

mitsemistasolla vaikuttavia mittaamisperusteita vahvistettaessa tämän tiedon käytettävyys on kuitenkin jo melko vähäistä. Lähinnä kysymykseen tulevat kaksi ryhmää: nuoret ja erilaisista psyykkisistä sairauksista kärsivät.

Nuoret (ja lapset) toimivat usein impulsiivisesti harkitsematta tekojensa kaukaisempia vaikutuksia. He ovat samalla lähiympäristönsä vaikutteille alttiita tavalla, joka heikentää mahdollisuuksia toimia yhteiskunnan muun normijärjestelmän kanssa ristiriidassa olevia ryhmänormeja vastaan. Sielullisista vajaatoiminnoista kärsivien taudinkuvaan voi jo sellaisenaan kuulua, ettei henkilö pysty pitkäjännitteiseen harkintaan. Selvää on, että tilanteissa, joissa henkilö ei enää oivalla tekojensa sosiaalista merkitystä tai sen tosiasiallista luonnetta, mahdollisuudet vaikuttaa hänen käyttäytymiseensä käyvät yhä vähäisemmiksi. Nämä näkökohdat löytyvätkin osaksi rikoslain syyntakeisuussäännösten takaa.[9]

Tähän liittyvät lopuksi myös *tiedolliset edellytykset*. Rangaistusuhan motivoiva vaikutus edellyttää, että tekijä on vähintään selvillä tekonsa moitittavuudesta, mieluimmin myös rangaistavuudesta. Preventiotehoa alentavat virhekäsitykset saattavat perustua tässä puutteelliseen tietoon normeista tai tosiasiallisista oloista (oikeus- ja tosiasiaerehdys). Tällöin jää myös teon uhkaaminen sanktioin vaille tavoiteltua tehoa.

2.2.2. Erityispreventio.

Sanktioiden toistuminen johtaa nopeasti preventiivisen tehon heikkenemiseen. Tekijä tulee yhä tutummaksi järjestelmän kanssa, joka näin menettää sen keskimääräisihmiselle pelkoja synnyttävän outouden. Varoitusvaikutuksen pysyttäminen samana vaatii siis rikosten toistuessa sanktioiden asteittaista koventamista. Aikaisempi rikoksiin syyllistyminen antaa myös aiheen otaksua, että juuri tämä henkilö muodostaa erityisen riskin. Uusiminen on osoitus *kohonneesta preventiointressistä*. Erityisesti laitosrangaistusten käyttö heikentää toisaalta kykyä toimia lain vaatimalla tavalla. Näin *kontrolloitavuus laskee*. Uusiminen

[9] Porrastettaessa rangaistuksia tämän perusteen mukaan siis oletetaan, että rangaistuksen lievempi käyttö on tiettyyn ryhmään kuuluvia henkilöitä tuomittaessa perusteltua sen vuoksi, että rangaistusuhka vaikuttaa tuohon ryhmään vähemmän. Perustana on ts. Beyleveldin terminologian mukaan rajoitettu preventio (''limited deterrence''), jolloin preventio estää joitakin määrättyjä henkilöitä (henkilöryhmiä) rikoksen tekemisestä (ks. *Beyleveld* 1980 xxii). Tällöin jää tietysti tilaa vastaväitteelle, että tuon ryhmän normaalikäytännön mukainen rankaiseminen voisi hyvinkin pelottaa *muita* ryhmään kuulumattomia (ks. edellä jakso A.4.). Toisaalta voidaan huomauttaa, ettei notorisesti mielisairaiden tai lasten kohtelu ylipäätään kiinnosta terveitä aikuisia, sillä he otaksuvat, ettei tuo uhka koske heitä.

muodostaa siten ongelma-alueen, jossa ovat vastakkain yhtäältä kohonnut preventiointressi ja sanktioiden koventamisen tarve, sekä toisaalta heikentynyt kontrolloitavuus ja sanktioiden lieventäminen.

Näiden eri suuntiin vetävien näkökohtien paineessa on otettava huomioon myös muut seikat. Esimerkiksi uusimiseen mahdollisesti liittyvät tietoinen harkinta ja suunnitelmallisuus antavat enemmän painoa kontrolloitavuuskriteerille ja puoltavat siis suurempaa kovennusta. Jos henkilön käyttäytyminen on määräytynyt pikemminkin ulkoisten olojen kuin oman motivaation kautta, kuten asia on rikoksiin urautuneiden elintaparikollisten suhteen, on kovennus taas huonommin perusteltavissa. Tällöin preventiota voi tavoitella lähinnä eristämisvaikutuksin, jolloin vastakkain ovat vankeusrangaistuksen haitat ja eristämisen kautta saatu hyöty.

3. Tekoon liittyvät piirteet ja kontrolloitavuus

3.1. Teoria

Kontrolloitavuus voi vaihdella tekotyyppien (vrt. veropetos ja tappo), määrättyjen eri teoille yhteisten piirteiden (esimerkiksi painostus ja uhka) sekä näiden erilaisten yhdistelmien tasolla.

3.1.1. Tekotyypit

Tekotyyppien tasolla voi erottaa *mala in se* ja *mala prohibita* rikokset. Ensin mainituista pidättäydytään lähinnä normien sisäistämisen voimasta, jälkimmäisen ehkäisemiseksi ovat muodolliset sanktiot tarpeen. Mitä enemmän tekoon löytyy muita pidäkkeitä, sitä vähäisempi on pelotteen merkitys ja sitä lievempiin rangaistuksiin voidaan periaatteessa tyytyä.[10] Teot voidaan jakaa edelleen *ekspressiivisiin* ja *instrumentaalisiin*. *Chamblissin* mukaan rikoksissa, jotka tehdään niiden itsensä vuoksi (ekspressiiviset teot) ei rangaistuksilla ole samaa tehoa kuin välineellisissä teoissa (*Chambliss* 1967 s. 708).[11] *Ande-*

[10] *Andenaes* 1974 s. 45. Tästä ei voi päätellä — kuten *Chambliss* 1967 — että pelote olisi tarpeeton. Vaikka estomotiivit ovat muualla, ovat ne usein pelotteen seurannaisia. Pelotteen poistaminen johtaisi siten näiden heikkenemiseen tai häviämiseen (ks. myös *Zimring-Hawkins* 1973 s. 133-134).

[11] Tähän on kuitenkin Andenaes oikein huomauttanut, että kokemuksemme mukaan lievätkin sanktiot estävät sinänsä ekspressiivistä käyttäytymistä (vrt. haukottelu pitämättä kättä suun edessä, *Andenaes* 1974 s. 86).

naes korostaa kontrolloitavuuden yhteyttä *motiivien voimakkuuteen*. Rikokset, joihin ovat johtamassa *voimakkaat motiivit* tarvitsevat suuremmat vastamotiivit tullakseen ehkäistyiksi (*Andenaes* 1974 s. 86). *Zimring-Hawkins* taas painottavat teon ja tavoitteiden *korvattavuutta*. Tämä ottaa huomioon molemmat edellä mainitut. Mitä vähäisemmät mahdollisuudet ihmisellä on saavuttaa tavoitteensa vaihtoehtoisin keinoin, sitä voimakkaampi on motiivi rikoksen suorittamiseen.[12] Instrumentaalisessa käyttäytymisessä tavoite on rikoksen ulkopuolella ja sen saavuttamiseksi on usein mahdollista löytää korvaava keino. Ekspressiivisessä käyttäytymisessä teko on oma tavoitteensa, eikä korvaavaa keinoa ole. Kaikilla mainituilla seikoilla on olennainen vaikutus preventioalttiuteen.[13]

3.1.2. Tekotilanne ja motivaatiotausta

Motivaatiota voi tarkastella myös *tekotilanteen* pohjalta. Teot, joihin liittyy pitkäjännitteistä *suunnittelua ja harkintaa* ovat suuremmassa määrin preventiolle alttiita kuin hetken *mielijohteesta* tehdyt rikokset. Impulsiivisiin rikoksiin syyllistyttäessä päätöksenteon nopeus vähentää sanktiouhan vaikutusta. Tekijä ei yksinkertaisesti ehdi ottaa huomioon vaihtoehtoisia lainmukaisia toimintamalleja eikä punnita teon vastamotiiveja. Sen sijaan suunnitelmallisissa rikoksissa tekijälle tarjoutuu mahdollisuus etujen ja haittojen tietoiseen punnintaan. Teon hallittavuuden kannalta voidaan suunnitelmallisten tekojen vastakohdaksi asettaa myös *pakon alla* tehdyt teot (ks. *Beyleveld* 1980 s. xxxiv). Näiden ohella kontrolloitavuudeltaan vaikeita ovat rikokset, jotka tehdään voimakkaiden *tunnereaktioiden* alaisina. (näin myös *Zimring-Hawkins* 1973 s. 136).

3.2. Sovellutuksia

Tekoja koskevaa tietoa voidaan soveltaa sekä lainsäädäntö- että lainkäyttötasolla.[14] Jako mala in se ja mala prohibita rikoksiin voi olla hyödyksi pohdit-

---

[12] *Zimring-Hawkins* 1973 s. 135. Narkomaani, joka varastaa rahoittaakseen hänelle välttämättömän päivittäisen huumausaineannoksensa tyydyttää asteeltaan aivan toisen tasoista tarvetta kuin myymälävarkauksista ajanvietettä etsivä kotirouva. Mikäli huumausainehankintoihin ei myöskään ole muuta, laillista keinoa käytössä, vähenee rangaistuksen preventiivinen teho entisestään (*Zimring-Hawkins* 1973 s. 135-136).

[13] Tämä käy ilmi pohdittaessa esim. sikiönlähdettämisen säädeltävyyttä yhtäältä tilanteessa, jossa käytössä on korvaava keino (laiton sikiönlähdettäminen lääkärin eräänä lisäansion keinona) ja tilanteessa, jossa vaihtoehto puuttuu (raskaana olevan äidin näkökulma ongelmaan, ks. *Zimring-Hawkins* 1973 s. 139 viitteineen).

[14] *Zimring-Hawkins* epäilevät tekoa koskevien tietojen soveltamismahdollisuuksia. Kir-

taessa eri preventiokanavien merkitystä tekotyyppien tasolla. Moraalisesti värittömissä mala prohibita rikoksissa pelkällä rikoksen ilmitulolla tuskin on sanottavaa itsenäistä merkitystä. Jos rikoksiin liittyy voimakas moraalinen paheksunta, laukaisevat jo teon paljastuminen ja kiinni jääminen olennaisen osan teon seuraamuksista. On siis otaksuttavissa, että moraalisesti paheksuttaviksi koetuissa teoissa juuri kiinnijoutumisriskin lisääminen vaikuttaisi preventiivisesti. Mala prohibita rikoksissa taas voisi olettaa sanktioankaruuden muutoksilla olevan ainakin enemmän tehoa kuin vertailuryhmässä (näin myös *Andenaes* 1974 s. 19, ks. myös Nytt Straffsystem 1977 s.167). *Motiivien voimakkuus* ja teolle tyypillinen *motivaatiotausta* saattavat joissakin tapauksissa tarjota kiinnekohdan jo lainsäätäjälle hänen vahvistaessaan *rikoksen abstraktista rangaistusarvoa* (esimerkiksi lapsenmurha tai pyynnöstä surmaaminen).

Preventioalttiuteen vaikuttavat eri rikoksille yhteiset seikat antavat mahdollisuuden konstruoida *yleisiä (useampaan rikostyyppiin yhteisesti soveltuvia) mittaamisperusteita*. Näitä on edellä tuotu esiin useitakin. Erotettiin toisistaan *harkintaa vaativat* ja *hetken mielijohteesta tehdyt* teot. Toisaalta tehtiin myös ero *suunniteltujen* ja *pakon alla* tehtyjen rikosten välillä. Edelleen preventioalttiutta heikensi *tunnekuohu* tai muu vastaava *mielenliikutus*. Yleispreventiiviset näkökohdat tulisivat siis otetuiksi huomioon rikoksen relatiivisen rangaistusarvon puolella antamalla yksityiskohtaiset kriteerit mm. niiden tilanteiden arvioimiseksi, joissa teko on tehty *harkiten ja suunnitelmallisesti* erotukseksi *impulsiivisista* teoista, pohtimalla missä ja minkälaisissa tilanteissa tekoon on vaikuttanut senlaatuinen *ulkoinen tai sisäinen pakko*, joka on *vaikeuttanut käyttäytymisen hallittavuutta* ja erittelemällä tilanteet, joissa tekijä toimii sellaisen *tunnekuohun vallassa*, joka estää tilanteen rationaalin punninnan.

4. Näkökulman laajennus — kriminaalipolitiikan yleistavoitteet

Puhtaan yleis- ja erityisestävän vaikutuksen ohella tavoiterationaliteettia tulee tarkastella yleisen kriminaalipoliittisen tavoitteenasettelun näkökulmasta. Tällä tasolla tavoitteita edustavat vakiintuneen käsitteistön mukaan minimoimis- ja jakamistavoitteet. Kriminaalipolitiikan tavoitteiden kannalta tarkoituksenmu-

joittajien mukaan päätelmät eri seikkoihin preventiota vahvistavasta tai heikentävästä vaikutuksesta olisivat todistettuinakin (mitä ne eivät vielä ole) kelvollisia antamaan vain tietoa prevention *suhteellisesta todennäköisyydestä* (relative likehood). Tämä olisi kuitenkin riittämätön perusta rangaistavuutta koskeville järjestelyille (*Zimring-Hawkins* 1973 s. 141). Sanottu pätee vain absoluuttiseen rangaistusarvoon. Relatiivista rangaistusarvoa vahvistettaessa myös tieto prevention suhteellisesta todennäköisyydestä on periaatteessa käyttökelpoista.

kaisia ovat ratkaisut, jotka edistävät haittojen minimointia ja niiden oikeudenmukaista jakoa. Kun tarkoitukseksi asetetaan rikollisuuden uhrille, yhteiskunnalle sekä tekijälle itselleen aiheuttamien (aineellisten ja aineettomien) *haittojen* minimoiminen, laajenee kriminaalipoliittisten tarkoituksenmukaisuusnäkökohtien ala merkittävästi ohi puhtaan preventiotehon. Se tuo toisaalta preventiopohjaiseenkin tarkoituksenmukaisuusargumentointiin uusia vivahteita ja painotuksia.

Haittaminimoinnin tavoitteesta voidaan johtaa jo edellä perusteltu vaatimus *jakaa rajalliset moiteresurssit suhteessa rikosten haitallisuuteen*. Haittoja minimoidaan tehokkaammin suuria kuin pieniä rikoksia estäen. Koska näköpiirissä eivät ole yksinomaan *rikosten* aiheuttamat suoranaiset vahingot, voidaan haittoja vähentää muutoinkin kuin rikoksia ehkäisemällä.[15] Mukana ovat myös rikosten *kontrolloinnista* aiheutuvat kustannukset ja haittavaikutukset. Tässä tuomioistuimen mahdollisuudet vaikuttaa tilanteeseen rangaistusten allokoinnein ovat varsin rajoitetut. Rohkaisemalla syytettyä toimiin, joilla alennetaan rikoksen selvittämisestä aiheutuneita kustannuksia ja joudutetaan asian käsittelyä (esim. rikoksen selvittämisen edistäminen), voidaan tämäkin näkökulma ottaa huomioon tuomitsemistasolla.

Haittoja jakavien *osapuolten erottelu* antaa myös mahdollisuuden yleistavoitetta edistävien yksittäisten argumenttien kehittelyyn mittaamistasolla. *Uhrille* koituvia haittoja on perinteisesti vähennetty vahingonkorvauksin. Jakamistavoitetta on toteutettu siirtämällä osa rikoksen tuottamista haitoista rikosvahinkolailla yhteiskunnan kannettavaksi. Tuomioistuinten mahdollisuudet edistää uhrin asemaa rangaistusten allokoinnein ovat kuitenkin melko vähäiset. Rangaistukset ovatkin usein pikemminkin *esteenä* esimerkiksi vahingonkorvausten saannille (esim. ehdottomaan vankeuteen liittyvä ansionmenetys). Tämän tavoitteen kannalta tulisi siis käyttää seuraamuksia, jotka *eivät tarpeettomasti estä korvausten suorittamista*. Rangaistusten jyvityksin voidaan myös *rohkaista tekijää korvausten suorittamiseen ja vahinkojen hyvittämiseen*.

Tekijälle aiheutuvien haittojen minimoimiseen voidaan tähdätä pitämällä sanktiotaso yleisesti niin alhaisena kuin se muiden näkökohtien puristuksessa on mahdollista. Milloin teosta aiheutuu tekijälle muita seurauksia, saattaa haittojen kokonaismäärän pysyttäminen kohtuullisissa rajoissa kaivata erityisjärjestelyjä (esimerkiksi poikkeukselliset seuraamusten kasaantumiset). Eräät rangaistukset voivat tekijän henkilökohtaisten olojen vuoksi aiheuttaa tälle kes-

[15] Siitä kuinka tämä näkökulma voidaan ottaa huomioon kriminaalipoliittisessa suunnittelussa yleisemmin ks. *Lahti* 1972 passim. sekä *Anttila-Heinonen-Koskinen-Lahti* 1974 s.129—144.

kimääräistä suurempia kärsimyksiä, joiden kompensointi olisi myös paikallaan.

Yhteiskunnalle koituu haittoja sekä rikollisuudesta että sen kontrolloinnista. Ensin mainittuja ehkäistään parhaiten suhteuttamalla rangaistukset rikosten haitallisuuden mukaan. Rikoksia voidaan estää, paitsi rangaistusten kovennuksin, myös houkuttelemalla rikoksensa jo tehnyt henkilö rangaistusten *lievennyksin* toimiin, joilla jälkikäteen joko ehkäistään tehty rikos kokonaisuudessaan, tai lievennetään seurausten laatua ja määrää. *Kontrolloinnista* aiheutuvia haittoja voidaan vähentää käyttämällä mm. riittävän taloudellisia seuraamuksia.

Haittaminimoinnin kannalta olisi siis mm: (a) suhteutettava rangaistukset rikosten haitallisuuteen, (b) rohkaistava syytettyä toimiin rikoksen vaikutusten ehkäisemiseksi, rikosten selvittämisen edistämiseksi ja vahinkojen korvaamiseksi sekä (c) estettävä tekijän kannettavaksi mudostuvien seuraamusten kohtuuton kasautuminen.

5. Rangaistusarvot ja rationaliteetti

5.1. Mittaamisperusteiden arvo- ja tavoiterationaliteetti

Määritettäessä teon rangaistusarvo on siis vahvistettu millaisen rangaistuksen ”arvoisena” sitä pidetään. Tämä arvoa koskeva väite voidaan Jareborgin tavoin kääntää väitteiksi niistä hyvistä syistä, jotka puhuvat rikoksen määrätynasteisen rangaistavuuden puolesta.[16] Mittaamisperusteet ovat juuri näitä ”hyviä syitä” — seikkoja, joiden nojalla vahvistetaan rangaistuksen suuruus ja siis samalla itse asiassa rikoksen konkreettinen rangaistusarvo. Rangaistusarvoa määrittäviksi ”hyviksi syiksi” eivät Jareborgin mukaan kelpaa tehokkuusnäkökohdat (ks. edellisen alaviitteen sitaatti). Samalla kannalla on Ruotsin vapausrangaistuskomitea.[17]

Jos rangaistuksen määrän vahvistamisessa saa rangaistusarvon ohella kiinnittää huomion myös muihin seikkoihin, on kysymys lähinnä vain termeistä. Ruotsalaisissa esityksissä tällaiseksi rangaistusarvoa täydentäväksi ryhmäksi hyväksytään kohtussyyt (”billighetssyn”). Rikoksesta syytetyn ”rangaistuksen

---

[16] ”Att fastställa (graden) av straffvärde är identisk med att fastställa hur goda skäl det finns för (och emot) kriminalisering; därvid bortses från effektivitetssynpunkter” (*Jareborg* 1980a s.43).

[17] ”Vi anser att det är mycket viktigt att slå fast att straffvärdebedömningar skall göras, inte utifrån olika teorier om straffets eller straffhotets verkningar, utan efter en värdering av brottens relativa förkastlighet” (SOU 1986:14 s.143).

arvoisuus'' ei siis olisikaan sama kuin ''rikoksen rangaistusarvo''.[18] Laajennus ei kuitenkaan ulotu preventioperusteiseen tarkoituksenmukaisuuteen, vaan ratkaisu tehtäisiin pelkkien arvoargumenttien ohjaamana. Edeltävät tarkastelut tuntuvat johtavan jokseenkin päinvastaiseen lopputulokseen. Yksittäisten mittaamisperusteiden justifikaatiohan on haettu nimenomaan tavoiteperiaatteista. Kun tarkastellaan niiden pohjalta muovattuja perusteita, käy kuitenkin ilmeiseksi, etteivät lopputulokset juuri eroa Ruotsin vapausrangaistuskomitean vastaavista. Rangaistusarvoon vaikuttavia konkreettisia perusteita olisivat nyt esitetyn mukaan mm. vahinko ja vaara, toisintoimimismahdollisuus ja lainnoudattamiskyky, suunnitelmallisuus ja harkinta, ikä, syyntakeisuuden asteet, oikeus- ja tosiasiaerehdys, vahinkojen hyvittäminen ja rikoksen seurausten estäminen sekä rikoksen selvittämisen edistäminen, uusiminen, seuraamusten kasaantuminen, tekijään tai hänen elämäntilanteeseensa liittyvät poikkeukselliset olosuhteet, jotka merkittävästi korottavat hänen rangaistuskärsimystään jne. Samoja perusteita Ruotsin vapausrangaistuskomitea kohtelee oikeudenmukaisuus- ja kohtuusperusteina. Mietinnön argumentaation ongelmana kuitenkin on, ettei suositusten tueksi ole kyetty esittämään muuta kuin intuitiivinen ja perustelematon konstruktio ''förkastlighet''. Koska perustehtävältään utilitaristisen järjestelmän sovellutusten yhteys tavoiterationaalisiin näkökohtiin on jäänyt osoittamatta, on puolitiehen jäänyt argumentaatio myös kritiikille altis.[19]

Mittaamisperusteiden tavoiterationaliteetin todistamisesta ei toisaalta seuraa, että lainsoveltamisen tasolla päätökset tehtäisiin yksinomaan tai edes korostetusti tavoiteperiaatteita seuraten. Vaikka tavoiterationaalit syyt pohjimmiltaan sanelevatkin yksittäisten perusteiden sisällön, eivät taustalla olevat tavoitteet enää ole (ainakaan niiden ei tulisi olla) näitä perusteita sovellettaessa päälimmäisenä ratkaisijan mielessä. Soveltamistilanteessa kysymys on po. perusteiden tulkinnasta ja arvottamisesta, sen selvittämisestä, ovatko niissä tarkoitetut asiantilat käsillä ja kuinka painavina. Pohdittavana on, kuinka suuren vahingon teko on aiheuttanut, kuinka kiihtyneessä mielentilassa rikos on

---

[18] ''. . . en persons 'straffärdighet' behöver inte sammanfalla med brottets konkreta straffvärde'', *Jareborg* 1985 s.10.

[19] Tältä kannalta voi lukea myös *Ekelöfin* po. mietinnöstä esittämän kritiikin. Hän kirjoittaa haitallisuuteen perustuvan suhteellisuusperiaatteen justifioinnista: ''Men varför måste då straffet anpassas efter brottets svårhetsgrad? Jag får det intrycket att det är ett etiskt krav som inte behöver motiveras med att vissa nyttiga verkningar är beroende av att straffet utformas på detta sätt. Detta resonemang finner jag inte vara övertygande.'' (*Ekelöf* 1986 s.278). Tässä luvussa on pyritty antamaan Ekelöfin vaatima rationaalinen perustelu.

tehty tai kuinka voimakas on tekijään kohdistunut painostus jne. Yhteys soveltamistuloksen rikollisuutta mahdollisesti vähentävään vaikutukseen on ts. katkennut. Asian voi myös sanoa siten, että *mittaamisperusteiksi konkretisoidut tavoiteperiaatteet ovat kääntyneet arvoargumenteiksi.* Tässä mielessä mittaamisperusteiden konstruointi toteuttaa weberiläisen modernin oikeuden mallia, jonka mukaan tavoiteperiaatteet olisivat lainsäädäntötason ja arvoperiaatteet lainkäyttötason argumentteja (ks. edellä jakso B.3.2.). Tavoitteiden mukaan muovattuja normeja sovellettaessa nuo tavoitteet ovat mukana välillisesti. Mittaamisperusteiden kannalta sama merkitsee, että mitattaessa rangaistus alun alkaen tavoiteperiaatteiden pohjalta konstruoitujen mittaamisperusteiden mukaan *tuomioistuin takaa samanaikaisesti "oikeudenmukaisen sovituksen", prevention sekä laajemman kriminaalipoliittisen tarkoituksenmukaisuuden vaatimukset.*

Arvo- ja tavoiteperiaatteet (-argumentit) eivät peitä toisiaan kokonaan, mutta ne perusteet, joihin vedotaan konkreettisella tasolla arvoargumentteina ovat usein tavoiteperiaatteiden sanelemia. Jos tämä yhteys on helposti peräytettävissä, on luontevaa puhua tavoiteargumenteista (esim. vankeusrangaistuksen haitat uusimisriskin kannalta). Milloin yhteys on monipolvisempi, on jo yleisen kielenkäytön kannalta syytä operoida arvoargumentein (esim. syyllisyys toisintoimimismahdollisuutena).

5.2. Rangaistusarvon suppea ja laaja merkityssisältö

Muodollisen oikeusturvan takaamiseksi törkeys- ja moitearvostelun kriteerit joudutaan vahvistamaan verraten yleisin määrein. Yksittäistapauksiin liittyvät erityispiirteet, joita ei ole mahdollista sisällyttää kiinteisiin sääntöihin, saattavat kuitenkin aika-ajoin edellyttää poikkeamista yleistävän oikeudenmukaisuuden vaatimasta kohtelusta. Arvoargumenttien puolella puhutaan tällöin *kohtuusperusteisista* poikkeamista. Ne koetaan tärkeiksi tyypillisimmillään tilanteissa, joissa epätavalliset tekijän henkilöön liittyvät seikat johtavat siihen, että abstraktin oikeudenmukaisuuden mukaan määräytyvä rangaistus on tälle tekijälle tässä tilanteessa ennakoimattoman ja siis "kohtuuttoman" ankara. Tekijälle voi teosta koitua muita seurauksia, tai normaalikäytännön mukainen rangaistus kohtaisi muutoin tekijää hänen poikkeuksellisten psykofyysisten ominaisuuksiensa tai tilanteeseen muutoin liittyvien erityisten piirteiden vuoksi tavallista, ja siis otaksuttua ankarampana. Voi sanoa, että näissä tilanteissa kohtelun lieventäminen tähtää lopultakin aivan samaan tulokseen kuin abstrakti oikeudenmukaisuus. Tarkoitus ei ole päätyä asiallisesti muita tuo-

mittuja lievempään lopputulokseen, vaan kun kaikki asiaan vaikuttava materiaali otetaan huomioon, suhteellisesti juuri samanarvoiseen rangaistuskärsimykseen.[20]

Kohtuusperusteisen tarkennuksen ohella poikkeamia ''normaalisti'' edellytetystä lopputuloksesta voidaan usein puoltaa myös suorin yksittäistapausta koskevin *tavoiteargumentein*. Niillä on paljon yhteistä kohtuusperusteiden (reaalisten arvoargumenttien) kanssa. Ennen kaikkea ne vaikuttavat *säännönmukaisesti lievempään suuntaan*. Usein ne ovat myös välittömästi sidoksissa tuomitun rangaistuksen oletettuihin vaikutuksiin tässä yksittäistapauksessa, joten osaa niistä kosketeltiin jo edellä sanktiotason yhteydessä. Tuon ryhmän (negatiivinen erityispreventio) ohella nyt tarkoitettuihin perusteisiin kuuluvat myös edellä laajempiin kriminaalipolitiikan yleistavoitteisiin liittyvät tarkoituksenmukaisuusargumentit.

Ero yleistävän ja yksilöllistävän (poikkeussyyt huomioon ottavan) oikeudenmukaisuusajattelun välillä heijastuu myös rangaistusarvon käsitteeseen. Laajimmassa mielessä ''rangaistusarvo'' edustaa teknistä yläkäsitettä kaikille niille hyville syille ja perusteille, jotka tulee ottaa huomioon päätettäessä rangaistuksen laadusta ja määrästä näiden seikkojen alaa mitenkään ennalta rajoittamatta. Tässä laajassa merkityksessä termi kattaa myös reaaliset tavoite- ja arvoargumentit. Suppeassa merkityksessä rangaistusarvo viittaa vain ''varsinaisiin'', yleistävän oikeudenmukaisuusajattelun edellyttämiin mittaamisperusteisiin.

---

[20] Kohtuusperusteinen lievennys on ts. lievennys vain intuitiivisella ja eriytymättömällä tarkastelun tasolla. Sen sijaan kriittisellä tasolla, jossa kaikki asiaan vaikuttava tulee punnituksi, kohtuus lopultakin toteuttaa juuri suhteellisen oikeudenmukaisuuden vaatimusta.

LUKU IV

MITTAAMISPERUSTEIDEN SYSTEMATISOINTI JA TULKINTA

A. SYSTEMATISOINTI

1. Systematiikan tarve ja tehtävät

Systematisoinnin rooli ja systeemin tiukkuudelle asetetut vaatimukset ovat ajan myötä vaihdelleet. Saksalaisen kielialueen varhaisempi mittaamisoppi tavoitteli suljettua järjestelmää, jossa kullekin mittaamisperusteelle oli oma paikkansa, joka myös justifioi käytetyn perusteen. Jos peruste oli systeeminmukainen (''systemmässig''), oli se otettava huomioon, jos sille ei löytynyt paikkaa (''systemwidrig'') tuli se jättää huomiotta.

Jokseenkin käänteinen näkemys asiaan on skandinaavisen realismin edustajilla. Mittaamistutkimuksen alalla näihin voidaan lukea *von Eyben*. Hän tosin myöntää, että systematisointiinkin pyrkivillä esityksillä saattaa olla omat rajalliset arvonsa, mutta yleisesti ottaen ne eivät lisää tietoamme siitä, mitä ''jokainen tuomari, jokainen juristi ja itse asiassa jokainen ajatteleva ihminen jo ennakoltakin pitää itsestään selvänä''. Pääkysymykseen, siihen, mikä paino näille perusteille yhdessä ja erikseen tulee panna, nämä esitykset eivät käytännöllisesti katsoen milloinkaan anna vastausta. Realismin perinteille uskollisena kirjoittaja näkeekin ainoana järkevänä systematisoinnin kohteena toimivan käytännön.[1]

Välinpitämätön tai torjuva suhtautuminen systematisointiin voidaan nähdä ensisijassa osana käsitelainopin kritiikkiä. Oikeusrealistille systematiikka - silloin kun sellainen ylipäätään koettiin tarpeelliseksi - rinnastuikin lähinnä

[1] ''Hvis man derfor vil give en nogenlunde pålidelig fremstilling af strafudmålig efter gaeldende ret, må man prove at systematisere sig frem gennem et foreliggende domsmateriale'' (*von Eyben* 1950 s. 209).

kirjahyllyn järjestelemiseen. Sen arvo oli yksin välineellinen ja vaihteleva. Tarvittaessa sitä voitiin muuttaa toisen käyttötarkoituksen edellyttämään muotoon ilman, että tällä on asiallista merkitystä (ks. teemasta *Aarnio* 1978 s. 74 ss. erit. s.85-86). Vaikka systematisointi jättääkin tulkintaongelmat tapauskohdittain ratkaistaviksi, ei sen rooli juridiikassa rajoitu pelkkään järjestelytehtävään (vaikka sen merkitys myös tässä suhteessa on keskeinen). Systematisointi ja tulkinta ovat jatkuvassa vuorovaikutuksessa siten, että systematisointitapa rajaa systeemin puitteissa esitettävien kysymysten alan. Samalla se rajaa myös ne vastaukset, jotka oikeusjärjestyksen synnyttämiin ongelmiin voidaan saada. Toiseksi on huomattava, ettei systematiikkaa myöskään luoda tyhjästä eikä se voi olla millainen tahansa. Tarkastelijalla on asioista aina tietty esi- tai ennakkokäsitys, jota tarkentamaan systematiikkaa yhtäältä kehitetään, mutta jonka kanssa se ei myöskään saa joutua ristiriitaan. Systematiikkaa on toisin sanoen tutkimusprosessin kuluessa jatkuvasti formuloitava uudelleen huolehtien (a) siitä, ettei se joudu ristiriitaan (jatkuvasti kehittyvän) esiymmärryksen kanssa, että (b) se mahdollistaa "adekvaateimmat" kysymyksenasettelut, ja (c) antaa mahdollisimman täsmälliset vastaukset yksityiskohtia koskeviin kysymyksiin (ks. *Aarnio* 1978 s.86 ja erit. s.92-95 ja *Frände* 1985 s.32 ss).

2. Mittaamisperusteiden systematisoinnista oikeuskirjallisuudessa

Seuraava tarkastelu on metodologinen sekä oppihistoriallinen. Oikeuskirjallisuuden yksityiskohtien esittelyn sijasta tavoitteena on argumentaatiomallien pelkistäminen lähinnä kotimaassa esitettyjen tai täällä vaikuttaneiden kirjoitusten pohjalta. Mittaamisperusteiden yksittäisiä systematisointipyrkimyksiä on selvitetty laajemmin teoksessa *Nousiainen* 1961 s.91 ss. erit. s.127—139.

2.1. Mittaamisperusteiden ja rikoksen rakenneosien vastaavuus (Forsman)

Varhainen mittaamisperusteita selvittelevä oikeuskirjallisuus konstruoi rangaistuksen määräämisperusteet rikoksen rakenneosien vastineiksi. K.F. *Laguksen* yksityiskohtaisessa erittelyssä kutakin rikoksen rakenneosaa vastasikin rangaistusarvoa suurentava tai pienentävä vastinepari ("Läran om Graden af Brotts Straffbarhet" esittelyä ks. *Utriainen* 1984 s.20-27). Vielä selvemmin rikoksen ja rangaistuksen käsitteellisen yhteyden toteutti Karl Gustaf *Ehrström* (1859 s.84-85, ks. *Utriainen* 1984 s.28—31). Jaakko *Forsmanin* kirjoitus vuodelta 1884 vakiinnutti sittemmin vuosikymmeniksi mittaamisperusteiden perussystematiikan näille samoille linjoille. Forsman postuloi "rangaistuksen punnitsemisen

perusteista" koskevan esityksensä alussa käsityksen rangaistuksesta rikoksen negaationa. Tätä seurasi rikoksen jakaminen objektiivisiin ja subjektiivisiin ainesosiin[2]. Rikoksen eri puolien aste- ja laatuerot kirjoittaja kuvasi seuraavasti:

> "Mutta sekä subjektiivisella että objektiivisella puolella on huomattava rikoksen kvaliteetti ja kvantiteetti. Subjektiivinen kvaliteetti ilmestyy syyllisyyden laadussa ja on kahdenlainen: dolus ja kulpa. Dolus ja kulpa ilmoittavat siis, minkä laatuinen syyllisyys on. Mutta selvää on, että syyllisyys, olipa se dolus- tai kulpa-tapainen, saattaa ilmestyä eri määrässä. Niinpä saattaa siinä tahallisuudessa, joka on dolustapaiselle rikokselle ominainen, ilmestyä eri pahuuden asteita aina äärettömiin asti: paha teko saattaa olla enemmän tai vähemmän kiinteä, itse aikomus ja sen toimeenpano enemmän tai vähemmän ilkeä, toiminnan vaikuttimet eli motiivit enemmän tai vähemmän moitittavat tai puolustettavat j.n.e. Niinikään saattaa kulpatapaisissa rikoksissa ominainen varomattomuuden syy olla suurempi tai vähempi. Samassa syyllisyyden kvaliteetissa saattaa siis erilanen syyllisyyden kvantiteetti ilmestyä. Objektiivisen puolen kvaliteetti ilmestyy sen loukkauksen laadussa, joka rikoksen kautta tapahtuu. Mutta koska loukkaus saattaa olla enemmän tai vähemmän laaja, voidaan puhua myös rikoksen objektiivisesta kvantiteetista, joka siis ilmoittaa, missä määrässä ja laajuudessa loukkaus on tapahtunut. Näin on jokaisella rikoksella myös objektiivinen kvaliteetti ja kvantiteetti (*Forsman* 1884 s.19-20).

Mittaamisperusteita konstruoidessaan Forsman yhdistää taitavasti Hegel-vaikutteisen käsitteiden vastaavuuden relatiivisiin rangaistusteorioihin:

> "Kun rangaistus on rikoksen negationi, tulee sen rikoksen subjektiiviseen puoleen nähden poistaa rikkomuksessa ilmestyvä syyllisyys. Kysymys siis syntyy: miten tämä on tapahtuva, . . .luulemme voivamme ilman pitkiä perusteluja sanoa, että se tapahtuu katumuksen ja parannuksen kautta. Sen tähden saattaa sanoa, että doluslaatuisissa rikoksissa enemmän kuin kulpatapauksissa rangaistuksen tarkoituksen täytyy olla katumuksen ja parannuksen synnyttäminen, josta tietysti on seuraus, että lainkäyttäjän . . . täytyy dolus laatuisia rikostapauksia varten valita semmoinen rangaistus, joka kiinteytensä kautta on omansa katumuksen ja parannuksen herättämiseen . . . Ei tarvitse lähemmin selittää, että dolus determinatus ilmoittaa korkeampaa syyllisyyden astetta kuin dolus even-

[2] "Pidämme kiinni vaan siitä yleisestä lauselmasta, jonka todenperäisyyttä tuskin kenkään ryhtyy epäilemään, että rangaistus luonteeltaan on rikoksen negationi. Mutta siitä tietysti seuraa, että mitä suurempi rikoksen rangaistavuus, sitä kiinteämpi myös tuo negationi. Tarpeellinen tietysti on, että sanottu negationi kohtaa rikoksen kokonaan, sekä sen *subjektiivisiin* että *objektiivisiin* momentteihin nähden. Subjektiivinen puoli on se syyllisyys, jonka rikos on tekijälle tuottanut. Objektiivinen puoli taas on se loukkaus, jota oikeus, semmoisena kuin se ilmestyy valtion laissa, rikoksen kautta on kärsinyt" (*Forsman* 1884 s.19).

> tualis, jonka tähden se vaatii korkeampaa, ja voipi sanoa parannusta enemmän edistävää rangaistusta. . . Mitkä ne asianhaarat ovat, jotka kussakin tapauksessa ylentävät tai alentavat syyllisyyttä on mahdoton ennaltaan in abstracto määrätä. . . Ainoastaan aivan yleisesti voipi sanoa, että dolus-kvaliteetissa ilmestyvä syyllisyyden määrä riippuu siitä *tajunnan selvyydestä* ja *tahdon kiinteydestä*, jota subjekti toiminnassaan osoittaa" (*Forsman* 1884 s. 20-22).

Päättelyn aineksista jää perustelematta ainoastaan syyllisyyden sisältöä koskeva oletus. Syyllisyys oli Forsmanille pahaa tahtoa. Tämä vastaisi hegeliläistä tekokäsitettä, jonka ydin oli "oikeudenvastaisessa tahdossa", tahdossa toteuttaa jotakin, joka on oikeuden (yhteiskunnan) vastaista. Tämän jälkeen palapelin osat olivat selvillä. Rangaistus on rikoksen negaatio, joten sen tulee vastata rikosta kvaliteetiltaan ja kvantiteetiltaan (Hegel itse tosin edellytti vain abstraktia "arvojen" vastaavuutta, ks. edellä jakso III.C.1.4.1.). Rikoksen kvaliteetit olivat syyllisyyttä ilmentävät dolus ja culpa, joista etenkin ensimmäiseen oli helppo sisällyttää tulkinta syyllisyyden määrästä (kvantiteetista) pahana tahtona.

Subjektiivisen puolen mittaamisperusteille saatiin rationaalinen perustelu yhdistämällä subjektiivisen puolen kumoaminen parantamistavoitteeseen. Syyllisyys on pahaa yhteiskunnanvastaista tahtoa, jonka negaatio saattoi olla vain tahdon muovaaminen "yhteiskuntamyönteiseksi", siis parannus. Suurempi syyllisyys edellytti suurempaa parannusta ja sen kautta korkeampaa, ja ". . . voipi sanoa parannusta enemmän edistävää rangaistusta". Objektiivisen puolen mittaamisperusteet jäivät Forsmanin esityksessä vähemmälle. Ne istutettiin kuitenkin samaan peruskaavaan, joskaan preventioteorioita ei enää kyetty yhdistämään käsitteiden vastaavuuteen[3]. Kun kvalitatiiviset aspektit ovat tulleet usein huomioiduksi jo lainsäädäntötasolla, jäisi objektiivisen puolen perusteista lainkäyttäjän ohjeeksi lähinnä kvantitatiivinen puoli (mts. 25).

Objektiivisen ja subjektiivisen puolen ohella Forsman käsittelee myös sellaisia tekijän henkilöön liittyviä seikkoja, jotka eivät ilmene itse rikoksesta. Tässäkin ratkaisun sanelee käsitteiden vastaavuus. Rangaistuksen sosiaalisesti hyödyllisten päämäärien kannalta merkitykselliset tekijän yksilölliset piirteet

[3] "Selvää on että rangaistavuus on suurempi tai vähempi sen oikeuden laajuuden ja merkityksen mukaan, joka on loukkauksen esineenä. . . Rikoksen objektiivinen a) *kvaliteetti* on siis mahtava vaikutin rangaistuksen määräämisessä. . . Mutta selvää on myöskin, että rikoksen objektiivinen b) *kvantiteetti*, se on se seikka, missä määrässä jotakin oikeutta . . . loukataan, on varsin tärkeä rangaistavuuden määrääjä. . . jokainen oikeuden-loukkaus, jokainen rikos ilmestyy objektiivisen kvantititeettinsa puolesta erilaisena konkreettisissa tapauksissa - ja juuri tämä erilaisuus tulee lainkäyttäjän rangaistavuutta punnitessa ottaa lukuun" (*Forsman* 1884 s.25).

oli lupa ottaa huomioon vain, jos ne ilmenevät teosta. Tämä on käsitteellinen välttämättömyys.[4] Ainoana poikkeuksena, jota (reaalisista syistä) ei aivan täysin voi syrjäyttää, on rangaistuksen eriasteinen merkitys tuomituille. Tuon eron kompensoi kuitenkin teolla loukattujen velvollisuuksien erilainen määrä.[5]

2.2. *Rangaistuksen tehtävät ja mittaamisperusteiden kriminaalipoliittinen perustelu*

2.2.1. *Annerstedt*

Vaihtoehtoa klassisismin käsiteloogiselle metodille edusti *Annerstedtin* vuonna 1869 ilmestynyt tutkimus (*Annerstedt* 1869). Siinä kirjoittaja hylkää Hegel-vaikutteiset käsitespekulaatiot perusteettomina ja asettaa lähtökohdaksi valtion tehtävän oikeusjärjestyksen ylläpitäjänä. Tämä velvoittaa valtiota puuttumaan loukkauksiin, jotka tätä järjestystä horjuttavat. Milloin loukkausta ei enää voida korvata siviilioikeudellisin keinoin, jäävät jäljelle rikosoikeudelliset toimet. Niillä pyritään takaamaan, ettei loukkaus enää tulevaisuudessa toistu. Tämä tapahtuu tekijän tahtoon vaikuttamalla, ". . . sillä niin kauan kuin oikeudenloukkauksen aikaansaanut rikollinen tahto pysyy ennallaan, on myös käsillä tulevien oikeudenloukkausten vaara" (*Annerstedt* 1869 s.26).

Rangaistuksen "tehtävänä ja olemuksena" on siis tahtoon vaikuttaminen. Se voi tehdä tahdolle joko mahdottomaksi toistaa rikosta, tai sitten tahtoa kasvattamalla tai muuttamalla suunnata sen yhteiskuntamyönteisemmäksi (*Annerstedt* 1869 s.24-24). Mitä enemmän yhteiskunnanvastainen tahto tekijässä voimistuu, sitä vaarallisempi hän on, ja sitä enemmän hänen tahtoonsa tulee vastamotiivina vaikuttaa. Näin päädytään ajatukseen rangaistuksen suuruuden suhteuttamisesta tekijän yhteiskunnan vastaisen tahdon vaarallisuuteen (mts.25-26). Konkreettisten mittaamisperusteiden erittely edellyttikin kriteerien esittämistä yhteiskunnan vastaisen tahdon mittaamiseksi. Sellaisiksi Annerstedt ehdottaa niitä vastamotiiveja, jotka tahdon on täytynyt voittaa päämäärään

[4] "Rangaistus on rikoksen negationi. Sentähden pitäisi kaikki seikat, jotka eivät missäkään kohden tule ilmi itse konkreettisessa rikoksessa, joko sen subjektiivisissa tai objektiivisissa momenteissa, suljettaman rangaistuksen punnitsemisesta pois ja ainoastaan konkreettisen tapauksen individuaalisuus tulla kysymykseen" (*Forsman* 1884 s.29-30).

[5] "Totta kyllä tavallansa on, . . . että sama rangaistus saattaa kohdata eri henkilöitä hyvin eri tavalla, niin että esimerkiksi varakas ja sivistynyt kärsii vapausrangaistuksesta paljon enemmän kuin köyhä ja sivistymätön. Mutta se epätasaisuus on sen kautta tasoitettu, että vastuunalaisuus yhteiskuntaa kohtaan on korkeampi mitä korkeampi yhteiskunnallinen asema on. . ." (*Forsman* 1884 s.31).

päästäkseen: "Ty viljans intensitet är i samma mån större, som den kunnat öfvervinna ett starkare motstånd derstädes" (*Annerstedt* 1869 s.27). — Lopputulos ei siten eroa paljoakaan esimerkiksi Forsmanin päätelmistä. Ratkaisevaksi jäi yhteiskunnanvastainen tahto ja sen intensiteetti.

2.2.2. Sosiologinen koulu ja Serlachius

Vuosisadan vaihteeseen sijoittuva rikosoikeuden paradigmamurros heijastui myös tapaan käsitellä rangaistuksen määräämisen ja määräämisperusteiden ongelmia. Aikaisemmin keskeisellä sijalla ollut teon käsite ja sen rakenneosat menettivät merkityksensä mittaamisperusteiden systematisoinnin ja oikeutuksen perustana. Sosiologisen koulun nimellä meillä tunnetun, kriminaalipoliittisesti orientoituneen suuntauksen tekokäsite oli naturalistinen. Teko on tahdosta lähtevä ruumiinliike, ja se käsittää arvoneutraalin muutoksen ulkomaailmassa. Tahallisuus on tahtoa saada aikaan lihaksiston liike. Tahallisuuden ja tuottamuksen määritelmät eivät olleet oikeudellisia, ja jäivät siten myös vaille moraalista väritystä (ks. *Utriainen* 1984 s.69 ja *Serlachius* 1919 s.136).

Kuten *Utriainen* huomauttaa, ei tällainen käsitejärjestelmä anna välineitä arvoratkaisuihin pohjaavalle rangaistuksen määräämiselle (mikäli määräämisperusteet tahdotaan johtaa rikoksen rakenteesta, ks. *Utriainen* 1984 s.74 ss). Sosiologisen koulun perustaja, *von Liszt* kytkikin rangaistuksen määräämisperusteet rangaistuksen kriminaalipoliittiseen tarkoitukseen ja, edustamansa erityispreventiivisen teorian mukaisesti, tekijän sosiaalibiologiseen tyyppiin. Tärkein mittaamisperuste oli tekijän "rikollinen mielenlaatu" ("die in der Tat hervortretende verbrecherische Gesinnung", *von Liszt* 1910 s.385), joka kuitenkin selkeästi erotettiin psykologis-deskriptiivisestä syyllisyydestä (". . .Die Gesinnung . . . hat mit dem Begriff des Verschuldens nicht das geringeste zu tun", ks. tarkemmin mts.383—388).

> Italian positivistien (Ferri) esitykset johtivat varsin samankaltaisiin tuloksiin. Syyllisyyden sijasta rangaistuksen määräämisen tuli perustua tekijän vaarallisuuteen. Vaarallisuus määräytyi karkeasti teon vakavuuden ja uusimisriskin mukaan (". . . nach der Schwere der Tat und der Rückfallbereitschaft des Täters", *Daniel* 1927 s.29). Ferrin rikoslakiehdotus sisälsi kaikkiaan 25 vaarallisuutta lisäävää tai vähentävää kriteeriä. Keskeiset perusteet olivat (1) tekijän persoonallisuus (uusiminen ja elämäntapa, ikä, psyykkinen kehitys ja perinnölliset rasitteet), (2) motiivit (paheksuttavat motiivit paljastavat tekijän moraalisen rappion ja siihen liittyvän vaarallisuuden), (3) teko (merkitystä vain milloin kyse ei elämäntaparikollisesta, yksittäisinä vaarallisuutta osoittavina tunnusmerkkeinä olivat mm. esteiden raivaaminen ja teon kohdistuminen tekijän van-

hempiin), (4) käyttäytyminen teon jälkeen (mm. katumus) sekä (5) erityiset lievennyksen aiheet (provokaatio, houkutus, sosiaalinen pakko ja hätä, ks. ehdotuksen esittelystä ja arviosta *Daniel* 1927 s.31—37).

Suomeen von Lisztin ajatuksia levitti lähinnä Allan *Serlachius* - niitä kuitenkin luovasti soveltaen. Niinpä Serlachius puhui syyllisyydestä sekä muodollisessa että asiallisessa merkityksessä. Ensin mainittu viittasi sosiologisen koulun deskriptiivisesti määrittelemiin syyksiluettavuuteen ja syyntakeisuuteen (ks. *Utriainen* 1984 s.91). Jälkimmäinen sisälsi sen sijaan normatiivisen paheksumisarvostelman. Siihen kytkeytyivät myös rangaistuksen määräämisen perusteet.

Mittaamiskysymystä käsitellessään Serlachius joutui kasvotusten myös tahdonvapauden ongelman kanssa. Hän selvitti sen kompromissein. Tahto oli yhtäältä kausaalilain alaista, mutta toisaalta ihmisen täytyi tuntea itsensä vapaaksi. Rikosoikeus lähti tuosta tuntemuksesta (ks. vaihtoehtoja jakso III.A.alav.36 sekä *Utriainen* 1984 s.92). Rangaistuksen määräämisperusteita Serlachius tarkasteli molemmista otaksumista käsin. *Determinismi* johti mielenlaadun asettamiseen mittaamisperusteeksi seuraavasti (*Serlachius* 1919 s.212):

> "Jos lähtee deterministisestä käsityskannasta, että rikoksentekijä ei ole voinut toimia toisin kuin mitä hän on tehnyt, niin rangaistaan tekijää ei sen vuoksi, että hän on tehnyt pahaa - sillä hänhän ei ole voinut tehdä toisin - vaan sen vuoksi, että hän on paha. Hänen tekemällänsä pahalla teolla on yksinomaan tuntomerkillinen merkitys, se kun todistaa, kuinka paha hän on ja missä määrässä hän on yhteiskunnallisen parannuksen tarpeessa. Mitä pahempi rikoksentekijä luonteeltaan on, sitä perinpohjaisempi täytyy hänen pakkokasvatuksensa olla. Syyllisyys on tämän käsityskannan mukaan teossa ilmenevä yhteiskunnanvastainen mielenlaatu. Mitä pahempaa mielenlaatua teko siis tekijässään osoittaa, sitä suuremman rangaistuksen on tekijä saapa. Rangaistus määrätään toisin sanoen rikoksen symptomaattisen merkityksen mukaan ja rangaistuksen erityisestävää tehtävää silmällä pitäen."

Ideterministisen käsityksen yhdistäminen mittaamisperusteisiin tuotti jo suurempia vaikeuksia (ks. mts. 213):

> ". . .jos lähdetään indeterministisestä käsityskannasta, rikoksentekijää ei rangaista pahan luonteensa vuoksi, vaan siitä, että hän, luonteestaan huolimatta, olisi voinut tehdä toisin kuin on tehnyt. Mitä vaikeampi hänen on ollut olla lakia rikkomatta, sitä pienempi on hänen syyllisyytensä. Huonoluonteisen ihmisen on tietysti vaikeampi olla lakia rikkomatta kuin hyvän ihmisen. . . Mielenlaadun pahuus ei sen vuoksi tämän käsityskannan mukaan saata olla rangaistavuuden mittakaavana, sillä silloinhan tultaisiin siihen outoon tulokseen, että kuta pahempi mies on, sitä pienemmän rangaistuksen hän on saapa, vaan teon rangaista-

> vuuden mittakaavana on sen vaikutin eli motiivi. Kuta pahempi teko on, sitä voimakkaampi vastamotiivi on tekijän täytynyt voittaa ja sitä voimakkaampi täytyy rangaistuksen olla, jotta lain velvoittava, sen motiveeraava voima säilyisi ei ainoastaan tekijään itseensä, vaan kaikkiin muihinkin lainalaisiin nähden. Rangaistusta määrättäessä joutuu pääpaino täten rikoksen reaaliselle puolelle, ja samalla rangaistuksen yleisestävä tehtävä astuu etualalle sen erityisestävän tehtävän rinnalle."

Serlachiuksen päättely ei kaikilta osiltaan vakuuta. Teon "pahuus" ei todista vastamotiivin olleen suuren, sillä jos pahaan tekoon liittyy myös paha luonne, ei henkilö tekopäätöstä tehdessään ole joutunut punnitsemaan erilaisia vastamotiiveja. Esitys vaikuttaa kehäpäättelyltä myös siinä, että teon "pahuus" otetaan jo annettuna ja siitä edetään mittaamisperusteisiin, kun asian - ainakin mittaamisperusteita ja teon moitearvostelun kriteereitä etsittäessä - tulisi kai olla päinvastoin.

2.3. *Synteesi ja "vallitseva kanta" (Honkasalo)*

Honkasalo syntetisoi tunnetusti edeltäjiensä esityksiä ilman, että häntä voidaan sijoittaa mihinkään tarkkarajaiseen ryhmään (ks. *Utriainen* 1984 s.163-165). Mittaamisperusteiden konstruoinnissa hän nojaa kuitenkin vahvasti Forsmaniin[6]. Lähtökohtana oli siis klassinen jako objektiiviseen ja subjektiiviseen puoleen[7]. Subjektiivisen puolen ja syyllisyyden arvioinnissa Honkasalo herättää aluksi kysymyksen, onko tekijän yhteiskunnanvastaista luonteenlaatua lupa huomioida laajemmin kuin mitä asianomaisesta yksittäisteosta ilmenee vastaten kysymykseen varovahkon myöntävästi (*Honkasalo* III 264-265). Syyllisyyden määrän arvioinnista lausutaan:

> "Periaatteellisesti voidaan tekijän syyllisyys pitää sitä suurempana, mitä enemmän tekoa voidaan pitää hänen luonteensa adekvaattisena ilmauksena. Ja päinvastoin: syyllisyys on sitä pienempi, mitä vähemmän luonteenomainen se on tekijälleen ja mitä enemmän sen voidaan katsoa johtuneen epätavallisista ulkonaisista tekijöistä."

---

[6] Ero Serlachiukseen käsitykseen ilmenee siinä, että toimittaessaan yhdessä Salmialan kanssa Serlachiuksen oppikirjaa, Honkasalo kirjoitti kokonaan uudestaan rangaistuksen määräämistä koskevan jakson (ks. *Salmiala-Honkasalo-Serlachius* 1952 s.172-177, sittemmin esitys on siirretty sellaisenaan Honkasalon omaan yleisten oppien kolmanteen osaan, *Honkasalo* III s.262 ss., josta ovat myös tekstissä esitetyt sitaatit).

[7] ". . .Rikos esiintyy yhdeltä puolelta ulkonaisena oikeudenloukkauksena, toiselta puolen tekijän yhteiskunnanvastaista mieltä osoittavana realiteettina. Mainittuihin ainesosiin liittyvät ne laadulliset ja laajuudelliset . . . momentit, joille lainsäätäjän . . . tahdon mukaan on annettava rangaistusta nostava tai laskeva vaikutus."(*Honkasalo* III s.263).

Tältä pohjalta täsmennetään sitten ulkoisten tekijöiden merkitystä syyllisyysarvostelun ja mittaamisen kannalta (mts. 267):

> "Syyllisyyden määrään ja siis rangaistuksen suuruuteen vaikuttavana seikkana on näin ollen huomioitava tekoon johtaneen ulkonaisen kiihokkeen laatu. Jota suurempi on kiihokkeen synnyttämä viettelys tekoon, sitä vähemmän siihen lankeaminen on osoitus tekijän sisäisen yhteiskunnanvastaisuuden voimasta; ja päinvastoin. Johtopäätöksiä sisäisen yhteiskunnanvastaisuuden voimasta voidaan tehdä myös tekijän suhtautumisesta tekoa suorittaessaan. Jota suuremmat vaikeudet tekijällä on ollut voitettavana päästäkseen rikolliseen päämääräänsä ja jota suuremmalla tarmolla hän on ne tieltään raivannut, sitä intensiivisempi on hänen tahtonsa asosiaalisuus, ts. hänen syyllisyytensä. Tärkeänä seikkana syyllisyyden arvioimisessa on myös se tarkoitusperä, johon tekijä on pyrkinyt. Altruistiset ja sosiaaliset päämäärät, joista rikos saattaa olla lähtöisin, eivät tee rikosta olemattomaksi, mutta ne vaikuttavat varsin merkityksellisesti sen paheksumislausunnon voimakkuuteen, joka yhteiskunnan puolelta kohtaa tekijää."

Objektiivisen puolen arviointiperusteet esitetään jälleen niukkasanaisemmin: ". . . lähinnä teon ulkonaiseen puoleen kuuluvista seikoista on huomioitava oikeudenloukkauksen kvantitatiivinen laajuus. . . Toisena tärkeänä rikoksen ulkonaiseen puoleen kuuluvana seikkana on huomioitava teon suoritustapa" (*Honkasalo* III s. 264). Kirjoittaja mainitsee lisäksi esimerkkejä rikoksista, joissa kärsityn vahingon suuruus vaikuttaisi mittaamisperusteena, samoin kuin tilanteista, joissa tekotapa vaikuttaa teon arvosteluun; väkivaltaisen pitelemisen tehokkuus ja uhkausten voimakkuus ryöstössä ja kiristämisessä, raffinoitu erehdyttämiskeino petoksessa, raaka ja kiduttava menettely pahoinpitelyssä (*Honkasalo* III s. 264).

2.4. Arviointia ja jatkokeskusteluja

2.4.1. Perusteiden konstruointi ja yhteiskunnanvastainen tahto

Mittaamisperusteet on siis vahvistettu deduktiivisesti, joskin premissit ovat vaihdelleet. Lähtökohdaksi asetettiin joko (a) rangaistuksen tehtävä ja tavoitteet, joista sitten johdettiin tarpeelliset alakäsitteet, tai (b) mittaamisperusteet johdettiin suoraan rikoksen ja rangaistuksen käsitteiden rakenteellisesta vastaavuudesta. Lähtökohtien erosta huolimatta perusteiden *aineellinen justifikaatio* pysyi samana: mittaamisperusteet palautettiin aina lopulta yhteiskunnanvastaisen tahdon ja rikollisen energian intensiteettiin. Tähän perustettiin tahallisuuden ja tuottamuksen eriasteinen kohtelu sata vuotta sitten (*Annerstedt*

1869 s.28 ja *Forsman* 1884 s.22), ja samoin menetellään edelleen.[8] Sama pätee muihinkin mittaamisperusteisiin. Pahan tahdon kiinteys perustaa siten mm. avunantajan ja yllyttäjän sekä yrityksen ja täytetyn teon eriasteisen rankaisemisen (*Annerstedt* 1869 s.29-30, *Anttila-Heinonen* 1977 s.150 ja *Lahti* 1975 s.54). Tekotapa, tekijän käyttämät "keinot ja välikappaleet" ovat "omiansa kertomaan hänen tahtonsa intensiteetistä" (*Pentti* 1922 s.52, *Forsman* 1884 s.22 ja sama 1930 s.528 sekä *Agge* II s.217). Samaa pätee teon kestoon ja toisaalta siihen, että teko on tehty "köyhyyden, hädän tai puutteen takia" (*Pentti* 1922 s.55). Argumentoinnin voikin tiivistää Pentin sanoin: "...loukatun oikeushyvän arvon ja suuruuden huomioon ottaminen rangaistusta määrättäessä tulee aina olla yhdistettynä niihin päätelmiin, joita niistä voidaan tehdä rikollisen tahdon intensiteettiin nähden" (*Pentti* 1922 s.50).

Näin kestävä taustaperustelu on joko poikkeuksellisen pitävä tai riittävän mitäänsanomaton. Yhteiskunnanvastainen tahto rangaistuksen käytön justifiointiperusteena onkin tarpeen mukaan yhteensovitettavissa mihin kriminaalipoliittiseen rakennelmaan hyvänsä. Lähinnä *yleispreventioon* tukeutunut Annerstedt näki tekijän yhteiskunnanvastaisen tahdon uhkana, johon tuli vaikuttaa. Koska hänen omaksumansa benthamilaisen motivointiteorian mukaan motiivi toiminnalle (tahdolle) on aina löydettävissä "i retelsen af sinnlig lust" (*Annerstedt* 1869 s.25), tuli tahdosta yhteiskuntamyönteinen, kunhan vain riittävä vastamotiivi (rangaistus) asetettiin ohjaamaan se muualle. *Sovitusajatusta* edustaneelle Forsmanille oli välttämätöntä asettaa rikokset ja rangaistukset arvossa toisiaan vastaan, sillä vain näin saattoi rangaistus kumota vastakäsitteensä. Kun yhteiskunnanvastainen (vapaa) tahto kuului hänelle jo rikoksen käsitteseen, oli selvää, että tuo tahto määräsi rangaistuksen ankaruuden. Rangaistuksen tuli olla näet sellainen, että se kumoaa teossa esiintyneen oikeudenvastaisen tahdon (mikä tapahtui muuttamalla tahto yhteiskuntamyönteiseksi). Myös *erityispreventiota* tavoitteleva sosiologinen koulukunta asetti yhteiskunnanvastaisen tahdon rangaistuksen määräämisen lähtökohdaksi. Tällä kertaa

[8] Pahasta tahdosta syyllisyyden ja rikosoikeudellisen moitteen ytimenä ks. edelleen *Honkasalo* III s. 263 ja *Forsman* 1930 s. 173: "Den subjektiva sidan innebär det handlande subjektets viljebeskaffenhet eller med andra ord viljans förhållande till den genom handlingen åstadkomma rättsläsionen. . ." Tausta-ajatus löytyy myös vuoden 1875 ehdotuksen mittaamissäännöksistä (49 §). "Jos rikkomus siihen katsoen, mihin aikaan, missä paikassa tahi millä tavalla se tehty oli, kuinka tärkeä rikkomuksen esine, kuinka laaja eli suuri vahinko, mikä syyllisen vaikutin, *kuinka suuri hänen pahan tahtonsa voima eli lujuus oli* . . . tahi muusta samanlaatuisesta syystä harkitaan olleen vaarallisempi eli pahempi, kuin mitä sellainen rikos tavallisesti on . . . " (ks. myös *Hiltunen* 1951 s. 226 av. 11 mainitut lähteet, *Nousiainen* 1961 s. 93-94 sekä *Anttila-Heinonen* 1977 s. 139).

sitä ei johdettu kuitenkaan rikoksen ja rangaistuksen käsitteestä, vaan se saatiin suoraan rikosoikeuden tehtävästä yhteiskunnan suojelijana. Yhteiskunnanvastainen tahto ennakoi yhteiskunnanvastaisia tekoja. Ne on taas syytä rangaistuksin ajoissa estää.

2.4.2. Paha tahto mittaamisopin systeemikategoriana

Onko sitten sillä, että määrätyn seikan katsotaan olevan osoituksena jostakin, jota nimitetään "yhteiskunnanvastaiseksi tahdoksi", esitetty myös hyväksyttävä ja uskottava perustelu tekijän lievemmän tai ankaramman rankaisemisen puolesta? Myöntävä vastaus edellyttää: (a) että yhteiskunnanvastaisen tahdon ja rikollisen energian käsitesisältö on täsmällisesti määritelty siten, että voimme luotettavasti identifioida siitä osoituksena olevat yksittäiset ilmiöt, ja (b) että on esitetty uskottavat syyt sille, miksi tämä ominaisuus on ylipäätään valittava rangaistusvastuun mitaksi.

Käsitteen *täsmällisyys* jättää paljon toivomisen varaa. Määrittelemättä jää, mitä "rikollinen energia", "tahdon pahuus" tai "yhteiskunnanvastaisuuden intensiteetti" tarkoittaa. Stipulatiivisen määrittelyn sijasta asiaa voi toki täsmentää esimerkein ja käyttöyhteyksiä kuvaten—ja näin onkin usein menetelty. Tällöinkin joudutaan kysymään käytettyjen kriteereiden oikeutusta ja sitä, *miksi* esimerkiksi tahallisuus rangaistaan tuottamusta ankarammin, miksi suunnitelmallisuus ja esteiden raivaaminen koventaa vastuuta jne. Tähän ei vastaukseksi enää kelpaa "koska ne osoittavat pahan tahdon kiinteyttä", sillä silloin kuljetaan kehää.

Huomautusten tarkoituksena ei tässä vaiheessa ole ottaa kantaa eri perusteiden merkitykseen ja justifikaatioon. Kritisoitavana on vain argumentointitekniikka, joka heikoimmillaan asettaa tekovälineet mittaamisperusteiksi, koska ne osoittavat rikollisen tahdon intensiteettiä, mutta johon samalla lisätään rajoitus, jonka mukaan välineet on lupa ottaa huomioon "vain siltä osin kuin niistä voidaan tehdä päätelmiä yhteiskunnanvastaisen tahdon voimakkuudesta". Tavoitteena ei myöskään ole väittää mittaamisopin tulevan toimeen ilman käsitteenmuodostusta ja korkeankaan abstraktiotason yläkäsitteitä. Käsitteille voidaan kuitenkin asettaa tiettyjä täsmällisyysvaatimuksia. Niiden sisällön määrittelylle on myös esitettävä rationaaliset perusteet. Systeemiyhteys ei yksin riitä justifikaatioksi. Deduktion ja systeeminsisäisen analogian mahdollisuus on vain yksi lenkki siinä ketjussa, joka saa vastaanottajan hyväksymään argumentaation lopputuloksen tarjolla näkyvissä olevista parhaana ja uskottavana (ks. myös *Helin* 1985 passim. erit. s.90—92).

Yhteiskunnanvastainen tahto täyttää huonosti nämä vaatimukset. Paitsi, että tällaisella käsitteellä operoiminen tekee argumentoinnista "tuskastuttavan abstraktista ja kaavamaista" (*Stratenwerth* 1975 s.974), on se myös omiaan kätkemään taakseen ne todelliset arvoratkaisut, joihin päätökset rangaistuksen ankaruudesta pohjaavat. Olemme melkoisella varmuudella valmiita lieventämään taposta tuomittavaa rangaistusta tilanteessa, jossa isänsä juopotteluun ja tämän tapaan jatkuvasti pahoinpidellä perhettään kyllästynyt ja hätääntynyt nuori ampuu agressiiviseksi jälleen kerran käyneen perheenpään haulikolla. Lähes yhtä varmaa on, ettei lievennyksen perusteleminen "yhteiskunnanvastaisen tahdon vähäisemmällä intensiteetillä" kuvasta todellisia ratkaisuperusteitamme.

2.4.3. Paha tahto syyllisyyden perustana

Vielä perustavampiin kysymyksiin joudutaan vaadittaessa selitystä pahan tahdon asemalle *syyllisyysopissa yleisesti*. Pahalle tahdolle rakentuvaa syyllisyyskäsitystä voikin Alf *Rossin* ajatuksia seuraten tarkastella osana rikosoikeuden metafyysis-luonnonoikeudellista perintöä. Taustalla erottuu vanhatestamentillinen ajatus synnistä itsepäisenä ja itsenäisenä Jumalan lakia uhmaavana tahtona. Pahalle tahdolle pohjaava syyllisyyskäsitys henkii ihmisen sokeata tottelevaisuutta korostavaa, autoritaaris-moralistista yhteiskuntanäkemystä. Syyllinen on se, joka on uskaltanut korottaa tahtonsa esivallan käskyjä ja määräyksiä vastaan ja näin rohjennut asettaa sen auktoriteetin kyseenalaiseksi (ks. *Ross* 1974 s. 46).

Rossin ajatuksia vielä jatkaen olisi myös esitettävissä vaatimus, jonka mukaan rikosoikeudellisen syyllisyyskäsityksen tulisi heijastaa niitä moraalisia ja sosiaalisia perusarvostuksia, jotka ovat vallalla senhetkisessä yhteiskunnassa, ja joita tuo yhteiskunta tarvitsee ihmisten hyvinvoinnin ja elämisen laadun kohentamiseksi. Tältä kannalta voi perustellusti epäillä, onko tottelevaisuus ja kuuliaisuus tänään (jos koskaan) kansalaisten ensimmäinen hyve. Elämisen laadun uhkana tuskin on niinkään kuuliaisuuden ja esivallan käskyjen kunnioituksen puute kuin keskinäisen solidaarisuuden uupuminen sekä välinpitämättömyys ja piittaamattomuus toisten ihmisten kärsimyksistä. Tämä näkökohta olisi sisällytettävä myös yhteiskunnallista moitetta ja kiitosta jakavaan syyllisyyskäsitykseen. Päähuomio olisi siirrettävä yksilön ja käskevän auktoriteetin alistussuhteesta ihmisten keskinäisiin solidaarisuussuhteisiin.

2.4.4. *Muoto—rikoksen rakenne systematiikan perustana*

Mittaamisperusteiden jäsentämisessä on useimmissa esityksissä siis seurattu rikoksen rakennekaaviota. Erityisen kiinteä tämä yhteys oli vanhemmilla kirjoittajilla (Lagus, Ehrström ja Forsman). Samalla tavalla menetteli myös Honkasalo jakaessaan mittaamisperusteet Forsmanilta perittyä systematiikkaa seuraten objektiivisiin ja subjektiivisiin. Esimerkkiä ovat seuranneet sittemmin[9] mm. *Nousiainen*[10] ja *Anttila.*[11] Erotteluperusteen johdonmukainen soveltaminen johtaa kuitenkin vaikeuksiin. Nousiainen olikin epätietoinen esimerkiksi tekotapaa koskevien perusteiden sijoittelusta ja päätyi nimeämään ne "objektiivis-subjektiivisiksi" mittaamisperusteiksi (*Nousiainen* 1961 s.124). Samaa jakoperustetta seuranneissa pohjoismaisissa esityksissä on myös korostettu erottelun suhteellisuutta: objektiivisen puolen on katsottu vaikuttavan subjektiiviseen ja kääntäen[12]. Rikosoikeudessa on siis oivallettu enevässä määrin,

[9] Jo ennen Honkasaloa ilmestyi 1922-luvulla asiaa koskeva erillisselvitys (*Pentti* 1922). Yläkäsitteenä oli siten "rikollisen tahdon intensiteetti", josta tehtiin päätelmiä sekä teon subjektiivisen että objektiivisen puolen perusteella. *Subjektiiviseen puoleen* kuuluivat (1) syyntakeisuuden aste, (2) syyksiluettavuuden lajit, (3) "syyt ja vaikutteet, joista rikos on lähtenyt", (4) "vaikuttimet ja tarkoitukset", (5) avunanto, (6) yhteenliittäytyminen, (7) ammattimaisuus ja tavanomaisuus, (8) tekijän menneisyys ja (9) käyttäytyminen teon jälkeen. *Objektiivisessa suhteessa* tietoa yhteiskunnanvastaisesta tahdosta antoivat (1) objektin laatu, (2) objektin laajuus, (3) subjektin ja objektin välinen suhde, (4) yritys, (5) keinot ja välikappaleet, (6) tekotapa, (7) teko-olosuhteet ja hätävarjelu, (8) uhrin asema, (9) tekopaikka ja (10) tekoaika. Lajivalintaan vaikuttavina perusteina erotettiin lisäksi (a) tuomitun ikä ja (b) hänen varallisuutensa ja yhteiskunnallinen asemansa (rangaistuksen vaikutus tuomitun toimeentuloon ja yhteiskunnalliseen asemaan, ks. *Pentti* 1922 passim.)

[10] *Nousiainen* jakaa objektiiviset perusteet objektia välittömästi koskeviin ja tekijän suhteesta objektiin johtuviin. Ensin mainittuihin lukeutuvat objektin erityislaatu (suojattavuus, arvo jne.) ja sosiaalivaaralliset objektiin kohdistuvat näkökohdat (vahinko ja vaaran vähäisyys tai ilmeisyys). "Tekijän suhteesta objektiin johtuvia" perusteita ovat tekotilanne (tekotapa, -aika ja paikka) sekä hyöty tai vahinko. Subjektiiviset perusteet kirjoittaja jakaa syyllisyyteen, vaarallisuuteen ja motiiviin (ks. *Nousiainen* 1961 s. 259 ss.).

[11] Oikeudenloukkauksen suuruus arvostellaan Anttilan mukaan ao. tunnusmerkistön pohjalta. Syyllisyysarviointiin vaikuttaa taas tahallisuuden ja tuottamuksen asteet, rikoksentekijän mielenlaatu rikoksen tapahtuessa, rikoksen tahdon voimakkuus, missä määrin tekoon ovat vaikuttaneet tilapäiset olosuhteet, provokaatio, erityislaatuiset motiivit ja tarkoitusperä. Lisäksi on selvitettävä syyntakeisuus sekä entisyys, erityisesti aikaisempi rikollisuus (*Anttila* 1973 s. 375-379, ks. myös *Anttila-Heinonen* 1971 s. 199). Mittaamisperusteita väitöskirjassaan ohimennen käsitelleen *Lahden* esitys noudattaa samoja linjoja (*Lahti* 1974 s. 298-300).

[12] *Hurwitz-Waaben* mieltävät mittaamisperusteet jompaan kumpaan ryhmään kuuluviksi, mutta eivät esityksessään käytä erottelua systematisointiperusteena (*Hurwitz-Waaben* 1971 s. 540-543). *Andenaes* on systemaattisempi erottaen objektiivisina perusteina aiheute-

ettei tekoa voi tulkita eikä ymmärtää ilman tietoa tekijän intentioista. Teko on tavoitteet sisältävä finaalinen kokonaisuus, eikä sen osia voi pilkkoa ulkoisiin ja sisäisiin[13].

Erottelu subjektiivinen/objektiivinen korvattiin saksalaisen kielialueen rikosopissa melko varhain toiselle pohjalle rakentuville, joskin yksityiskohdissaan toisistaan melko lailla poikkeavilla rakennekaavoilla.[14] Useimmissa tapauksissa perustana on jako toiminta- ja seurausvääryyteen. Ne tosin saavat hieman eri sisällön esittäjänsä mukaan[15]. Rakennekaavat on myös eriytetty sen mukaan onko kyse tahallisista vai tuottamuksellisista, tekemis- vai laiminlyöntirikoksista.[16]

Perussystematiikan muutosta seuraa kysymys, missä määrin honkasalolaista ratkaisua edelleen noudattavassa kotimaisessa keskusteluyhteydessä on aihetta seurata mittaamisperusteiden systematisoinnissa uusien rakenneoppien edellyttämiä malleja. Vaikka rakennekysymysten yleinen pohtiminen ei ole tämän esityksen tehtävä, on toisaalta ilmeistä, että myös mittaamisperusteiden syste-

---

tun vahingon ja vaaran suuruuden, yhteenliittäytymisen sekä tekotapaan ja tilanteeseen liittyvät seikat. Subjektiivisia perusteita ovat tahallisuuden ja tuottamuksen asteet, motiivi, ikä, uusiminen ja rikoksentekijän persoonallisuus. Lisäksi Andenaes erottaa teon ulkopuoliset mittaamisperusteet, joista hän mainitsee muun muassa teolla aiheutettujen vahinkojen hyvittämisen (ks. *Andenaes* 1974a s.413-420).

[13] Asiasta huomautti ns. subjektiivisten oikeudenvastaisuuselementtien muodossa jo *Mezger* 1931 s.131 ss. Finaalisesta tekoteoriasta ks. *Kantola* 1976 passim. viitteineen. Subjektiivisen ja objektiivisen erottelusta ja "kartesiolaisen myytin ghost in a machine" kritiikistä filosofiassa *Ryle* 1976 s.61 ss ja rikosoikeudessa *Brett* 1963 s.184 ja *Jareborg* 1969 s.67 ss.

[14] Tekstissä kosketellut ongelmat johtivat rikosopissa yhteisen yläkäsitteen - "Unrecht" - konstruoimiseen. Siihen sisällytettiin kaikki teon oikeudenvastaisuuden konstituoivat subjektiiviset ja objektiiviset elementit. Seikat, joilla oli merkitystä tekijän moitittavuuden kannalta kerättiin syyllisyyskäsitteen alle (kehityksestä *Schmidt* 1965 s. 183, *Eser* 1976 s. 627 sekä yleisesti myös *Jescheck* 1986 passim).

[15] Klassinen Unrecht-oppi näki vääryyssisällön ensisijassa seurausvääryytenä ja samaisti Unrechtin teon seurauksiin. Henkilöllinen (finaalinen) oppi näkee Unrechtin vuorostaan ainoastaan toimintavääryytenä). Nykyinen konseptio on syntynyt niin sanotun sosiaalisen Unrecht-opin pohjalta. Teon vääryys on sekä tiettyjen intressien että yksilölle osoitettujen toimintavelvollisuuksien rikkomista. Ks. esim. *Jescheck* 1978 s.190: ". . . Die Rechtswidrigkeit der Tat sich nicht in der Missbilligung des Deliktserfolges erschöpft, sonderns dass aus die Art und Wiese der Herbeiführung des rehtlicht missbilligten Zustandens in das Unwerturteil einbezogen werden muss" (*Jescheck* 1978 s. 190 ja myös *Koskinen* 1976 s. 27-28). Tulkinta voidaan ymmärtää myös eräänlaiseksi synteesiksi aikaisemmasta kehityksestä, ks. *Krümpelmann* 1966 s. 66 ss.

[16] Ks. kirjoituksia julkaisussa "Tuottamukselliset rikokset" 1976, erit. *Koskinen* 1976.

matisointi täytyy perustaa aiemmasta poikkeaviin kriteereihin. *Yksi näistä* — joskaan ei ainoa — on tapa eritellä rikoksen rakenneosat.

3. Mittaamisperusteiden systematisointi

3.1. Lähtökohtia

3.1.1. Syyllisyydestä mittaamisperusteiden systematisointiavaimena

a) *Käsitteen merkitysvaihtoehdot ja ''mittaamissyyllisyys''.* - Samalla tavoin kuin ajatus rangaistuksesta rikoksen negaationa johti mittaamisperusteiden konstruointiin rikoksen rakennekaavion avulla, johtaa myös vaatimus syyllisyysvastaavuudesta yrityksiin kytkeä mittaamisperusteet syyllisyyden ainesosiin. Syyllisyyskäsitteen sisällöllisen epämääräisyyden vuoksi tämän systematisointiperusteen hyödyntäminen johtaa kuitenkin huomattaviin vaikeuksiin. Asetettaessa syyllisyys rangaistuksen mittaamisen yläkäsitteeksi onkin joko varauduttava siihen, että käsitteellä tarkoitetaan jotakin muuta kuin rikosopissa yleensä, tai oltava valmis myöntämään, että muillakin kuin ''syyllisyyden'' ainesosilla on merkitystä mittaamisessa.[17]

Kysymys on erityisen hankala saksalaisen kielialueen mittaamisopille, jonka lähtökohtiin kuuluu sekä ''keine Strafe ohne Schuld'' että tiukka pitäytyminen systeemilogiikkaan. Jollei käsitepäättelyin tahdottu suoraan kieltää esim. seurausten merkitystä mittaamisperusteena (kuten esim. *Dreher* 1947 s.109 ja *Kauffman* 1961 s.258-259), edellytti systeeminmukaisuus rikosopillista laajemman syyllisyyskäsitteen konstruointia. Tämä käsite (''Strafzumessungsschuld'') määritellään käsitteeksi, joka sisältää kaikki ne momentit, jotka ''für die

[17] Syyllisyydellä voidaan ymmärtää esimerkiksi jotakin seuraavista vaihtoehdoista.

1 Prosessuaalinen syyllisyys (syyllistynyt rikokseen); eron tekeminen tekoon syyllistyneiden ja syyttömien välillä.
2 Syyllisyys moitteen edellytyksenä (toisintoimimismahdollisuus).
3 Syyllisyyden juridinen ja moraalinen merkitys (esim. ''Schuld als Rechtsschuld'').
4 Syyllisyys rikoksen rakenneosana (rikosopillinen syyllisyyskonstruktio).
5 Syyllisyys moitteena ja vastaavasti deskriptiivisenä psykologisena suhteena (normatiivinen syyllisyys < > psykologinen syyllisyys).
6 Syyllisyyden erittely kohteensa mukaan esim. akselilla teko-/tekijäsyyllisyys.
7 Syyllisyys niiden seikkojen yhteisnimittäjänä, joiden mukaan rangaistus määrätään (rangaistuksen mittaamissyyllisyys).
8 Syyllisyyden kytkeminen suhteellisuusperiaatteeseen ja vaatimukseen rangaistuksen ankaruuden ja syyllisyyden määrän vastaavuudesta (relaatiokäsite).
9 Syyllisyys syyllisyyden tunteena jne.

Strafenhöhe im konkreten Fall von Bedeutung sind" (*Achenbach* 1974 s.4, 10-11 ja *Bockelmann* 1975 s.59).

Saksalaisen kielialueen "mittaamissyyllisyys" ei eroa paljoakaan käsitteelle Pohjoismaissa tässä yhteydessä annetusta sisällöstä. *Ellilä* kirjoittaa: "Kun rangaistuksen näin tulee vastata teossa ilmenevää syyllisyyttä, niin sen arvioimisperusteina eli rangaistuksen määräämisperusteina tulevat varsinaisesti kysymykseen vain itse rikosteossa, sen subjektiivisella *ja objektiivisella* puolella (kurs. tässä) esiintyvät asianhaarat". Syyllisyyden ainesosiksi Ellilä nimeääkin tarkemmin (1) oikeudenvastaisen tahdon intensiteetin, (2) oikeudenloukkauksen laajuuden ja (3) tekijän psyykkeen yleisen laadun (ks. *Ellilä* 1949 s.57 ks. myös sama 1974 s.127). Samalla tavalla asiasta toteaa myös *Virolainen*: ". . .syyllisyyden arvioimisperusteina tulevat varsinaisesti kysymykseen itse rikoksen tekemisessä, sen objektiivisessa ja subjektiivisessa puolessa ilmenevät seikat" (*Virolainen* 1977 s.252, samoin *Pentti* 1922 s.50). Pohjoismaisista kirjoittajista *von Eyben* on havainnut myös eron tämän ja rikosopillisen käyttöyhteyden välillä: "Når der i det foregående er talt om "skyld", er der ikke taenkt på det traditionelle skyldbegreb som det f.eks. udvikles i dansk strafferet." Kyse ei kirjoittajan mukaan ole pelkästä tekijän ja teon välisestä psyykkisestä suhteesta, vaan pikemminkin teon moraalisesta paheksuttavuudesta ja sen yhteiskunnallisesta moitittavuudesta ("samfundsmaessige forkastlighed" ks. *von Eyben* 1950 s.279-280).

Syyllisyyden monimielisyys ja merkityssisältöjen hämärtyminen on johtanut useat tutkijat yleisestikin välttelemään sen käyttöä (esim. *Achenbach* 1974 s.218 ss, sama 1984 s. 137 ja *Roxin* 1974 s. 182).[18] Syyllisyysoppien uudelleenmuotoilu ei kuulu tämän tutkimuksen tehtäviin. Tässä riittää kannanotto siihen, olisiko perusteltua konstruoida erillinen, kaikki mittaamisperusteet kokoava mittaamisopillinen syyllisyyskäsitys. Kun systematisoinnissa on kyse, paitsi yhteenkuuluvien asioiden kokoamisesta samojen nimikkeiden alle, myös niiden erottamisesta selvin perustein toisistaan, on vaikea nähdä, mitä funktiota mittaamisopillinen syyllisyyskäsitys systematiikassa palvelee. Termi saattaa olla riittävä arkikielen tarpeisiin, mutta analyyttisyyteen pyrkivän tutkimuksen kannalta siitä on enemmän haittaa kuin hyötyä. Se ilmoittaa vain lopputuloksen, sen että peruste on legitiimi mittaamisperuste, kertomatta syytä miksi, ja osoittamatta tuon perusteen suhdetta muihin. Samalla se kuitenkin houkuttelee hyväksymään perusteluitta mittaamisessa relevantiksi kaiken sellaisen, joka ta-

[18] Toinen (ja ehkä parempi) vaihtoehto on pitää huoli siitä, että käsitettä käytettäessä tuodaan aina esiin mistä merkitysvaihtoehdosta on kyse (esim. "syyllisyys toisintoimimismahdollisuutena", "psykologinen syyllisyys" jne. ks. myös mitä tekstissä seuraa).

valla tai toisella liitetään "syyllisyyteen". Ajatus "mittaamisopillisen syyllisyyskäsitteen" konstruoimisesta siis hylätään.

b) *Syyllisyys toisintoimimismahdollisuutena.*—Kuvatuista syistä syyllisyydelle ei vahvisteta tarkempaa yleistä sisältöä. Vaikka käsitettä käytetään esityksen kuluessa eri merkityksissä, on sillä kuitenkin määrätty perusmerkitys - voidaan puhua ehkä syyllisyyden ydinmerkityksestä. Sellaisena on *syyllisyys toisintoimimismahdollisuutena* (ks. myös edellä jakso III.A.4). Tuo mahdollisuus on tietysti asteikollinen[19]. Asteikollisuus toteutuu myös kaikissa niissä ehdoissa, jotka toisintoimimismahdollisuutta koskeva analyysi on tuottanut: siis kyvyssä ja (ulkoisissa) mahdollisuuksissa. Henkilöllä on ts. suurempi tai pienempi kyky toimia lain vaatimalla tavalla, hänellä on siihen suuremmat tai pienemmät mahdollisuudet tai häneltä voitiin painavammin tai kevyemmin perustein vaatia, että hän olisi käyttänyt kykyään ja mahdollisuuksia hyväkseen (konformiteettiperiaatteen "heikko" merkitys). Kyky voi olla vuorostaan alentunut joko pysyväisemmin (parantumaton mielisairaus) tai tilapäisemmin (juopumus); sen voimakkuus voi vaihdella sekä henkilöön liittyvänä (syyntakeisuuden aste, ikäerot) että tilannekohtaisesti (pakon ja uhkauksen aste jne).

Tekoa koskevissa perusteissa on kyse suurelta osin toisintoimimismahdollisuuden eksplikoinnista ja sen konkretisoinnista yksittäisiksi mittaamisperusteiksi tilanteissa, joissa joko tilanne- tai tekijäkohtaiset seikat ovat alentaneet lainnoudattamisen mahdollisuuksia. Yksittäisten teonpiirteitten kannalta syyllisyys toisintoimimismahdollisuutena on loogisesti ylemmän tason arviointiperuste. Se ulottuu koskemaan mm. syyntakeisuutta ja tekijän henkilöä laajemminkin. Niin tahdottaessa tälle syyllisyyden merkitysvaihtoehdolle voidaan antaa nimike "*normatiivinen syyllisyys*".

Joissakin tapauksissa - erityisesti tahdottaessa korostaa volitiivisten ja kognitiivisten ainesten osuutta—käytetään myös termiä *psykologinen syyllisyys*. Tällekään käsitteelle ei tässä tahdota antaa ennakkoon tarkempaa merkityssisältöä. Näiden eri elementtien sisällöstä ja justifikaatiosta käydään laajempi keskustelu heti jakson B alussa. Todettakoon tässä vain, että myös "psykolo-

[19] Toisintoimimismahdollisuuden asteikollisuudesta ks. Ofstadin keskusteluesimerkkiä:
- Er du idiot?
- Nei.
- Er du mentalt syk?
- Nei.
- Er du et barn?
- Nei.
- Da har du den makt - den frihet - som kreves for att handla moralsk rett (*Ofstad* 1980 s.136-137 ja myös *Klami* 1983 s.381).

ginen syyllisyys'' ulottuu yli tekoa koskevien perusteiden ja tulee arvioitavaksi niin tekijää kuin myös teon ulkopuolisia seikkoja käsiteltäessä.[20]

3.1.2. Rikoksen rakenne systematisointiperusteena

Jako rikoksen subjektiiviseen ja objektiiviseen puoleen oli periaatteessa yksinkertainen. Se voitiin ulottaa koskemaan kaikkia rikoksia yhteisesti. Uudet rakenneopit ovat huomattavan mutkikkaita ja esittävät mm. omat kaavansa eri rikostyypeille. Ei kuitenkaan vaikuta järkevältä kuvata mittaamisperusteita vuorotellen jokaisen rikostyypin kannalta. (Sen sijaan on kyllä mahdollista ottaa huomioon tahallisten ja tuottamuksellisten sekä tekemis- ja laiminlyöntirikosten moitearvostelun kannalta olennaiset erityispiirteet.) Rakennekaavioissa on lisäksi otettu huomioon paljon sellaista, jolla ei ole relevanssia mittaamisessa.

Uusien rakenneoppien välitön sovellutusarvo jää jo näistä syistä mittaamisperusteiden systematisointiavaimena varsin rajalliseksi. Suurimmat ongelmat eivät kuitenkaan liity rakennekaavioihin sinänsä (niitä voi aina yksinkertaistaa), vaan siihen, että ne *peittävät vain osan* siitä materiaalista, jolla mittaamisessa tulisi olla relevanssia. Tämä on johtanut suljettua systeemiä tavoittelevan saksalaisen kielialueen mittaamisopin suuriin vaikeuksiin. Kun lähtökohtiin kuuluu: ''Schuld ist für die Strafzumessung verschuldetes Unrecht und zwar mit allen dem Täter zurechenbaren Folgen'' (*Zipf* 1969 s. 86), seuraa tästä, että mittaamissyyllisyyden määrä on sidoksissa ''Unrechtin'' suuruuteen (''Ohne Unrecht gibt es nicht Schuld''). Syyllisyydelle tulisi löytyä vastinepari vääryyspuolelta, ja jos näin ei käy (vrt. esim. syyntakeisuus, kieltoerehdys ja niin sanotut ''Gesinnungs''-tunnusmerkit, ks. *Jescheck* 1978 s. 709), ei seikkoja voi ottaa mittaamisessa huomioon. Ongelma voitaisiin tietysti ratkaista samalla tavoin kuin on menetelty ''mittaamissyyllisyyden'' kanssa, eli katsomalla, että käsitteillä tarkoitetaan tässä yhteydessä taas jotakin muuta kuin rikosopissa (näin esim. *Maurach-Zipf* 1978 s.433). Tämä ei kuitenkaan johda esitystä sen pidemmälle kuin vastaava ratkaisu syyllisyyden puolella.

---

[20] Valittu menetelmä poikkeaa siten Nousiaisen ratkaisusta, jossa mittaamisen lähtökohdaksi asetettiin kolme rikosopillista syyllisyyskäsitystä (psykologinen, normatiivinen ja karakterologinen) ja otaksuttiin (suositettiin ?) lainkäyttäjän etenevän moitearvostelussa näitä myöten askel askeleelta (ks. *Nousiainen* 1961 s. 91 ss). Näitä käsitteitä ei kuitenkaan ole formuloitu erityisesti mittaamisen apuvälineiksi. Sitä paitsi ajatus, jonka mukaan lainkäyttäjä etenisi konkreettisen tapauksen arvostelussa näin korkean abstraktiotason välinein tuntuu hieman haetulta. Vaikka ratkaisijakohtaisia eroja varmasti on, tuntuu uskottavammalta, että mittaamisen lähtökohtina ovat esim. ''syyllisyyden adekvanssiteoriaa'' konkreettisemmat reaalimaailman ilmiöt.

Tästä on esimerkkinä *Zipfin* esitys. Kirjoittaja jakaa mittaamissyyllisyyden *teko- ja seurauskomponenttiin*. Ensimmäinen viittaa tunnusmerkistönmukaiseen teon täyttävän toiminnan moitittavuuteen (''. . .das Ausmass des Fehlverhaltens des Täters im Hinblick auf die ihm zur Last gelegte Starftatbestandserfüllung'') ja sisältää sekä tunnusmerkistön *sisäiset* että *ulkoiset* toimintakomponentit[21]. Ensin mainituista arvioidaan tahallisissa rikoksissa tahtomomentti ja tuottamuksessa velvollisuudenvastaisuus. Molempiin rikoksiin liittyy tämän ohella erityisiä mielentila- ja tarkoitustunnusmerkkejä (''Gesinnungs- und Absichtmerkmale''). Tunnusmerkistön ulkopuolisia ''toimintakomponentteja'' olisivat muun muassa vaikuttimet ja motiivit, mielentila, velvollisuudenvastaisuus ja tekotapa, *Maurach-Zipf* 1978 s. 433-434. Mittaamissyyllisyyden *seurauskomponentti* (''Die Erfolgskomponente der Strafzumessungsschuld'') sisältää sekin tunnusmerkistön sisäiset ja ulkoiset seuraukset (lähinnä kyse on oikeushyvien loukkauksen ''intensiteetistä'', mts. 435). Käsitteistö muuttuu siis ensinnäkin epäselväksi (tekotapa tunnusmerkistön ulkopuolisena ''toimintakomponenttina''). Toiseksi siihen ei saada luontevasti sijoitetuksi kaikkea tarpeellista. Kuten Zipf toteaa, uusimisen ja tekijän menneisyyden suhde syyllisyyden teko- ja seurauskomponenttiin jää epäselväksi ('' Umstritten sind'' mts. 434). Ne voidaan tietysti ottaa huomioon preventioperusteina, mutta tällöin on lähellä vaara, että niiden vaikutus rajautuu Stellenwert-teorian tavoin lajivalintaan.

Näyttää ilmeiseltä, etteivät mittaamisperusteiden systematisointiongelmat avaudu pelkästään rikoksen rakennekaavion näkökulmasta (justifioinnista puhumattakaan). Rakennekaaviot ovat tekoa jäsentävinä viitekehyksinä liian yksityiskohtaisia ja abstrakteja. Ne sisältävät tarkasteltavan ongelman kannalta irrelevantteja aineksia, mutta toisaalta niihin ei saa mahdutettua kaikkea asiaan vaikuttavaa. Ne eivät kuitenkaan ole kokonaan hyödyttömiä. Niitä voi luovasti soveltaa. Tältä osin käyttökelpoisia ratkaisuja tarjoaa tunnusmerkistön jakaminen vääryys- ja syyllisyystunnusmerkistöön ja toisaalta vääryystunnusmerkistön erottaminen toiminta- ja seurausvääryyteen. Jakoa subjektiiviseen ja objektiiviseen puoleen ei liene aihetta säilyttää muutoin kuin asioista ehkä huomattavan yleistajuisesti puhuttaessa.

[21] Paitsi että syyllisyys tarkoittaa mittaamisessa muuta kuin rikosopissa, myös toiminta- ja seurausvääryys on kirjoittajien mukaan ymmärrettävä rikosoppia laajemmin. Päinvastoin kuin yleensä nämä komponentit eivät ole sidottuja itse tunnusmerkistöön, vaan kattavat myös tunnusmerkistön ulkopuolisia tekijöitä (*Maurach-Zipf* 1978 s. 433).

3.2. Systematisointiavainten esittely

3.2.1. Lähtökohdat

Syyllisyyden ja rikoksen rakenteen ohella voidaan erottaa esimerkiksi seuraavat kuusi systematisoinnin lähtökohtaa:[22]

(a) *Arvot tiedostava normatiivinen systematiikka.* Tämä jakaa perusteet sen mukaan, mitä arvoja ja/tai periaatteita ne edistävät tai korostavat (esimerkiksi oikeudenmukaisuus ja tarkoituksenmukaisuusperusteet).

(b) *Käsitteellinen, määrättyä rikosopillista peruskategoriaa seuraava systematiikka.* Perusteet voidaan sijoittaa esimerkiksi syyllisyyden tai rikoksen yleisen tunnusmerkistön rakenneosiin.

(c) *Deskriptiivinen, reaalimaailman ilmiöihin pitäytyvä systematiikka* välttäisi tietoiset arvokannanotot ja spekulatiivisen käsitteenmuodostuksen ja perustaisi systematiikan reaalimaailman ilmiöihin esimerkiksi sen mukaan, liittyvätkö ne *tekoon*, *tekijään* vai *uhriin*, koskevatko ne tapahtumia ja toimintoja *ennen* tekoa, sen *aikana* vai teon *jälkeen*, taikka kiinnittyvätkö ne *rikoksen* vai *rangaistuksen* arvottamiseen.

(d) *Yleisyystasoon perustuva systematiikka* jakaisi perusteet sen mukaan, koskevatko ne "kaikkia" rikoksia, vaiko vain tiettyä rikostyyppiä.

(e) *Lakiteknisiin kirjoitusjärjestelyihin* pohjaavat erittelyt taas tekisivät eron perusteiden välillä, jotka oikeuttavat valitsemaan asteikon, muuntamaan sitä ja lopulta ohjaisivat seuraamuksen valintaa vahvistetun asteikon sisällä.

(f) *Positiivisen oikeuden sanktiojärjestelmään liittyvä systematiikka* taas jakaisi perusteet sen mukaan, mikä on niiden rooli eri sanktiolajeja ja niiden määriä vahvistettaessa jne.

Vaihtoehdot osoittavat, että valittu systematiikka on tahdon asia[23]. Paras valinta ottaa huomioon riittävässä määrin kaiken tarpeellisen. Joskus saattaa olla edúksi turvata periaatteiden tasolla tapahtuvaan erittelyyn, toisinaan asiat yhdistyvät osakokonaisuuksiksi luontevimmin kiinnittämällä ne suoraan

[22] Ks. myös *Lehtimaja* 1981 s.341—347, jossa kirjoittaja erottaa kolme systematisointitapaa rikosoikeuden erityisen osan tutkimisessa. (1) Tekninen (dogmaattinen) systematisointi (materiaalina oikeuslähteet), (2) empiiris-käytännöllinen (materiaalina todellisuuden ilmiöt) ja (3) tavoitteellinen systematisointi (käytössä olevien toimintamallien ja strategioiden kartoitus). Ensimmäinen vastaa lähinnä tekstin kohtia b ja e, toinen kohtia c, d ja f sekä viimeinen kohtaa a.

[23] Näihin voi liittää vielä erottelun "reaalisiin", "finaalisiin" ja "loogisiin" mittaamisperusteisiin (*Spendel* 1954). Pikemminkin kuin mittaamisessa vaikuttavien seikkojen jaosta on tässä kuitenkin kyse mittaamistutkimuksen kohteena olevan materiaalin ryhmittelystä sekä erottelusta periaatteiden (finaalinen), perusteiden (reaalinen) ja argumentaation (looginen) välillä.

konkreettisiin reaalimaailman ilmiöihin. Ainakin mittaamisperusteiden teoreettisen hallitsemisen kannalta on ilmeistä, ettei eri näkökulmien välillä tule pyrkiä väkipakolla yksiulotteiseen ratkaisuun. Systematisointi voi perustua (ja useimmissa tapauksissa se näin tekeekin) samanaikaisesti useampaan eritasoiseen näkökohtaan, mikä ei tietenkään estä, että toiset avaimet ovat muita hallitsevampia. Systematiikkaa rakennetaan siis *kerroksittain* useampaa näkökulmaa soveltaen seuraavasti.

3.2.2. Normatiivinen tausta - periaatteet

Mittaamisperusteissa konkretisoidaan määrättyjen periaatteiden vaatimukset yksittäistapauksellisessa harkinnassa vaikuttaviksi argumenteiksi. Taustaperiaatteet ovat siten yksi tapa jakaa perusteet eri leireihin. Arvoperiaatteita vastaavat siten *oikeudenmukaisuus ja kohtuusperusteet*, kun taas tavoiteperiaatteiden konkretisoitumia ovat erilaiset *tarkoituksenmukaisuus- ja preventioperusteet*.

Normatiivinen ja arvot tiedostava systematisointi erottaa lisäksi *yleistävän oikeudenmukaisuuden* (muodollisen oikeusturvan) edellyttämät perusteet *yksilöivään* kohteluun pyrkivistä reaalisista arvo- ja tavoiteperusteista (poikkeusperusteista).

3.2.3. Teko, tekijä ja uhri

Kun rangaistuksen määräämisessä on kyse tietyn *tekijän* rankaisemisesta hänen tekemänsä *teon* johdosta, on luontevaa erottaa toisistaan seikat, jotka ilmenevät konkreettisesta teosta, ja piirteet, jotka liittyvät kiinteämmin tekijän henkilöön. Erottelu on tietysti suhteellinen ja sidoksissa tapaan määrittää teon käsite. Näistä erimielisyyksistä huolimatta on käytännöllistä tehdä ero perusteisiin, joita voi arvioida tuntematta tehtyä rikosta, toisaalta on myös mahdollista arvostella teonpiirteitä ilman tietoa tekijästä. Tätä samaa perustetta käyttäen voidaan edelleen ottaa erillistarkastelun kohteeksi seikat, jotka koskevat *uhria* tai hänen käyttäytymistään.

3.2.4. Rikosoikeuden yleiset opit ja rikoksen rakenne

Rikoksen rakenneopeista on hyödynnetty erottelua syyllisyys- ja vääryystunnusmerkistön välillä sekä ”vääryyssisällön” jakamista toiminta- ja seurausvääryyteen seuraavasti.[24]

[24] Nämä ovat teknisiä termejä, eikä niihin tarvitse sellaisina kiinnittää erityisempää huomiota.

I. Teon vääryyssisältö.—Tämä vastaa mm. Honkasalon "vääryystunnusmerkistön" käsitettä (ks. *Koskinen* 1976 s.22). Se jaetaan *seurausvääryyteen* (yksinkertaisemmin "seuraukset") ja *toimintavääryyteen* (usein vain "tekotapa"). Ensin mainittu kattaa lähinnä vahingon ja vaaran. Jälkimmäisen ala on heterogeenisempi ja vaihtelee sen mukaan, onko kyse tahallisista vai tuottamuksellisista rikoksista. Ero vanhaan objektiiviseen puoleen on ennen kaikkea siinä, että toimintavääryyden puolella tarkastellaan seikkoja, joilla on perinteisesti ollut kytkennät subjektiiviseen puoleen (esim. suunnitelmallisuus). Kömpelö termi "toimintavääryys" ei käy korvattavaksi tutulla "tekotavalla", koska tässä yhteydessä käsitellään seikkoja, joilla ei arkikielen mukaan ole tekemistä "tekotavan" kanssa (esim. velvollisuudenvastaisuus ja objektiivinen tuottamus).

II. Syyllisyysarvostelu.—Teon syyllisyysarvostelu jakaantuu (a) syyksiluettavuuteen ja (b) motiiveihin ja motivointiin. Ensin mainittu kattaa Honkasalon käyttämän terminologian mukaisesti tekijän ja teon välisen psykologisen suhteen (kognitiiviset ja volitiiviset elementit). Tähän liitetään erehdysongelmat syyksiluettavuuden eräänlaisena kääntöpuolena. Syyllisyysarvostelun toinen puoli kattaa kaksi osaksi eri taustaperiaatteisiin pohjaavaa ryhmää. *Motiivit* viittaavat usein käyttäytymisen hyväksyttävyyteen/tai paheksuttavuuteen. Ne liikkuvat siten samalla akselilla oikeuttamisperusteiden kanssa. *Motivointitilanne* kartoittaa taas tekijöitä, joilla on yhteys syyllisyyteen toisintoimimismahdollisuutena.

Jäsentämisen ohella rikosoikeuden yleiset opit tarjoavat runsaasti *tulkintaaineistoa*. Kaikilla niillä näkökohdilla, joita rikosoikeudessa on käytetty määritettäessä rangaistavan tai rankaisematta jäävän suhtautumisen rajaa tai joilla rangaistavuutta porrastetaan on yleensä merkitystä vastuun määrää arvioitaessa vielä senkin jälkeen, kun rangaistavan ja rankaisematta jäävän suhtautumisen rajaus on suoritettu. Ajatus tunnettiin saksalaisella kielialueella jo 1930-luvulla "Gesetz der Grenzwertbestimmung" periaatteena.[25] Siitä on sittemmin otettu nimenomaiset maininnat uudempiin mittaamissäännöstöihin[26].

[25] Ks. *Mezger* 1931 s.273 ja av. 11, *Bruns* 1974 s.71, 620, sama 1980 s.35, 148 ja sama 1985 s.43, 175. "In Betracht kommen...als "Grenzwerte" des Unrechts die einzelnen Unrechtsausschliessungsgründe . . . auch wo sie das Unrecht nicht ausschliessen, doch dass Mass des Unrechts herabmindern" (*Mezger* 1931 s.499). Sama pätee myös syyllisyyspuolella: ". . . die Gründe, welche in ihren höheren Graden die Schuld ausschliessen, in ihren geringeren Graden auch innerhalb bestehender Schuld auf deren Umfang entscheidenden Einfluss ausüben" (*Metzger* 1931 s.500, ks. myös *Kern* 1952 s.255 ss, *Nagler* LK s.151, *Hillenkamp* 1981 s.235-238 viitteineen sekä *Bein* 1975 s.50).

[26] Ks. Itävallan rikoslain 34 § 10 kohta, jonka mukaan rangaistusta lieventää teon te-

"Grenzwert-teorian" teoreettisena taustana on tietysti rangaistavuutta määrittävien normien tulkinta mittaamistasolla periaatteiksi.[27]

3.2.5. Yleinen ja erityinen

Mittaamisperusteet voidaan edelleen jakaa niiden soveltamisalueen kattavuuden mukaan *yleisiin* ja *erityisiin*. Vanhemmassa oikeuskirjallisuudessa erityisillä mittaamisperusteilla tarkoitettiin perusteita, joilla on merkitystä vain tietyn rikostyypin yhteydessä, kun taas yleisiin mittaamisperusteisiin ei tällaista rajoitusta liity (ks. *Hagströmer* 1901—1905 s.476). RL 6 luvun säätämisen jälkeen yleiset mittaamisperusteet on liitetty ao. luvun perusteisiin ja erityiset taas rikoksen tunnusmerkistöstä ilmeneviin seikkoihin (ks. *Heinonen* 1977 s.23 ja *Halinen* ym.1981 s.131). Jako yleisiin ja erityisiin perusteisiin on tietysti suhteellinen. On tuskin mahdollista löytää perustetta, joka koskee vain yhtä rikostyyppiä ilman minkäänlaista analogisen soveltamisen mahdollisuutta, sen enempää kuin perustetta, joka sopisi kaikkiin rikoksiin. Perusteet ovat ts. *enemmän tai vähemmän yleisiä.*

3.2.6. Mittaamisperusteet suhteessa mittaamisen osaratkaisuihin

a) *Asteikon valinta ja muuntaminen.*—Jäljelle jäivät vielä listan kohdat e ja f, siis mittaamisperusteiden systematisointi määrättyjen *lainkirjoitusteknisten ratkaisujen* (asteikon valinta, muuntaminen ja poikkeaminen) sekä *rangaistusjärjestelmän sisällön* (lajivalinta ja mittaaminen) mukaan. Näihin perustuvat lokeroinnit ovat myös olleet perinteisen oikeustieteellisen keskustelun kohteena. Vanhastaan erotetaankin asteikon sisällä vaikuttavat "varsinaiset rangaistuksen mittaamisperusteet" sekä perusteet, jotka oikeuttavat asteikon muuntamiseen. Ensin mainituista on käytetty yleensä termejä "nostamis- ja laskemisperusteet", jälkimmäisistä taas enentämis- ja vähentämisperusteet (ks. *Nousiainen* 1961 s.4 ss).

Nousiainen jakaa mittaamisopin mainitulla perusteella "rangaistuksen mää-

keminen olosuhteissa, jotka "einem Schuldausschliessungs- oder Rechtfertigungsgrund nahekommen". Sama pätee syyntakeettomuutta lähellä oleviin tapauksiin (*Leukauf-Steininger* 1974 s.249 ja Dokumentation ÖStGB s.89). Vastaava määräys sisältyy mm. Kuuban rikoslakiin (Art.37, ks. *Hillenkamp* 1981 ss.236-237 viitteineen) ja Ruotsin vapausrangaistuskomitean ehdotukseen (SOU 1986:13 s.77 ehdotettu BrB 33:4).

[27] *Sundby* kirjoittaa asiasta: "Det är klart at selv om ikke betingelsene i en gitt situasjon foreligger fullt ut, så kan retten i mange tilfelle tolke bestemmelsene utvidende som retningslinjer for straffutmålingen . . . Det samma gjelder andre situasjoner som "nesten" fyller kravene til straffritagelse eller straffskjerpelse" (*Sundby* 1974 s.226).

räämisoppiin'' sekä ''rangaistuksen muuttamisoppiin''. Ensin mainittu koskee perusteita, jotka vaikuttavat valitun asteikon sisällä, jälkimmäinen käsittelee tapauksia, joissa tavallinen asteikko ei riitä, vaan sitä on laajennettava ylös- tai alaspäin. Laajennus voi ilmetä tällöin joko erillisten sivuasteikkojen muodossa, tai sitten erityisinä perusteina, jotka oikeuttavat tekemään muutoksia tapaukseen soveltuvaan ''perusasteikkoon.[28] Tämän mukaan asteikon sisällä vaikuttavat *määräämisperusteet* olisivat ''nostamis- ja laskemisperusteita'', kun taas asteikkoa muovaavat *muuttamisperusteet* olisivat ''enentämis- ja vähentämisperusteita''.[29]

''*Rangaistuksen* muuttamisperuste'' on terminä epäonnistunut, sillä asiallisesti on kyse *asteikkoon* kohdistuvista toimenpiteistä. Termiä on lisäksi käytetty viittaamaan kahteen erityyppiseen tilanteeseen. Yhtäältä kyse on ollut ao. *rikoksen sisäisestä törkeysporrastuksesta* ja siitä, katsotaanko teko kvalifioiduksi vaiko privilegioiduksi tekomuodoksi suhteessa teon perusmuotoon (''erikoiset'' muuttamisperusteet, *Nousiainen* 1961 s.88 ja edellä alav. 29). Toiseksi kysymys on ollut *valitun asteikon muuntamisesta* (ei siis asteikon valinnasta) sen mukaan, kuin rikoslain yleiseen osaan otetut asteikon muuntoperusteet ovat edellyttäneet (''yleiset'' muuttamisperusteet, *Nousiainen* 1961 s.87).

Rangaistuksen muuttamisperusteiden sijasta onkin perustellumpaa puhua

---

[28] Tämä ero ei ilmeisestikään ole aina täysin selvillä: *Forsman* tarkoitti asteikon sisällä vaikuttavien perusteiden (koventamis- ja vähentämisperusteet) vastineparilla ensisijaisesti sivuasteikon valintaperusteita (kvalifioimis- ja privilegioimisperusteita, ks. *Forsman* 1884 s.38 ss sekä *Nousiainen* 1961 s.4). *Nousiainen* lukee niin ikään muuttamisperusteiden tarkoittamiin tilanteisiin sivuasteikkojen soveltamisen, mutta myös rangaistusasteikon muuttamisen esim. RL 3:2:n tai vanhan RL 6 luvun säännösten mukaan (ks. *Nousiainen* 1961 s.8 ja 11). Muuttamisperusteet hän jakaa yleisiin ja erikoisiin. Ensin mainitut ovat rikoslain yleisessä osassa (vähentämisperusteet sekä uusiminen enentämisperusteena), jälkimmäiset taas ilmenevät tunnusmerkistöistä, jolloin ne oikeuttavat kvalifioidun tai privilegioidun asteikon käyttöön (ks. *Nousiainen* 1961 s.87—88 erit. alav.56 s.88). Sen sijaan *Serlachius* teki joissain tapauksissa eron asteikon valintaa sekä sitä muuntaviin perusteisiin: ''Ne tapaukset taas, jolloin rikoslaki säännöllisen rangaistuksen rinnalla määrää toisen lievemmän tahi ankaramman rangaistuksen erittäin ''lieventäväin'' tahi ''raskauttavain'' asianhaarain varalta, näitä asianhaaroja tarkemmin määrittelemättä, eivät nekään käsitä rangaistuksen vähentämistä tahi enentämistä'' (*Serlachius* 1909 s.214—215). Nämä ''nimeämättömien sivuasteikkojen'' valintaperusteet kirjoittaja samastikin yleisiin, asteikon sisällä vaikuttaviin mittaamisperusteisiin (mts.215). *Ellilä* käyttää asteikon muuntamisperusteista nimikettä ''enentämis- ja vähentämisperusteet'', ja nimittää asteikon sisällä vaikuttavia seikkoja ''raskauttaviksi ja lieventäviksi asianhaaroiksi'' (*Ellilä* 1949 s.58—59). Toisessa yhteydessä asteikon piirissä vaikuttavia perusteita nimitetään taas laskemis- ja nostamisperusteiksi (mts.57).

[29] Ks. *Nousiainen* 1961 s.8, tekijä olisi tosin valmis mieluummin käyttämään jälkimmäisistä termiä ''poikkeuttamisperusteet'' (mts.8).

yhtäältä asteikon valintaperusteista ja toiseksi asteikon muuntamisperusteista. *Asteikon valintaperusteet* ohjaavat valintaa suhteessa pääasteikko/sivuasteikot, *asteikon muuntamisperusteet* taas oikeuttavat muutosten tekemiseen rikoslain erityisen osan puolelta valittuun asteikkoon. *Asteikon muunnoksia* on kuitenkin kahdenlaisia. (a) Yhtäältä laki sallii asteikon alentamisen milloin tapaukseen soveltuu jokin ns. rangaistuksen yleinen vähentämisperuste. (b) Toiseksi tuomioistuimella on oikeus "poiketa rangaistussäännöksestä", milloin RL 3:5²:n edellytykset ovat täytetyt.[30] Tähän poikkeamiseen sisältyy sekä *asteikon lieventäminen* että *siirtyminen lievempään rangaistuslajiin*. Jos sakon ja vankeuden katsotaan edustavan itsenäisiä asteikkoja, on poikkemismahdollisuus jotain muuta kuin pelkkä asteikon muuntaminen (lajin vaihto siis edustaisi uuden asteikon käyttöönottoa). Jos sakko ja vankeus tulkitaan yhdeksi yhtenäiseksi rangaistusasteikoksi, on rangaistussäännöksestä poikkeaminen asteikon muuntoa.

Erottelu määräämisperusteet/muuttamisperusteet siis hylätään.Sen sijaan voi olla perusteltua erottaa toisistaan *sivuasteikon ja tunnusmerkistön valintaperusteet*, *yleiset vähentämisperusteet* (eli asiallisesti asteikon lieventämisperusteet) sekä *asteikosta poikkeamisperusteet*.[31] Ne ovat kaikki löyhässä merkityksessä asteikon vahvistamisperusteita. Tässä vaiheessa näiden välinen ero ei kuitenkaan ole ajankohtainen (ks. luku V), vaan ongelmana on itse mittaamisperusteiden määrittely ja niiden suhde nyt eroteltuihin perustekategorioihin.

b) *Mittaamisperusteet ja asteikon vahvistamisperusteet*. - "Mittaamisperusteiden" sisältö on toistaiseksi jäänyt täsmentämättä siksi, että näitä perusteita *ei ole mahdollista määrittää muiden alaryhmien avulla*. Mittaamisperusteita ei voi määritellä esimerkiksi perusteiksi, joiden nojalla vahvistetaan rangaistus asteikon sisällä erotukseksi perusteista, joiden nojalla asteikon laajuus ja sisältö päätetään—ei ainakaan, jos näillä alaryhmillä tahdotaan *erottaa* perusteet toisistaan. Mikäli näet jokin seikka on riittävän painava johtaakseen *itse asteikon muuttamiseen*, tuo seikka vaikuttaa tietysti myös rangaistuksen vahvistamiseen asteikon sisällä (näin myös *Candolin* 1957 s.104 sekä *Lahti* 1974 s.295).[32] Tehdyt alajaotukset eivät siten implikoi, että samalla olisi tehty ero

[30] Lisäksi asteikon muunnoksiin voidaan lukea eräät konkurrenssitilanteet (ks. myöhemmin jakso V.C.1.3.).

[31] Jälkimmäinen ryhmä viittaa siis RL 3:5²:n tarkoittamiin tapauksiin. Kun puhutaan *asteikosta* poikkemisesta, merkitsee se samalla, että sakon ja vankeuden katsotaan edustavan yhtä yhtenäistä rangaistusasteikkoa.

[32] Tämä ei tietenkään tarkoita, että perusteen X johtaessa poikkeamaan normaaliasteikosta, tuo peruste vaikuttaisi lisäksi siten, että rangaistus olisi määrättävä sen voimasta myös uuden lievennetyn asteikon alarajalta. Kun painotetaan perusteen ominaisuutta vai-

perusteisiin, joihin tulee kiinnittää huomio rangaistusta asteikon puitteissa mitattaessa.

c) *Mittaamisperusteet ja lajivalintaperusteet.*—Rangaistus koostuu sekä lajista että määrästä. Tältä kannalta olisi luontevaa erottaa toisistaan perusteet, jotka vaikuttavat lajivalintaan ja perusteet jotka vaikuttavat lajin mukaisen määrän mittaamiseen. Voitaisiin käyttää yläkäsitettä ''rangaistuksen määräämisperusteet'' ja vastaavasti alaryhmiä ''mittaamisperusteet'' ja ''lajivalintaperusteet''. Erottelua puoltaa se, että kyse on ainakin ulkoisin kriteerein erotettavissa olevista ratkaisuista. Valinta sakon ja vankeuden sekä toisaalta ehdollisen ja ehdottoman vankeuden välillä on jotakin muuta kuin päätös vankeusrangaistuksen pituudesta tai päiväsakkojen lukumäärästä. Lopputuloksen ulkoinen eroavuus ei kuitenkaan perustele alaryhmitystä, jos ratkaisut kuitenkin nojaavat samoihin näkökohtiin. Samasta perusteesta keskusteltaisiin eri termein, mikä vain sekoittaisi tilannetta. On myös huomattava, että termi ''lajivalinta'' viittaa *useammanlaisiin valintoihin*. Näitä ovat mm. päätös tuomitsematta jättämisestä, valinta sakon ja vankeuden välillä, rangaistuksen ehdollisuudesta päättäminen, oheissakon käyttö jne. Jos lajivalinnassa ja ''mittaamisessa'' käytetyt perusteet eroaisivat toisistaan, ei riitä että tehdään ero mittaamisen ja lajivalinnan välillä. On ehkä erotettava toisistaan myös tuomitsematta jättämisen käyttökriteerit, sakon ja vankeuden valintakriteerit, ehdollisen rangaistuksen käyttökriteerit jne. Voi myös olla tarpeen erottaa mittaamisen puolella sakon ja vankeuden määrää ja vastaavasti ehdollisen ja ehdottoman vankeuden pituutta ohjaavat kriteerit.

Ennakollinen jako mittaamis- ja lajivalintaperusteisiin on siis eri syistä ongelmallinen. Perusteet ovat ehkä asiallisesti samoja. Vaikkeivät ne sitä olisikaan, käy lajivalinnan (ja ehkä myös itse mittaamisen) kohtelu yhtenäisenä ryhmänä pulmalliseksi. Työn myöhemmässä vaiheessa tullaan selvittelemään yksityiskohtaisesti, mikä merkitys eri seikoilla on ja tulisi olla eri osaratkaisuissa. Tässä vaiheessa termillä ''mittaamisperuste'' viitataan *yleisesti seikkoihin, joilla tulisi olla merkitystä määritettäessä teon rangaistusarvoa (laajassa merkityksessä) ja päätettäessä siitä, millaiseksi teosta tuomittavan rangaistuksen laji ja määrä vahvistetaan.*[33] Joissakin tapauksissa on tarpeen tehdä käsitteel-

kuttaa asteikon valinnan ohella myös mittaamiseen asteikon puitteissa, kohdellaan perustetta määrätyn painoisena periaatenormina, jota käytetään tietyssä säännöin (asteikoin) rajatussa ympäristössä. Asteikko saattaa antaa mahdollisuuden ilmaista moitittavuutta arvoilla 5—10. Milloin teon moitittavuus perusteen X vaikutuksesta on esim. vain 4, on oikeus ottaa käyttöön uusi asteikko, joka tarjoaa mahdollisuuden ilmaista moitetta esimerkiksi arvoilla 1—10. Tältä asteikolta etsitään tietysti piste, joka vastaa arvoa 4.

[33] Tämä vastaa esim. *Hiltusen* rangaistuksen määräämiselle ja rangaistuksen määräämisperusteille antamaa merkityssisältöä (ks. *Hiltunen* 1951 s.116 alav.2).

linen ero yhtäältä vankeusrangaistuksen pituuden ja päiväsakkojen lukumäärän vahvistamisperusteisiin ja toisaalta perusteisiin, joiden nojalla tehdään jokin lajivalintapäätöksistä. Tähän tulee tarve etenkin konkreettista sanktiotasoa luvun loppupuolella lähestyttäessä. Tällöin käytetään selvennykseksi termejä "varsinainen mittaaminen" ja "lajivalinta". Sen varmistamiseksi, että ymmärretään esityksen kattavan sekä "varsinaisen mittaamisen" että lajivalinnan, voidaan joskus käyttää myös termiä "rangaistuksen määräämisperusteet" (tai vastaavasti rangaistuksen määrääminen). Tätä ei kuitenkaan ole valittu yhteiseksi yläkäsitteeksi sen kielellisen kömpelyyden vuoksi[34]. Yhteyksistä selviää, mistä kulloinkin on kyse.

3.3. Systematisoinnin kuvaus ja esittely

3.3.1. Yleiskuvaus

Ylimpänä systematisointiperustana on käsitepari yleistävä ja yksilöllistävä oikeudenmukaisuus. Näitä vastaavat *periaatteiden tasolla* omat oikeusperiaatteet. Yleistävän oikeudenmukaisuusajattelun arvoperiaatteena on suhteellisuusperiaate. Tavoiteperiaatteina ovat kriminaalipoliittiset tarkoituksenmukaisuusnäkökohdat standardiargumenteiksi kiteyttäneet yleis- ja erityisestävyys. Yksilöllistävän oikeudenmukaisuusajattelun edustamana arvoperiaatteena on kohtuus. Tavoiteperiaatteen tehtävää palvelee lähinnä haittaminimointi kriminaalipolitiikan yleistavoitteena.

Periaatteiden ja varsinaisten mittaamisperusteiden väliin sijoittuu yleistävän oikeudenmukaisuusajattelun puolella käyttäytymisen haitallisuuden ja kontrolloitavuuden "alaperiaatteet" tai "yleisperusteet". Ne täsmentävät suhteellisuusperiaatteen ja preventioteorioitten nimissä esitettäviä vaatimuksia.

Perusteiden tasolla erotetaan "tekoon ja tekijään liittyvät perusteet". Niistä erillään on ensi sijassa yksilöllistävän oikeudenmukaisuusajattelun edellyttämät reaaliset arvo- ja tavoiteperusteet, joille paremman puutteessa annetaan nimike "teon ulkopuoliset perusteet". Yleisyystasoltaan perusteet jakaantuvat "yleisiin ja erityisiin". Ensin mainitut koskettavat useampia rikoksia, jälkimmäiset edellyttävät yksittäisten tunnusmerkistöjen tulkintaa.

[34] Lyhyyteen pyrkivässä esityksessä termit "mittaamisperuste", "mittaamisharkinta", "mittaamismuutos", "mittaamisvirhe", "mittaamisargumentaatio", "mittaamislähteet", "mittaamisperiaatteet" jne ovat parempia ja vähemmän harhauttavia kuin vastaavat "määräämis"- etuliitteellä varustetut vaihtoehdot. Todettakoon, että myös KKO julkistaa lajivalintaa koskevat prejudikaattinsa yläotsakkeen "rangaistuksen mittaaminen" alla (ks. esim. KKO 173—175 II 1981).

ASETELMA: MITTAAMISPERIAATTEET JA MITTAAMISPERUSTEET

TASOT		
PERIAATTEET		
1.	"OIKEUDENMUKAISUUS" (Rationaalinen hyväksyttävyys)	
2.	YLEISTÄVÄ	YKSILÖLLISTÄVÄ
3.	Suhteellisuusperiaate Preventioteoriat	Kohtuus ja reaaliset tavoiteargumentit
4.	Käyttäytymisen haitallisuus/kontrolloitavus	

PERUSTEET			
1. Yleiset	TEKO - rikoksen rakenne (syyllisyys ja vääryys) - uhrin ja ulkopuolisten toiminta - teon modifikaatiot	TEKIJÄ - ikä - syyntakeisuus - uusiminen	TEON ULKOPUOLISET - käyttäytyminen teon jälkeen - sanktiokumulaatio - subjektiivinen rangaistuskärsimys ja rangaistuksen vaikutus - vanhentuminen
2. Erityiset	Tunnusmerkistökohtainen analyysi		

3.3.2. Kommentointia ja tarkennuksia

Asetelma osoittaa systematiikan karkeat piirteet. Havaitaan kuinka haitallisuus ja kontrolloitavuus konkretisoituvat ensi sijassa tekoa ja tekijää koskevissa mittamisperusteissa. Haitallisuus on keskeinen teon arvioimisperuste, kontrolloitavuus liittyy myös tekijään. Teon ulkopuoliset perusteet vaativat huomiota mitä moninaisimmista syistä. Ne kytketään ilman käsitteellisiä väliportaita suoraan yleisiin mittaamisperiaatteisiin ja niiden edustamiin arvoihin ja tavoitteisiin. Ryhmän tehtävänä on toimia varaventtiilinä järjestelmässä, joka oikeusvarmuuden ylläpitämiseksi pyrkii tilanteiden kiinteään ennaltasääntelyyn. Ryhmän perusteita voisi systematisoida edelleen käyttäen kriteerinä esimerkiksi

rangaistukseen ja sen merkitykseen liittyviä näkökohtia ja toisaalta teon jälkeisiä tapahtumia.

Mittaamisperusteiden pääryhmissä on hyödynnetty rikosoikeuden yleisten oppien formuloimia peruskäsitteitä. Olennainen osa tekoon liittyvistä perusteista jäsentyi rakennekaavion mukaan. Kaikki eivät siihen kuitenkaan mukautuneet. Esimerkkinä vastuuvapausperusteista ja rangaistavuuden edellytyksistä, joiden sijoittelu rikoksen yleiseen rakenteeseen tuottaa ongelmia myös rikosopissa, voidaan mainita vanhentuminen, yrityksestä luopuminen, tehokas katumus ja suostumus (ks. esim. *Roxin* 1985 s.24 ss. "sonstigen Strafausschliessungsgründe"). Näitä vastaavien mittaamisperusteiden sijoittelu on yhtälailla vaikeaa. Osa rakennekaavion ulkopuolelle jäävistä perusteista on laskettu kuuluvaksi reaalisen argumentaation piiriin ja sitä kautta "teon ulkopuolisiin perusteisiin" (vanhentuminen ja käyttäytyminen teon jälkeen). Eräät kiinteämmin moitearvosteluun liittyvät perusteet on koottu omaksi ryhmäksi nimellä "teon modifikaatiot". Siihen sisältyvät yritys-, osallisuus-, ja konkurrenssikysymysten mittaamisopilliset ainekset. Otsikko on lähinnä teknisten syiden sanelema. Siltä osin kuin kyse on osallisuudesta ja konkurrenssista se on myös asiallisesti perusteltu. Tällöinhän perustilanne "yksi tekijä yksi rikos" on modifioitunut joko siten, että tekoja (rikoksia) tai tekijöitä on useita. Suostumus käsitellään *uhrin ja ulkopuolisen käyttäytymistä* koskevassa omassa erillisjaksossaan.

Systematiikassa ei ole hyödynnetty yleistä jakoa oikeuttamis- ja anteeksiantoperusteisiin. Syy ei ole siinä, etteikö po. perusteiden taustaperiaatteita pidettäisi toisistaan poikkeavina (kuten esim. common law-maissa) - pikemminkin päinvastoin: oikeuttamisperiaatteet viittaavat tilanteisiin, joissa teko on moraalin ja oikeusjärjestyksen kannalta hyväksyttävä, suotava ja edistettävä; anteeksiantoperusteet vuorostaan lieventävät vastuuta sen vuoksi, ettei tekijään (hänen toisintoimimismahdollisuuksiensa heikkenemisen vuoksi) voi kohdistaa täyttä syyllisyysmoitetta (vaikka teko itsessään on sellainen, jota tulee normaalissa määrin vastustaa). Selitys kahtiajaon syrjäyttämiseen on, että konkreettiset teot ja teonpiirteet tulevat reaalimaailman ilmiöinä arvosteltavaksi *samanaikaisesti useamman moraali- ja oikeusperiaatteen kannalta.* Yhteen ja samaan tekoon voi liittyä *enemmän tai vähemmän hyväksyttäviä ja anteeksiannettavia* piirteitä.[35] Rikosoikeudessa tämä ilmenee jo siinä, että eri kirjoittajat

[35] *Roxin* moittiikin perinteistä tarkastelua liian abstraktiksi ja sisällyksettömäksi. Oikeuttamisperusteiden ryhmä edustaa monia toisistaan poikkeavia periaatteita. Yhdenmukaiseen ja kriminaalipoliittisesti perusteltuun tulkintaan voidaan päästä vain etsimällä näiden perusteiden taustalla olevat materiaaliset arvot, jotka määräävät erilaisina yhdistelminä

saattavat jopa yleisellä tasolla olla eri mieltä eri vastuuvapausperusteiden sijoittelusta akselilla oikeuttaminen/anteeksiantaminen. Se ilmenee myös usein vastaantulevissa rajanveto-ongelmissa. Vain pienin muutoksin "oikeudenmukainen" hätävarjelu muuttuu "anteeksiannettavaksi" hätävarjelun liioitteluksi. Käytettäessä tällaisessa tilanteessa toisensa poissulkevaa käsiteparia oikeuttamis/anteeksiantoperuste, luodaan samalla harhakuva, että teot olisivat (täydessä mitassa) *joko* oikeudenmukaisia *tai* anteeksiannettavia. Juristi voi tietysti laatimiensa sääntöjen perusteella jälkikäteen päättää, kumpaan ryhmään hän tapauksen sijoittaa. Ratkaisu tässä ei kuitenkaan muuta sitä tosiasiaa, että yhteen ja samaan tekoon soveltuu samanaikaisesti *sekä* oikeuttamisen *että* anteeksiannettavuuden periaatteet - ja *vielä senkin jälkeen kun lain vetämät muodolliset rajat on ylitetty*.[36]

Mittaamisperusteiden kannalta nyt sanottu merkitsee, ettei perusteita voida jakaa luontevasti seikkoihin, jotka ovat johdettavissa joko oikeuttamisen tai anteeksiantamisen periaatteista (perusteista). Joissakin tapauksissa ero on selvä: painostuksen alla tehtyä rikosta ei rangaista lievemmin sen vuoksi, että pitäisimme sitä yhtään hyväksyttävämpänä tai edistettävänä, vaan koska ymmärrämme, ettei tekijällä ollut juuri muita vaihtoehtoja. Toisaalta hyvää tarkoittavat teot, vaikka konstituoivat rikoksen tunnusmerkistön, tulevat lievemmin sanktioiduiksi, koska pidämme tekoa *jossakin määrin* (nimittäin perustavoitteeltaan) hyväksyttävänä ja tahdomme antaa *näiden tavoitteiden osalta* menettelylle tunnustusta. Usein tilanteessa vaikuttavat kuitenkin molemmat näkökohdat. Myötätunto ja sääli ovat yhtäältä hyväksyttäviä motiiveja - toisaalta myös lainnoudattaminen on tilanteessa ollut keskimääräistä vaikeampaa ja teko tässä mielessä osittain ymmärrettävä; provokaatio lieventää vastuuta, koska malttinsa menettäneen ihmisen kyky kontrolloida käyttäytymistään on alentunut, toisaalta loukatulla on myös määrätty oikeus osoittaa loukkaajan menetelleen virheellisesti jne. Periaatteille ominaisten normien tapaan oikeuttamis-

---

oikeuttamisperusteiden kulloisenkin sisällön ja asian saaman ratkaisun (*Roxin* 1973 s.26-27). Sama tapaus voi siis tulla arvioitavaksi useamman periaatteen kannalta. Nämä periaatteet ovat myös alexylaisessa "Prinzipkollision"-tilanteessa. Tällaisen tilanteen (Roxin, "Prinzipkombination", mts.27) ratkaisun ohjeeksi on eri periaatteiden välisiä etusijaehtoja täsmennettävä juuri etenemällä kohden konkreettisia tyyppitilanteita. Roxin palautuukin oikeuttamisperusteiden tutkimusta koskevissa suosituksissaan (*Roxin* 1973 s.29-30) juuri samoihin peruslähtökohtiin, jotka asetettiin jaksossa II.B.3 tämän tutkimuksen pohjaksi.

[36] Esim. suuremman edun uhrannut pakkotilatekijä on kuitenkin pelastanut *jotakin* oikeusjärjestyksen suojaamaa ja ansaitsee *tällä perusteella* pienemmän rangaistuksen kuin vastaavan vahingon tuottanut tekijä, joka ei ole saanut *mitään* hyvää aikaiseksi; ja tämä täysin siitä riippumatta, onko tekijän syyllisyys *lisäksi* katsottava alentuneeksi.

ja anteeksiantoperusteet (-periaatteet) vuorottelevat lieventämisen taustaargumentteina esiintyen myös erivahvuisina yhdistelminä.

Tältä kannalta saksalaisella kielialueella pohdittu kysymys oikeudenvastaisuuden ja Unrechtin suhteista on näennäisongelma. Osa kirjoittajista samastaa käsitteet, jolloin sekä vääryys- että oikeudenvastaisuus voivat esiintyä voimakkuudeltaan eriasteisina.[37] Osa erottaa termit toisistaan pitäen oikeudenvastaisuutta dikotomiana, joka ei salli aste-eroja (teko on tai ei ole oikeudenvastainen, ks. *Hub* 1971 s. 53-54 viitteineen, samoin meillä *Nousiainen* 1961 s.97 av.25, toisin taas *Lahti* 1974 s.284-286).[38] Ongelman voi ratkaista esimerkiksi *Jescheckin* tavoin erottamalla formaalinen (dikotominen) oikeudenvastaisuus ja materiaalinen oikeudenvastaisuus (Jescheck tarkoittaa jälkimmäisellä juuri teon vääryyssisältöä, ks. *Jescheck* 1978 s. 185-186 ja alav. 4). Saksalaista käsitteistöä anglosaksiselle kielialueelle tarjoava *Fletcher* erottaa toisistaan "virheellisen käyttäytymisen" (Wrongful conduct) ja "vääryyden tekemisen" (Wrongdoing). Ensin mainittu on yksinomaan muodollinen käsite. Sen tehtävänä on ainoastaan ilmaista se teon ominaisuus, että se rikkoo vastoin legaalinormeja. Jälkimmäinen on materiaalinen käsite.[39] — Asiallisesti on sama, mihin tässä päädytään -kunhan aste-erot tunnustetaan *jossakin*.[40] Tarkan dikotomian kannalla olevat uskovat rajanvedon pohjaavan sääntötyyppiseen normiin, vastakkainen kanta näkee oikeudenvastaisuuden sisällön määräytyvän periaatetasoisten normien avulla.[41]

3.3.3. Perussysteemi ja systeemin reformulointi

Systematiikan tehtävä on saattaa aikaisempi systeemi yleiskatsauksellisempaan

[37] Ratkaisevana pidetään *Kernin* kirjoitusta "Die Grad der Rechtswidrigkeit": ". . .der Unrechtsgehalt eines menschlichen Verhaltens sehr verschieden gross sein kann. . . Die Rechtswidrigkeit eines Verhaltens ist i.a. *verstärkt*, . . .wenn es sich gegen ein besonders hochwertiges Rechtsgut richtet, . . . Sie ist i.a. *vermindert*, . . .wenn den Verlezen ein mitwirkendes Verschulden trifft. . ." (*Kern* 1952 s. 255, samoin *Zipf* 1969 s. 91 ja *Noll* 1956 s. 182).

[38] Ks. myös HE 85/1981 s.10, jossa termi "moitittavuus" (asteineen) samastettiin oikeudenvastaisuuteen ja vastaavasti sen eri asteisiin, tosin asiaa ei lienee sen tarkemmin pohdittu (ks. *Lahti* 1983 s.19).

[39] "To say that the actor is a wrongdoer or that he has engaged in wrongdoing is to pass a judgement on the intrisic quality of his deed. Wrongfulness is a categorical attribute but wrongdoing is a matter of degree" (*Fletcher* 1978 s. 458).

[40] Ks. myös *Kern* 1952 s. 190: ". . .Diese Erkenntnis ist zunächst für das geltende Recht von Bedeutung . . .ganz besonders für die Strafzumessung Diese muss in erste linie noch bevor sie das Mass der Schuld abwägt - den Grad der Rechtswidrigkeit genaustens ermitteln und in Rechnung stellen. . ."

[41] Käsitelainopillista olemusongelmaa, onko oikeudenvastaisuutta "olemassa" ilman vääryyttä, ei tässä tarvitse pohtia, se kun edellyttäisi uskoa käsitteiden reaalisisältöön.

ASETELMA: PERUSSYSTEEMI (*) JA SEN UUDELLEENFORMULOINTI

Oikeudenmukaisuus/tarkoituksenmukaisuus Haitallisuus/kontrolloitavuus		Reaaliset argumentit ja kohtuus
TEKO	TEKIJÄ	TEON ULKOPUOLISET
1. Syyllisyysarvostelua I - syyksiluettavuus - tahallisuus - tuottamus - erehdys **) RL 3:5[3] **) NuorRikL 4 §	*1. Uusiminen* *) 6:4 4k **) EhdL 2 § **) VaarRikL 1 §	*1. Teonjälkeinen käyttäytyminen* - tehokas katumus *) 4:2 - rikoksen vaikutusten estäminen *) 6:3 3k - rikoksen selvittämisen edistäminen *) 6:3 3k - vahinkojen hyvittäminen *) 6:3 3k
2. Teon vääryssisältöä I - seuraukset - vahinko/vaara *) RL 6:1 **) RL 3:5[3]	*2. Ikä* *) RL 3:2 **) NuorRikL 2, 3 ja 7 §§	*2. Sanktiokumulaatio* *) 6:4
3. Teon vääryyssisältöä II - tekotapa ja toimintavääryys - suunnitelmallisuus *) 6:2 1k	*3. Syyntakeisuus* *) 3:4	*3. Subjektiivinen rangaistuskärsimys ja rangaistuksen vaikutukset* **) RL 2:4a **) EhdL 1 § **) RL 3:5[2–3]
4. Syyllisyysarvostelua II - motiivit *) 3:10 - myötätunto *) 6:3 2k - palkkio *) 6:2 3k - motivointi *) 3:9, 3:10 - painostus/uhka *) 6:3 1k - houkutus *) 6:3 2k		*4. Vanhentuminen* *) 8:1 **) EhdL 4 §
5. Uhrin ja ulkopuolisten käyttäytyminen - suostumus		
6. Teon modifikaatiot - yritys *) 4:1, 4:2 - osallisuus - avunanto/yllytys *) 5:3 - liigoittuminen *) 6:2 2k - konkurrenssi *) RL 7:1, 7:2 ja 7:3		

*) Mittaamisnormit
**) Varsinaiset lajivalintanormit

muotoon, tuoda esiin perussysteemiin sisältyvien yksittäisten osien suhde toisiinsa ja luoda näin kokonaiskuva asiasta, joka ilman uudelleen systematisointia olisi jäänyt havaitsematta. Eräs tapa testata systeemin kattavuus ja logiikka, on sijoittaa siihen kirjoitetun lain mittaamisnormit ja katsoa, kuinka hyvin kaikki asiaan vaikuttava asettuu paikoilleen. Toinen tapa on selvittää, kuinka käytännön ratkaisut ovat sijoitettavissa näin luotuun yleiseen viitekehykseen. Systeemin onnistuminen jälkimmäisen kysymyksen osalta ilmenee myöhemmästä esityksestä. Sen selvittämiseksi, kuinka kirjoitetun lain mittaamisnormit sekä teon rangaistavuuden arvosteluun yleisesti vaikuttavat näkökohdat ovat sijoitettavissa luotuun systematiikkaan on laadittu vielä oheinen asetelma.

Kaavioon saadaan sijoitetuksi sekä kirjoitettuun lainsäädäntöön sisältyvät, kuin myös oikeuskäytännön ja -kirjallisuuden kiteyttämät teon rangaistavuuteen vaikuttavat kriteerit. Kaaviosta ilmenee myös havainnollisesti seuraavan esityksen jäsennys ja eteneminen. Mittaamisperusteiden tulkinta etenee kaaviota seuraten ylhäältä alas ja vasemmalta oikealle. Etenemissuunta on samanaikaisesti abstraktista konkreettiseen ja oikeustosiseikastosta oikeusseuraamukseen.

B. TEKOON LIITTYVÄT PERUSTEET

1. Syyllisyysarvostelua I - Syyksiluettavuus

1.1. Syyksiluettavuuden lajit ja yhteiskunnanvastainen tahto

Syyksiluettavuuden lajit—tahallisuus ja tuottamus— ovat yksi keino rangaistusvastuun porrastamiseksi.[1] Selvimmin tämä ilmenee tavassa jakaa seurauksiin johtaneet rikokset eri tunnusmerkistöihin sen mukaan, onko seuraus luettavissa aiheuttajalleen syyksi tahallisena tai tuottamuksellisena.[2] Tahallisuuden muotoja on kolme. *Dolus determinatus* tahallisuudessa tekijän nimenomaisena tarkoituksena on tietyn seurauksen aikaansaaminen ja tekijä aiheuttaa juuri sen seurauksen, jota on tavoitellut. *Dolus directuksessa* rikoksentekijä aiheuttaa tiettyä (luvallista tai luvatonta) seurausta tavoitellessaan muita seurauksia, jotka ovat hänen tavoittelemiensa seurausten välttämättömiä edellytyksiä tai lisäseurauksia, jotka tekijä on varmuudella mieltänyt syntyviksi. *Dolus eventualis* eroaa edellisestä siinä, että tekijä on mieltänyt aiheuttamansa kielletyn (muun) seurauksen vain mahdolliseksi ja hyväksynyt sen mielessään.

Raja tuottamuksen ja tahallisuuden välillä ratkeaa tahdon suuntautumisen mukaan. Tahdon oletetaan suhtautuvan seuraukseen hyväksyvästi, välin-

---

[1] "Mittaamisen kannalta tahallisuus ja tuottamus luovat niin sanoaksemme tasoja tarkemman syyllisyysarvostelun pohjaksi määräämällä rangaistusasteikon" (*Nousiainen* 1961 s.262).

[2] Vrt. esimerkiksi tappo/kuolemantuottamus sekä pahoinpitely/ruumiinvamman tuottamus (RL 21:1/21:9 sekä RL 21:5/21:10). Ks. myös RL 17:1[3], 17:3[2], 17:3a[2], 32:5, 34:7, 34:8[3], 34:9[3], 10[3], 11[2], 12[2], 13[3], 14[3], 15[3], 16[3], 20[2], 40:5[3], 45:15[2], 17[2]. Rikoslakiprojekti ehdottaa vastaavaa privilegiointitekniikkaa käytettäväksi mm. kirjanpitorikoksissa URL 30:9 ja kätkemisrikoksissa 32:4. Muutamissa harvoissa kriminalisoinneissa on tahallisuus ja tuottamus rinnastettu. Näin meneteltäessä vaaditaan kuitenkin säännönmukaisesti, että tuottamus on lajiltaan jotakin tavallisuudesta poikkeavaa: tahallisuus ja piittaamattomuus (TLL 99 §), tahallisuus ja "ei vähäinen tuottamus" (PatenttiL 62 § ja MalliL 40 §), tahallisuus ja törkeä tuottamus (RL 21:12, L sopimattomasta menettelystä elinkeinotoiminnassa 92 §, KuluttajansuojaL 2:11[2] § ja VesiL 13:12 §).

pitämättömästi tai torjuvasti. Näistä kaksi ensin mainittua luetaan Frankin positiivisen tahtoteorian mukaisesti tahallisuuteen. (*Honkasalo* II s. 88-89). Tuottamuksessa erotetaan (a) *itsetietoinen tuottamus* (rikoksentekijä on mieltänyt menettelystään aiheutuvan vahingonvaaran, mutta hyväuskoisesti luullut tai pitänyt varmana, ettei vahinkoa synny) ja (b) *itsetiedoton tuottamus* (tekijä on aiheuttanut vahingon tai vaaran oikeudellisesti suojatulle etuudelle ottamatta lainkaan huomioon vahingon tai vaaran mahdollisuutta).

Kotimaisten syyksiluettavuusoppien mukaan vastuuta siis jyvitetään kahden kriteerin—yhteiskunnanvastaisen tahdon ja tekijän tietoisuuden - perusteella. Näistä tahto on avainasemassa. *Honkasalo* kirjoittaa: "Syyllisyys merkitsee moitittavuutta; tahallisuuden rangaistavuus tuottamukseen nähden perustuu sen suurempaan moitittavuuteen. Henkilöön ei kuitenkaan voida kohdistaa suurempaa moitetta pelkästään sillä perusteella, että hän selvemmin kuin toinen . . . on mieltänyt aiheuttamansa seurauksen. Suurempi moitittavuus ei voi perustua pelkästään mieltämiseen, . . . vaan siihen, miten tekijän tahto on suhtautunut miellettyyn. *Yhteiskunnanvastaisuus ei esiinny mieltämisenä, vaan sosiaalisesti vahingollisena tahtomisena, toivomisena tai hyväksymisenä*" (*Honkasalo* II s. 85, ks. myös s. 88 (kursiv. tässä).

Tahallisuuden ankarampi rangaistavuus perustetaan siis yhteiskunnanvastaisen tahdon aste-eroihin. Syyllisyys on yhteiskunnanvastaista tahtoa ja tahallisuudessa tuo tahto on erityisen voimakas: tahallisuus osoittaa niin muodoin suurempaa syyllisyyttä ja ansaitsee ankaramman rangaistuksen.[3] Myös tahallisuuden ja tuottamuksen *eri muodot* osoittavat eriasteista moitittavuutta ja enemmän tai vähemmän "määrätietoista uhmaa yhteiskuntajärjestystä kohtaan".[4]

Yhteiskunnanvastaisen tahdon keskeisestä asemasta huolimatta "tahdon" ja "tahtomisen" käsitteiden analysointi on rikosoikeudessa jäänyt vähiin. Läh-

[3] Myös *Lahden* mukaan syyksiluettavuuden lajit ovat keskeinen kriteeri arvioitaessa tekijän rikollisen tahdon intensiteettiä (*Lahti* 1974 s. 298-300). Samoin *Jareborgin* mukaan tahallisten tekojen suurempi rangaistavuus selittyy huolimattomasti menetelleen tekijän vähäisemmällä yhteiskunnanvastaisuudella (antisocialitet) ja syyllisyydellä (*Jareborg* 1980 s. 39 ja 1980a s. 41). Anglosaksisin termein sama kuuluu: "If the harm is the same the negligent wrongdoer deservs less punishment because he is *less wicked* (*Cross* 1981 s. 150 kursiv. tässä).

[4] Mittaamissäännöstön esityöt nimeävät tahallisuuden ja tuottamuksen asteet eräiksi syyllisyyden arviointiin vaikuttaviksi perusteiksi (HE 125/1975 II vp. s. 9 samoin *Anttila* 1973 s. 375-379). Ulkomaisista esityksistä ks. esimerkiksi *Andenaes* 1974a s. 414-420 (tahallisuuden ja tuottamuksen asteet subjektiivisina mittaamisperusteina) ja *Bruns* 1974 s. 555, 1980 s. 185 sekä *Hirsch* LK 46 § 72 kaikki viitteineen (suora (direkt) tahallisuus on moitittavampaa kuin epäsuora (indirekt) tai ehdollinen (bedingt) tahallisuus).

tökohtana tuntuu olevan jonkinlainen jokapäiväisiä ajatustottumuksia vastaava tahtomisen merkityssisältö, jota sitten täsmennetään rikosoikeudellisten ja kriminaalipoliittisten tarpeiden vaatimalla tavalla (*Kindhäuser* 1984 s.4). Näin saavutettu lopputulos on kuitenkin useissa kohdin ristiriidassa käsitteen arkikielisen merkityksen kanssa. Tahtominen ulotetaan mm. seurauksiin, joita tekijä on pitänyt varmana, jotka hän on hyväksynyt tai jotka hänen on voitu otaksua hyväksyneen (dolus eventualis, ks. myös *Kindhäuser* 1984 s.23). Kun Honkasalo kirjoittaa, kuinka "liitännäisen seurauksen tunnearvo voi olla täysin negatiivinen, mutta . . . (tekijä) ei voi olla tahtomatta myöskin sitä, mikä tavoiteltuun välittömästi liittyy" (II s.84), on tekijän jo otaksuttu *tahtovan* jotakin, johon hän suhtautuu *torjuvasti* (jonka "tunnearvo on negatiivinen").

Saattaa olla täysin pätevät syyt asettaa henkilö vastuuseen sellaisesta, minkä hän tiesi toimintansa varmaksi seuraukseksi. Siihen ei kuitenkaan tarvita välikonstruktioksi tuntemattomaksi venytettyä "tahdon" käsitettä. Toisaalta myös "yhteiskunnanvastaisen tahtomisen" yleiskielen mukainen merkitys voi perustella rationaalisesti rangaistuksen käytön. Jonkin tekeminen tahtoen on tekemistä jotakin *saavuttaakseen*. Kun tahtominen on yhteiskunnan vastaista, ovat sitä myös teon päämäärät ja tavoitteet. Arkikielen mukaista pahaa tahtoa vastaa vahingollinen ja paheksuttava tavoite. Puhe "pahasta tahdosta" saattaa kyllä olla esitysteknisesti käytännöllinen tapa viitata näihin teonominaisuuksiin (ja niistä mahdollisesti tehtyihin päätelmiin tekijävaarallisuudesta), mutta tästä tahdosta ja sen kvaliteetista ei voi johtaa relevantteja mittaamisperusteita.

Vaikka siis yhteiskunnanvastainen tahto on vanhemmassa kotimaisessa rikosoikeuskirjallisuudessa syyllisyysopin peruskäsite ja syyksiluettavuuden lajien tärkein erottelukriteeri, ei tahdon sisällöllinen analyysi johda esitystä eteenpäin.[5] Sen sijaan on perusteltua pohtia, mikä merkitys yhtäältä tekijän kognitiivisella suhtautumisella, ja toisaalta tavoitteilla, tarkoituksilla ja pyrkimyksillä on moitearvostelun kannalta.

> Tässä ei tarvitse ottaa kantaa siihen oikeussystemaattiseen kysymykseen, olisiko nyt sanotuista syistä aihetta siirtää tahto ja tarkoitukset kokonaan tahallisuuskäsitteen ulkopuolelle teon moitittavuutta määrittäväksi tunnusmerkistötekijäksi. Tätä ovat ehdottaneet mm. *Ross* ja *Schmidhäuser*.[6] Ehdotusten mukaan tahallisuuteen syyksiluettavuuden

[5] Uudempi oikeuskirjallisuus pyrkii päinvastoin sulkemaan tahdon kokonaan pois sekä teonkuvauksista että syyksiluettavuusopeista (*Kindhäuser* 1984 s.22—23, 30 sekä myös *Jareborg* 1969 s.67—76 ja sama 1986 s.6 ss).

[6] Ks. *Ross* 1974 s. 44: ". . .*hensigt* hvad enten dette udtryk figurerar som *"overskydende subjektivt rekvisit"* eller som en *kvalificeret forsaetsform, i virkelighed tillhorer gerningsbeskrivelsen"* (ks. myös *Jareborg* 1969 s. 130).

muotona kuuluisi vain tietoisuus. Volitiiviset elementit olisivat osa vääryystunnusmerkistöä kuuluen siellä toimintavääryyteen (lähemmin "tarkoitusvääryyteen", "Zielunwert", *Schmidhäuser* 1982 s. 61-62 ja 85-86).[7] Tunnusmerkistöarvostelun toinen puoli (vääryystunnusmerkistön vastineparina) käsittäisi syyllisyystunnusmerkistön ("Schuldtatbestand"), jolle olisi ominaista, ettei tekijä ole riittävällä vakavuudella ottanut huomioon niitä intressejä, joita hänen tekonsa loukkaa. Tämä piittaamattomuus toisten eduista saattaa ilmetä suoranaisena etujen tietoisena sivuuttamisena (jolloin tekijä toimii tahallisesti) tai moitittavana tietämättömyytenä, jolloin häneen on kohdistettavissa tuottamusmoite (ks. *Schmidhäuser* 1982 s. 63 ss.) Rakenteellisesti syyllisyystunnusmerkistöön kuuluvat syyntakeisuus, syyksiluettavuus (tahallisuus ja tuottamus) sekä niin sanotut "erityiset syyllisyystunnusmerkit" ("besondere Schuldmerkmale", ks. *Schmidhäuser* 1982 s. 63 ss.).[8]

Moitearvostelun kannalta ei eri ratkaisuilla ole asiallista merkitystä. Tarkoitukset olisivat edelleenkin merkityksellisiä "for den samfundsmæssige vurdering af handlingen, dens strafvaerdighed i den forstand at den bor bekaempes ved at kriminaliseras" (*Ross* 1974 s. 44).[9] Tarkoitusten

[7] Kirjoittaja määrittelee vääryystunnusmerkistön "oikeushyvää loukkaavaksi tahdontoiminnaksi" ("rechtsgutsverletzendes Willensverhalten"). Tunnusmerkistön "tarkoitusvääryys" on käsillä ". . .wenn der Wille des Handelnden *in der Zielesetzung als solcher* darauf gerichtet ist, dass der dem Rechtsgut entgegenstehende Unwertsachsverhalt verwirklicht werden" (mts. 85). Tuottamuksellisissa rikoksissa toimintavääryys toteutuisi taas "vaarantamisvääryytenä" ("Gefährdungsunwert"). Tahtomomentti on myös tässä mukana - tahtominen viittaa konseptiossa kuitenkin vain inhimillisen käyttäytymisen yleiseen intentionaalisuuteen (m.t.s. 62): ". . .der Wille des Handelnden in der konkreten Situation, in der er sich zu verwirklichen beginnt, durch das Tun *die Gefahr begründet*. . .dass der Rechtsgut entgegenstehende Unwertsachverhalt werde" (s. 85).

[8] *Schmidhäuserin* esitys ei myöskään ratkaise systemaattisesti pulmallisten subjektiiviseen puoleen ja syyllisyyteen kuuluvien erilaisten motiivitermien sijoittelua. Osan niistä tekijä lukee "erityisiin syyllisyyselementteihin" ("besondere Schuldelemente"), osan "erityisiin vääryyselementteihin" ("besondere Unrechtselemente", joihin kuuluvat myös ns. "Gesinnungsmerkmale"), osan molempiin. Ensin mainituista ovat esimerkkinä hyötymis- ja vahingoittamistarkoitukset. Sen sijaan esim. raakuus murhan tekotapana kuuluisi molempiin. Se osoittaa yhtäältä erityisen moitittavaa mielenlaatua, toisaalta tuskia tuottavana tekotapana se korottaa myös teon vääryyssisältöä (ks. *Schmidhäuser* 1982 s. 106 ja s. 231-234). Schmidhäuserin systematisointiongelmat osoittavat jälleen kerran, kuinka vaikeata on vangita mittaamisessa vaikuttavat moni-ilmeiset perusteet kiinteään rikosopilliseen systematiikkaan.

[9] Vertailusta lyhyesti *Kindhäuser* 1984 s. 2 ss. *Rossin* väite, että tekstissä esitetyt ratkaisut olisivat uudemmassa saksankielisessä teoriassa yleisesti hyväksyttyjä on liioiteltu (*Ross* 1974 s. 44 alav. 11). Tahallisuus ymmärretään edelleenkin tunnusmerkistön toteuttamiseksi "mit Wissen und Wollen" (ks. esimerkiksi *Wessels* 1980 s. 51 ss). Sen sijaan teoria on yleisesti kyllä luopunut tunnusmerkistön jaosta objektiiviseen ja subjektiiviseen puoleen ja korvannut sen erityyppisillä "Unrecht"-luokituksilla. Tahallisuuden sijoittaminen näihin luo-

arvioinnin sitominen tunnusmerkistöön antaisi moitearvostelulle ehkä hivenen konkreettisemman pohjan sikäli, että nyt ei kyse olisi abstraktista ''yhteiskunnanvastaisesta tahtomisesta'', vaan konkreettisen vahingollisena pidettävän lopputuloksen tavoittelusta.

1.2. Tieto ja tavoitteet moitearvostelun kannalta

1.2.1. Tieto

Tieto porrastaa tuottamuksen itsetietoiseen ja itsetiedottomaan. Sen perusteella erotetaan myös eventualis- ja directus-tahallisuus. Kysymykseen, *miksi* tietoisuudella seurausten todennäköisyydestä tulisi olla merkitystä moitearvostelussa, on saksalaisella kielialueella tarjottu vastausta, jonka mukaan tekoon ryhtyminen näissä oloissa osoittaa ''pflichtwidrige Geringwertung des Rechtsgutes''. Tämä vuorostaan juontaa juurensa henkilön ''ymmärrys- ja eläytymiskyvyn puutteista'' (''Fehlen der Gefühlsseite'', ks. *Erenius* 1976 s. 115-116 viitteineen). Tästä on kuitenkin vaarallisen lyhyt matka tekijän rankaisemiseen hänen luonteenvikojensa vuoksi (jolla tuottamuksen rankaisemista onkin paikoin perusteltu ks. *Erenius* 1976 s.116 viitteineen ja *Welzel* 1969 s.149-151).[10]

Jareborg on tarkastellut kysymystä teon *seurausten* näkökulmasta. Hänen mukaansa seurauksen varmuudella mieltävä osoittaa välinpitämättömyyttä itse *seurausta* kohtaan. Itsetietoisessa tuottamuksessa tekijä on välinpitämätön seurauksen *mahdollisuudesta*. Itsetiedottomassa tuottamuksessa henkilö ei tiedä

---

kituksiin on edelleen avoin. Esimerkiksi Wessels lukee sen sekä (objektiiviseen) vääryystunnusmerkistöön että syyllisyyspuoleen (tahallisuuden ''kaksoisfunktio'' käyttäytymis- ja syyllisyysmuotona, ks. *Wessels* 1980 s. 36).

[10] Ks. *Jescheck* 1978 s.459-460, jossa tuottamuksen rankaiseminen perustetaan melkolailla tekijärikosoikeudelliselta vaikuttavaan konseptioon ''tadelnswerte Rechtsgesinnung'' (ks. kritiikistä tältä osin *Kindhäuser* 1984 s.24 alav.74). Saksalainen oikeuskirjallisuus on konstruoinut suhtautumiseen yhteiskunnanvastaisen tahdon käyttäen apuna muun muassa seurauksen epäsuoraa tahtomista (''ein indirektes Wollen des Erfolges''), negatiivista pahaa tahtoa (''ein negativ-böse Wille'') tai tiedostamatonta tahtoa (''ein unbewusstes Wollen'') (ks. *Erenius* 1976 s. 115 viitteineen). Honkasalon mukaan tahdon merkitys on siinä, että tahdonsuuntaus määrää, kuinka paljon kullakin subjektiivisella kyvyllä voidaan havaita. Tuo tahdonsuuntaus vuorostaan riippuu siitä, mitkä intressit henkilö subjektiivisessa arvioinnissaan asettaa etualalle. Yhteiskuntaelämän intressejä korkealle arvostava pitäytyy muita loukkaavasta käyttäytymisestä ja on huolellinen; omat intressinsä yli muiden arvostava (yhteiskunnanvastainen henkilö) on vähemmän tunnontarkka eikä tule niinkään ajatelleeksi muita (*Honkasalo* II s. 78-79). Esitys johtaa kysymään, mikä muu kuin systeeminmukaisuuden tarve selittää yhteiskunnanvastaista tahtoa koskevan välikonstruktion. Eikö suoraan riitä, että piittaamattomuus muiden eduista sellaisenaan on moitittavaa? Ks. syyllisyyskriteeristä ''likgiltighet'' myös *Jareborg* 1986 s.8—9.

riskin mahdollisuudesta, joka mahdollisuus hänellä olisi ollut tiedossaan, jos hän olisi menetellyt tavalla X, joka häneltä oli vaadittavissa. Tämä oikeuttaa sanomaan, että henkilö on piittaamaton siitä, onko kyseistä seurauksen mahdollisuutta olemassa. Hän ei piittaa siitä *mahdollisuudesta, että käsillä on vahingon mahdollisuus* (ks. *Jareborg* 1977 s. 29-30 ja sama 1986 s.9).

Jareborgin perustelu on sikäli rationaalinen, että sen mukaan on moitittavampaa olla piittaamatta todennäköisestä kuin epätodennäköisestä seurauksesta. Esitystä on kuitenkin mahdollista jatkaa hieman toiselta kannalta. Tarkasteltaessa syyksiluettavuuden lajeja akselilla "itsetiedoton tuottamus - itsetietoinen tuottamus (harkittu riskinotto) - varmuus seurauksen syntymisestä", havaitaan, että törkeämpiin muotoihin edettäessä oikeudenloukkauksen syntyminen tulee yhä enenevässä määrin riippuvaksi yksin tekijän toiminnasta (laiminlyönnistä). Kun tekijä toimii tietäen seurauksen varmuudella syntyväksi, on seurauksen syntyminen *hänen kontrollinsa alainen*. Tuottamuksessa on käsillä vain *mahdollisuus* seurauksen syntymiseen toiminnan kautta. Tällöin tekijän toiminnan ohella seurauksen syntyminen jää *myös muiden* seikkojen varaan. Mitä varmemmin tekijä tiesi seurauksen syntyvän, sitä paremmat perusteet on väittää seurauksen olevan juuri tekijän aikaansaama *-juuri hänelle syyksiluettava.*[11] Syyksiluettavuuden aste-eroissa on siten todellakin kysymys termin hyvin arkikielen mukaisesta merkityksestä. Korkea-asteinen syyksiluettavuus ilmaisee, että juuri tekijä - eivätkä jotkin muut seikat - on katsottava seurauksen "syyksi". Lievempi syyksiluettavuus taas on ilmaus siitä, että tekijän ohella muutkin olosuhteet ja tekijät on mahdollista katsoa teon "syyksi".

Tämä yhdistää syyksiluettavuusmuotojen moitittavuuden kontrolloitavuuteen ja toisintoimimismahdollisuuteen. Seurausta nimenomaisesti tavoittelevalla ja sen varmuudella syntyväksi mieltävällä on seurauksen syntyyn nähden *paras kontrolloimismahdollisuus*, sen huolimattomuudestaan tiedottomasti matkaansaattavalla huonoin (tapaturmat poislukien).[12] Syyksiluettavuuden asteet voidaan perustaa siis konformiteettiperiaatteen taustalla olevaan logiikkaan ja viime kädessä tarkoituksenmukaisuussyihin. Jos tarkoitus on ehkäistä rikoksia tekijän motivaatioon vaikuttamalla, on mielekästä kytkeä ankarat rangaistusuhat niihin tilanteisiin, joissa tekijällä on tapahtumien kehittymisessä "sa-

[11] Näin on syyksiluettavuuden aste-eroja perustellut muun muassa Gross, kuitenkin sillä erotuksella, että hän asettaa ylimpään kategoriaan tarkoituksen (ks. tästä myöhemmin): ". . .it is fair as well reasonable to blame the actor more when the harm is more subject to his control and less a matter merely of chance" (*Gross* 1979 s. 88).

[12] Tekijöillä on tietenkin kaikilla yhtäläinen mahdollisuus *estää* seuraus teosta pidättäytymällä (tai mitätöimällä oman toiminnan myötävaikutus). Nyt on kuitenkin kyse siitä, kuinka suurta osaa toiminta näytteli siihen ryhdyttäessä ja seurauksen syntyessä.

nansa sanottavana", ja jättää lievemmin sanktioiduiksi alueet, joissa tekijän oma toiminta on vähempimerkityksinen.[13]

1.2.2. "Paha tahto" ja tarkoitukset (tahalliset rikokset)

a) *Tahto, tieto ja syyksiluettavuus.*—Vahingoittaminen "tieten tahtoen" on jotakin muuta kuin väärin tekeminen, "vaikka hyvin tiesi" miten olisi tullut menetellä. Yksinkertaisin taustaselitys on "pahan tahdon" implikoima *tekijävaarallisuus*. Henkilöt, joilla on yhteiskunnanvastainen tahto, ovat taipuvaisia tekemään yhteiskunnanvastaisia tekoja.

Tämä perustelee *tarkoitustahallisuuden* ankaran rankaisemisen. Joka tietoisesti tavoittelee määrättyä seurausta, on keskimääräistä vaarallisempi, koska hän otaksuttavasti jatkaa toimintaansa ja pyrkimyksiään, kunnes tavoitteet on saavutettu. Välinpitämättömästi toimiva henkilö ei kiellettyjen seurausten jäätyä saavuttamatta koe epäonnistuneensa, eikä hän niin muodoin ole myöskään tästä syystä valmis toistamaan toimintaansa. Ankarampi rankaiseminen on siten perusteltua preventiotarpeen kannalta (*Cross* 1981 s. 148).[14]

On epävarmaa, mikä merkitys tahdolla on syyksiluettavuuden *lievempien muotojen* rankaisemisen jyvittäjänä. Tuntuu jotenkin keinotekoiselta katsoa Honkasalon tavoin ihmisen "tahtovan" jotakin, joka ei millään tavoin kuulu hänen toimintasuunnitelmaansa, ja jonka esiintymisellä tai esiintymättä jättämisellä ei myöskään ole hänelle merkitystä - puhumattakaan tilanteista, joissa henkilö ei ole tullut edes ajatelleeksi tekoon liittyviä seurauksia. Viittaan tältä osin jo edellä esitettyyn.

---

[13] Tämänsuuntaisista tahallisuuden ankarampaa rangaistavuutta puoltavista perusteista ks. myös *Haag* 1970 s.122. *Jescheck* taas kytkee tietoisuuserot tekijävaarallisuuteen. Hänen mukaansa esimerkiksi henkilö, joka (poliittisessa attentaatissa) heittää pommin ottaen huomioon, että epälukuinen määrä ihmisiä kuolee, on vaarallisempi kuin henkilö, joka tietä rakentaessaan uskoo, ettei vaaraa sivullisille aiheudu (*Jescheck* 1962 s. 482-488 ja *Utriainen* 1984 s. 182-183). Toisaalta, kyllä kevytmielinen tienrakentaja, joka ei tällaisia asioita tule edes ajatelleeksi, saattaa olla ympäristölleen hyvinkin vaarallinen, hieman sen mukaan, kuinka monta räjähdyspanosta hänellä on käytettävissään. Muutoinkin on syytä huomata, että kyse on prima facie moitittavuudesta olettaen, että muut olosuhteet pysyvät samoina. Lopullinen arvio määräytyy muiden teonpiirteiden mukaan, eikä ole mahdotonta, että tuottamukselliset rikokset moitittavuudeltaan ylittäisivät jopa tahalliset vastineparinsa (ks. esimerkiksi *Hirsch* LK 46 § 73, *Bruns* 1974 s. 555 ja sama 1980 s. 184).

[14] Tähän vedoten voidaan directuksen determinatusta lievempää rankaisemista perustella tosin vain olettaen, että tekijä tulevaisuudessa löytää toisen keinon primääripäämäärän saavuttamiseksi (muutenhan hän on kriminalisoidun seurauksen kannalta edelleen yhtä vaarallinen). Argumentin voimaa vähentävät lisäksi prevention tehoon kohdistettavat epäilyt. Jos tekijä todella on vaarallinen, on meillä kyllä *tarve* suojautua prevention keinoin, mutta luultavaa on, ettei tämä *onnistu*.

Yhteiskunnanvastainen "tahtominen" selittää lähinnä vain dolus determinatuksen ankaramman rankaisemisen. Muiden tahallisuusmuotojen yhteydessä avainasemassa ovat tiedolliset elementit. Niillä on myös suoremmat yhteydet toisintoimimismahdollisuuteen sekä käyttäytymisen kontrolloitavuuteen. Olettaen, että tekijä muussa suhteessa kykeni määräämään toimistaan, varmuus seurauksen syntymisestä on olennainen moitittavuusarvioon vaikuttava tekijä. Molemmat piirteet yhdistäen saadaan tahallisten rikosten raskaimmaksi muodoksi kielletyn seurauksen nimenomainen tavoittelu tilanteessa, jossa tekijä myös piti seurauksen syntymistä varmana. Moitearvostelu heikkenee seurauksen muuttuessa epävarmemmaksi.[15] Tällainen tiedollisten käsitysten eroille rakentuva moitearvostelu pitää syyllisyysmoitteen ytimenä tekijän paheksumista sen vuoksi, ettei hän ole riittävällä vakavuudella suhtautunut niihin intresseihin, joita hänen tekonsa loukkaa. Mitä varmemmin tekijä on mieltänyt loukkaavansa toisten etuja, sitä riidattomampi on näyttö hänen välinpitämättömyydestään.

Dolus eventualis-oppia voi pitää yhtenä esimerkkinä volitiivisten kriteerien tuottamista ongelmista. Siinä operoidaan fiktiivisellä tahdolla: jos tekijän voidaan *otaksua hyväksyneen* oikeudenloukkauksen mahdollisuuden, on hän osoittanut tarvittavaa yhteiskunnanvastaista tahtoa. Sen todistaminen, mitä tekijä on mahdollisesti hyväksynyt mielessään on tietysti vaikeata.[16] Näyttövaikeudet ovatkin yksi eventualis-tahallisuuteen kohdistetun kritiikin perusteista. Konstruktiosta on ehdotettu luovuttavaksi myös pohjoismaisessa kirjallisuudessa (ks. esim. *Ross* 1977 ja 1978 sekä *Waaben* 1982 s.402, ks. myös Rikosoikeuskomitea 1976 s.110-111). Kotimaisessa oikeuskäytännössä taas raja tahallisuuden ja tuottamuk-

[15] Tapaukset, joissa syyksiluettavuuden aste olisi selvästi vaikuttanut tahallisten rikosten rangaistavuuden asteisiin ovat oikeuskäytännössä harvinaisia. Esimerkkinä tällaisesta voisi ehkä pitää tapausta HHO 243/1985, jossa puukolla ympärilleen sohinut syytetty aiheutti uhrille kaksi 5 cm:n mittaista osin luuhun saakka ulottuvaa haavaa. Tekoväline ja vammat edelyttäisivät siten kvalifioidun säännöksen soveltamista. Molemmat oikeusasteet tulkitsivat teon kuitenkin tavalliseksi pahoinpitelyksi katsoen, ettei teko ole kokonaisuudessaan törkeä. Kannan selittänee se, että tekijä ei sohiessaan puukolla tarkoittanut ketään uhria erityisesti. Kyse oli ts aiheutettujen vammojen osalta lähinnä dolus eventualis-asteisesta tahallisuudesta, kun pahoinpitelyt normaalisti toteutetaan pyrkimyksenä uhrin vahingoittaminen tieten tahtoen (dolus determinatus).

[16] Eventualis-opin mukaan on kartoitettava mm. tekijän tavoittelemat ja mieltämät seuraukset, suoritettava todennäköisyyksien punninta, pohdittava tavoiteltavien ja eitoivottujen seurausten arvottamista päätöksessä yhtäältä itseisarvoina ja toisaalta suhteessa niiden todennäköisyyteen jne, ks. *Klami* 1984a s. 143-146. Sama kritiikki koskee niin sanottua hypoteettista tahtoteoriaa. Tuomarin on mahdotonta tietää, mitä tekijä olisi tehnyt, jos hän olisi tiennyt jotakin sellaista, mitä hän ei ole tiennyt (ks. *Serlachius* 1919 s. 124-125 ja myös *Klami* 1984a s. 148-149).

sen välillä on yhä useammin perustettu siihen, *millä varmuudella "tekijän on täytynyt käsittää"* teon johtavan rangaistaviin seurauksiin. Rajan määrää siten *seurausten todennäköisyys* (näin myös *Träskman* 1985 s.18). Toisaalta ilmaisu "oli pitänyt ymmärtää" on sekin tulkinnanvarainen. Jos "pitäminen" viittaa käyttäytymistä koskeviin normatiivisiin odotuksiin, rangaistaan jostakin, jota tekijä ei ymmärtänyt, vaikka hänen olisi pitänyt—siis tuottamuksesta. Vaihtoehtoisen - ja ilmeisesti perustellumman - tulkinnan mukaan sanonta viittaa tietoisuuden todistamiseen ("on katsottava ymmärtäneen", ks. myös *Träskman* 1985 s.19).[17]

Tilanne tahallisuusopissa on epäselvä. On epävarmaa, pyrkiikö KKO korvaamaan eventualis-tahallisuuden uudella todennäköisyystahallisuudella, vai ratkooko se asioita ilman tämänkaltaisia linjanvetoa koskevia tausta-ajatuksia (tähän suuntaan *Heinonen* 1986 s.50). On myös epävarmaa, rajoittuuko tämä tahallisuus (humalassa tehtyihin) henkirikoksiin, vai ulottuuko se laajemmalle.[18] Voi myös kysyä, mikä paino näillä KKO:n ratkaisuilla voimassaolevan oikeuden kannalta on. *Träskman* katsoo eventualis-tahallisuuden niin kiteytyneeksi, että siitä käy luopuminen vain lainmuutoksin (*Träskman* 1985 s.22). Vaikka oikeustieteen konstruktioiden (kanonisoitujenkin) ja KKO:n prejudikaattien välisestä suhteesta voi olla toistakin mieltä, asian vieminen lainsäädäntötason kysymykseksi varmistaisi sen, ettei sinänsä epävarmoille kriteereille pohjaavaa eventualis-tahallisuutta[19] korvattaisi tahallisuuden alaa laajentavalla, vieläkin avoimemmalla ja tulkinnanvaraisemmalla konstruktiolla.

---

[17] Oikeuskirjallisuudessa tästä on käytetty termiä "pakottava päättely" (ks. erit. *Lehtonen* 1986a s.196—200 viitteineen). Myös vaadittavan todennäköisyyden aste tuntuu käytettyjen ilmausten perusteella vaihtelevan melkoisesti: KKO 1978 II 111 ("seuraavan varsin todennäköisesti"), HHO 1306/84 ("saattavat aiheuttaa . . . kuoleman"), ja HHO 2088/84 (perustelut ro) ("olisi saattanut todennäköisesti seurata"). Sillä, mitä aiheutuu "varsin todennäköisesti" ja mitä "olisi saattanut todennäköisesti tapahtua" on ilmeinen ero.

[18] Verorikoksia tutkinut *Lehtonen* katsoo, etteivät käytännön ratkaisut selkeästi istu mihinkään teorian edellyttämään malliin. Osa tapauksista perustellaan positiivisen tahtoteorian, osa mieltämisteorian suuntaisin sanonnoin. Osa edustaa näiden kahden yhdistelmiä (ks. *Lehtonen* 1986 s.436 ss, niinpä esim. tappoa koskeva ratkaisu KKO 1985 II 172 sisälsi sekä "pakottavan päättelyn" että eventualis-tyyppisen viittauksen tekijän "välinpitämättömyyteen").

[19] Honkasalon esitys dolus eventualiksesta herättää myös tulkintaongelmia. Hän kirjoittaa: "Suhtautumista, jossa tahdon asenne olisi neutraalinen, teorian mukaan ei ole. Tekijän ottaessa lukuun, että teosta voi aiheutua mielletty oikeudenloukkaus, hän *ryhtyessään siihen antaa hyväksymisensä mainitulle mahdollisuudelle*. Myönteinen kannanotto sisältyy mainituin edellytyksin myös seuraukseen nähden näennäisesti välinpitämättömään suhtautumiseen." (*Honkasalo* II s. 89). Yhteiskunnanvastainen tahto tulisi siis todistetuksi sillä, että tekijä on mieltänyt oikeudenloukkauksen mahdollisuuden ja kuitenkin ryhtyy siihen. Tekoon ryhtyminen indisioi tahdon hyväksyvän suhtautumisen. Voidaan näin kysyä, jättääkö teoria lainkaan tilaa itsetietoiselle tuottamukselle. Tahallisuushan on jo presumoitu.

b) *Tavoitteet ja tarkoitukset teon vääryyssisällön kannalta.*—Osa teon tavoitteista ja tarkoituksista luetaan luontevimmin suoraan (subjektiivisiksi) tunnusmerkistötekijöiksi.[20] Useimmiten nämä tavoiteluonnehdinnat kytkeytyvät varsin kiinteästi teolla tavoiteltujen *seurausten laajuuteen.*[21] Tausta-ajatuksena lienee, että milloin tekoon liittyy erityisen vahingollisia pyrkimyksiä (esimerkiksi vahingoittamishalu kotirauharikoksessa), teko tulisi tavoitellussa muodossa toteutuessaan johtamaan keskimääräistä suurempiin vahinkoihin. Vaarantamisvastuu sekä yrityksen rankaisemisen taustalla olevat ajatukset puoltavat vahingollisiin seurauksiin tähtäävien tavoitteiden hyväksymistä kvalifiointiperusteiksi myös, milloin näitä pyrkimyksiä syystä tai toisesta ei ole mahdollista ottaa huomioon yritysopin ratkaisujen kautta. Myös rikoslakiprojektin ehdotuksissa asetetaan kvalifiointiperusteiksi usein hankitun sijasta tavoiteltu hyöty.[22]

Vastaus siihen, onko *mittaamisessa* lupa ottaa huomioon teolla tavoitellut ja toteutuneita laajemmat seuraukset silloinkin, kun näistä ei ole tunnusmerkistössä mainintaa (eli onko paino asetettava toteutuneille vaiko tavoitelluille seurauksille) on epäilyksettä myöntävä.[23] Syyllisyys- ja vaarantamisvastuuajattelun voimistuessa tekijän subjektiiviset pyrkimykset tullevat yhä keskeisempään asemaan.[24] Tällaiset tavoitteet voidaan ottaa mittaamisessa huomioon silloinkin, kun yrityssäännös tai tarpeellinen törkeysporrastus puuttuvat. Oikeutus tähän löytyy RL 6:1:stä, joka asettaa vaaran yleiseksi mittaamisperusteeksi vahingon rinnalle.

Teon vahingollisuutta ja vaarallisuutta määrittävien tavoitteiden rinnalla lainsäätäjä on liittänyt teonkuvauksiin myös motiivimääreitä, joiden justifiointi nojaa ensi sijassa moraalikäsityksiin sekä tekijän *syyllisyyteen.* Tällaisi-

[20] Subjektiivisista tunnusmerkistötekijöistä ks. *Löfgren-Venoja* 1933 s.211 ss, *Salovaara* 1948 s.69 ss, *Ståhlberg* 1964 s.239 ss s.211 ss., *Ross* 1974 s.33, *Jareborg* 1969 s.273 ss, *Andenaes* 1974a s.217 ja 233, *Bratholm* 1980 s.21 sekä *Brett* 1963 s.187-188.

[21] Esim. *Gross* liittää tunnusmerkistön edellyttämän erityisen tarkoituksen ("Spesific Intent") haitallisuusarviointiin . . ."Since it bears on the question how serious is the harm threatened by the act" (*Gross* 1979 s.101).

[22] Ks. rikoslakiprojektin ehdotus uudeksi rikoslaiksi 29:2, 29:3, 29:6, 36:2, 36:3, 37:3, 37:6 ja 38:3.

[23] Useinhan tulkintatilanne ratkeaa jo yrityskonstruktioin: lievän vamman aiheuttanut, mutta hengenvaaralliseen vammaan tähdännyt henkilö tuomitaan toisin sanoen törkeän pahoinpitelyn yrityksestä.

[24] Toteutumatta jääneet pyrkimykset vahinkojen matkaansaattamiseksi hyväksyttäisiin Ruotsin mittaamisehdotuksen mukaan niin ikään koventamisperusteeksi. Rangaistusta koventaisi:". . . att gärningsmannen haft uppsåt att brottet skulle få allvarligare följder eller annars bli mer omfattande än det faktiskt blivit" (SOU 1986:15 ehdotettu BrB 31:4 § 1 st).

na laki mainitsee mm. "petollisen aikomuksen"(virkavallan anastus RL 16:14[2]), "loukkaamistahdon" (kunnianloukkausrikoksissa RL 27:6) ja "omanvoitonpyynnön" (mm. murha RL 21:2, eräät virkarikokset RL 40:8[2] ja 40:9[2] sekä rikoksen suosiminen RL 16:20).[25] Tahdottaessa nämäkin tavoitemääritykset voidaan palauttaa teon vahingollisuuteen vaikuttaviksi (esimerkiksi petollinen aikomus virkavallan anastuksessa viittaa siihen, että tekijä aikoo luvattomalla toimella joko hyödyttää itseään tai vahingoittaa toista). Kielellisesti tällaiset tavoitteet ovat kuitenkin luontevimmin luettavissa teon motiiveihin ja sitä kautta syyllisyysarvosteluun (ks. myöhemmin jakso 4).

1.3. Tuottamuksen törkeysarvostelusta

1.3.1. Tuottamuksen kaksi puolta

Tuottamus on huolimattomuutta. Tämä viittaa ensinnäkin agentin määrättyyn *mielentilaan*. Huolimattomasti toimiva ei *ajattele* riittävästi mitä tekee. Tämän ohella moitteeseen sisältyy ajatus tietyn standardin rikkomisesta:[26] tekijä ei ole ajatellut *riittävästi*.[27] Kyse ei ts. ole pelkästä psykologis-deskriptiivisestä toteamuksesta - "hän ei tullut ajatelleeksi" - vaan myös normatiivisesta vaatimuksesta - "vaikka hänen olisi tullut näin menetellä" (ks. *Hart* 1968 s.147-148). Käyttäytymistä verrataan aina määrättyyn malliin ja ratkaistavana on paitsi tuon standardin mahdollinen rikkominen, myös mahdollisuudet sen noudattamiseen. Näin päädytään tuottamuksen jakautumiseen kahtia; subjektiiviseen ja objektiiviseen.[28] Tuottamusarvostelun olennaiset kysymykset voidaankin tiivistää seuraavasti.

---

[25] Rikoslain ulkopuolisista hyötymis- tai vahingoittamiskvalifioinneista ks. L Kilpailuasiamiehestä 5[2] § ja MeriL 233[2] §. Vastaavista privilegioimisperusteista ks. RL 33:1[2] (anastusaikomuksen puuttuminen) ja RL 40:6[3] sekä 40:20[2] ("hyötymis- ja vahingoittamisaikomuksen puuttuminen").

[26] Vertailua edellyttävän mallin kautta tuottamus eroaa teoreettisesti tahallisuuskäsitteestä. Ensin mainittu pohjaa relatiivisiin ja arvostuksia edellyttäviin, jälkimmäinen deskriptiivisiin ja suoranaisiin käsitteisiin (ks. *Klami* 1984a s. 128-129 ja 131).

[27] Käsillä on Strahlin sanoin ". . .brist på erforderlig aktsamhet. . ." (*Strahl* 1976 s.169).

[28] Jo *Honkasalo* erotti objektiivisesti ratkaistavan kysymyksen, "mitä henkilöltä olisi voinut vaatia" subjektiivisesta- ". . .mitä sosiaalieettisesti suhtautuva henkilö tekijän asemassa olisi voinut havaita. . ." (*Honkasalo* II s.78-79). Uudemmat tuottamustarkastelut eroavat näistä Honkasalon pohdinnoista ennen kaikkea siinä, että tuottamuksen objektiivinen puoli on siirretty osaksi teon väryystunnusmerkistöä, kun taas subjektiivisen kyvyn ja mahdollisuuksien tarkastelu tapahtuu edelleen syyllisyysarvostelun puolella.

a) Löikö syytetty laimin sen huolellisuuden ja varovaisuuden, jota jokaiselta normaaliominaisuuksin varustetulta ihmiselta tilanteessa olisi edellytetty, eli ottiko hän toiminnallaan kannettavakseen *oikeudettoman riskin*, ja

b) olisiko tekijällä, ottaen huomioon hänen mentaaliset ja fyysiset ominaisuutensa, ollut tilanteessa kyky ja mahdollisuus toisenlaiseen toimintaan (ks. myös *Hart* 1968 s.154 ja esim. *Jescheck* 1986 s.475-476).

Molemmat vaatimukset täyttyvät tai jäävät täyttymättä suuremmassa tai pienemmässä määrin. Tuottamuksen törkeydestä voidaan siten keskustella sekä subjektiivisessa että objektiivisessa suhteessa (näin myös *Haft* 1980 s.129 ja *Jareborg* 1977 s.33).

1.3.2. Objektiivinen tuottamus

Käsite viittaa tilanteeseen, jossa primääritekoon[29] (P) ryhtyminen (tai ryhtymättä jättäminen) merkitsee *riskiä* sen suhteen, että tietyt seuraukset (S) aiheutuvat. On siten vastattava kahteen kysymykseen: (1) millaisen käyttäytymisen kautta riski seurausten syntymiseksi on saatu aikaan, (2) onko riski sallittu vai ei ?

Ensimmäiseen on kolme mahdollista vastausta: (a) riski syntyy suoraan toiminnan kautta, (b) riski syntyy laiminlyönnin seurauksena tai (c) riski syntyy toimintaan liittyvän laiminlyönnin kautta (ryhtyessään tekoon tekijä ei ts. ole suorittanut tarpeellisia varotoimia, ks. *Jareborg* 1977 s.12 ja sama 1984 s.228-231 sekä *Koskinen* 1976 s.31-32). Kohdat (a) ja (b) viittaavat tekemis- ja laiminlyöntirikosten eroihin ja kohdat (b) ja (c) koskettelevat toimintaan velvoittavien syiden ongelmia (ns. erityinen oikeudellinen toimimisvelvollisuus). Olennaista ei aiheen kannalta ole niinkään riskin syntytapa kuin sen oikeudettomuus - siis kysymys (2) edellä.

Riskin sallittavuutta koskeva ongelma voidaan muotoilla kahdella tavalla. Voidaan puhua objektiivisesta tuottamuksesta joko *kiellettynä riskinottona* tai *vaadittavan huolellisuusvelvollisuuden rikkomisena*. Näiden yhteys on siinä, että milloin tekijä on noudattanut vaadittavaa huolellisuusvelvollisuutta, hä-

[29] Teko, johon ei liity oikeudellista arvottamista. Kyse on toiminnoista, jotka perustuvat ja joita tarkastellaan ainoastaan tuloksena ihmisen luonnollisesta kyvystä suorittaa (tai olla suorittamatta) tiettyjä ruumiinliikkeitä (ks. *Jareborg* 1969 s. 81 ja 1977 s. 10 sekä *von Wright* 1971 s. 68). Primääriteko on myös määriteltävissä teoksi, jota ei voi suorittaa jonkin toisen teon avulla. Hatun nostaminen on mahdollista esimerkiksi kättä nostamalla, se ei siten ole primääriteko. Käden nostaminen (jos jätetään pois mahdollisuus tehdä tämä esimerkiksi toisen käden avulla) sen sijaan on primääriteko (ks. *Jareborg* 1984 s. 114-115, ks. myös *Hart* 1968 s. 141-142). Käsitteen lähempiin ongelmiin ei tässä ole tarvetta paneutua.

nen käyttäytymisensä tueksi voidaan esittää sellaiset "hyvät syyt" (*Jareborg* 1984 s.228-229), joiden myötä riskinotto tulee sallituksi. Objektiivinen huolellisuusvelvollisuus on siten tapa ilmaista ne seikat, jotka konstituoivat sallitun riskin. Vaadittavaa huolellisuusstandardia ei ole missään ennalta annettu, se on näiden aineellisten perusteiden nojalla aina erikseen vahvistettava. Tässä ovat lähteinä mm. useat erityislainsäädännön normit ja käyttäytymisohjeet, viranomaismääräykset, erilaiset vaarantorjuntaohjeet, tiettyjä ammattiryhmiä ja toimialoja koskevat käytännölliset ja tekniset toimintaohjeet jne.[30] Milloin huolellisuusstandardia ei voida tällaiseen aineistoon perustaa, sovelletaan paremman puutteessa "bonus pater familias" -sääntöä.[31]

Huolellisuusnormien muotoutuminen ja täsmentyminen tuomioistuimissa on jatkuvaa arvostusprosessia, jota ei ole mahdollista sitoa ennalta määrättyihin muotoihin. Vähitellen kiteytyneistä säännöistä tehdään määräperustein poikkeuksia "hyvien syiden" näin vaatiessa. Poikkeusten muodostuessa riittävän vakiomuotoisiksi, saavat ne vuorostaan standardin aseman, josta on jälleen mahdollista tehdä poikkeuksia jne.[32]

---

[30] Ks. *Strahl* 1976 s.169 ss, *Erenius* 1976 s.152 ss, *Jareborg* 1977 s.13, sama 1984 s.233-234, *Koskinen* 1976 s.32, *Viljanen* 1984 s.84, *Jescheck* 1978 s.471 sekä *Haft* 1980 s.130. Tunnusmerkistössä saatetaan myös antaa esimerkkejä niistä normeista, joiden rikkominen perustaa kielletyn riskin. Ääritapauksessa huolellisuusvelvollisuus tulee suoraan ja sitovasti määritellyksi tällä tavoin. Näin on menetelty kulkutautien ehkäisemistä koskevassa RL 34:16³:ssa, jossa rangaistavaksi säädetään käyttäytyminen, jolla "joku on syynä toisen sairastumiseen kulkutautiin siten, että rikkoo ohjeen, joka ihmisissä liikkuvan kulkutaudin estämiseksi tai ehkäisemiseksi on annettu" (ks. myös RL 34:18³).

[31] Kovin luotettavaa mittaa ei tämä sääntö tarjoa. Lähinnä se heijastaa ratkaisijan subjektiivisia käsityksiä siitä, kuinka hän menettelisi parempina hetkinään. Kyseessä on ts. ". . .a mere shadow, cast by the judges own moral views or those of his own social class. . ." (*Hart* 1968 s. 171, ks. myös *Erenius* 1976 s. 157 ja *Jareborg* 1984 s. 233). Vankempaa informaatiota "hyvän perheenisän menettelystä" antaisi empiirinen tieto siitä, kuinka huolelliset ja tunnolliset ihmiset kussakin tilanteessa todella menettelevät (*Jareborg* 1984 s. 234).

[32] Huolellisuusnormin konstituointi ei vielä yksin riitä. Käyttäytymisen on luotava riski juuri ao. normin suojaamien etujen (normin suojafunktion) kannalta (ks. *Strahl* 1976 s.194 ss "kvalitativt förhållande till effekten" ja *Wolter* 1983 s.112-113.). "Dieses gefährliche Verhalten muss. . .im Vergleich zum rechtmässigen Alternativverhalten auch *risikohöhend* sowie vom *Schutzzweck der Norm* erfasst sein" (*Wolter* 1984 s. 112-113).

Toiseksi vaaditaan, että riski realisoituu teosta adekvaatilla tavalla. Huolellisuusnormin asettamisen taustalla on aina ajatus määrätystä riskinsyntymistavasta. Jos tekijä rikkoo tuota normia, mutta riski realisoituukin normin kannalta epäadekvaatilla tavalla, ei teko toteuta tuottamusvastuuta (ks. *Strahl* 1976 s. 199-204 "kvantitativt förhållande till effekten" sekä *Jareborg* 1984 s.243-245 ja 251-252). Ks. *Wolter* 1984 s. 107: "handlungsadäquate" Fortentwicklung". Milloin kyseessä on vähemmän olennainen poikkeama odotetusta ("unwesentlichen Kausalabweichung") ei sillä ole merkitystä, mikäli odotettavissa

Törkeysarvostelussa kiinnittyy huomio etenkin vaadittavan huolellisuusvelvollisuuden tasoon ja velvollisuuksien määrään. Tekijä voi loukata näitä velvollisuuksia enemmän tai vähemmän.[33] Tämän mukaan vaihtelee myös objektiivisen tuottamuksen aste, toimintavääryys tai velvollisuudenvastaisuus -mitä termiä sitten kulloinkin käytetään (ks. *Jareborg* 1977 s.33 ja sama 1984 s.246-247 sekä *Maeck* 1983 s.78). Tässä esityksessä nämä kysymykset tulevat yksityiskohtaisemmin tarkasteltaviksi toimintavääryyden yhteydessä. Seuraavassa puututaan lähemmin vain subjektiivisen puolen arvottamiseen.

1.3.3. Subjektiivisen tuottamuksen törkeysarvostelu

Subjektiivisessa suhteessa vaikuttaa ensinnäkin *tietoisuus*: mitä selvemmin tekijä ymmärsi tekonsa voivan johtaa oikeudenloukkaukseen ja mitä todennäköisempänä hän sitä piti, sitä moitittavampaa käyttäytyminen on. Tämän kriteerin perusteella käydään raja tahallisuuteen. Tahallisten rikosten yhteydessä esitetyt syyt perustelevat myös harkitun riskinoton keskimääräistä suuremman moitittavuuden. Vaikka esimerkiksi Jareborg pitää itsetietoista tuottamusta yleisesti moitittavampana kuin itsetiedotonta (ks. edellä jakso 1.2.1.), oikeuskirjallisuudessa katsotaan yleisesti kuitenkin, etteivät tuottamuslajit ole toisiinsa tämänkaltaisessa astesuhteessa (ks. *Strahl* 1976 s. 189 ja *Jescheck* 1978 s. 461). Perusteluksi esitetään, että tietoisuuden puuttuessakin tekijä voi poiketa huomattavasti vaadituista käyttäytymisstandardeista (ja päinvastoin, ks. *Strahl* 1976 s. 190).

Kiistettäessä Jareborgin väittämä astesuhde, tuottamusta arvioidaan siis kokonaisuutena; sekä objektiiviselta että subjektiiviselta kannalta. Subjektiivisen puolen itsenäinen arviointi kuitenkin vaatii objektiivisen puolen olettamista vakioksi. Näillä ehdoin tietoisuudella on ilmeisesti Jareborgin tarkoittama relevanssi, mutta tuo merkitys näyttää epäitsenäiseltä suhteessa pääasiaan - tekijän kykyyn toimia lain vaatimalla tavalla. Jos samoissa olosuhteissa toinen on tiedostanut riskin ja toinen ei, saattaa tämä olla vain seurausta siitä, että toisella oli parempi kyky riskin havaitsemiseen, ja siis sen välttämiseen. Sen sijaan, että kysymystä tarkastellaan tasolla itsetietoinen/itsetiedoton tuottamus, *voidaan siis suoraan selvittää seikkoja, jotka vaikuttavat kykyyn havaita riskit ja noudattaa vaadittavaa huolellisuusvelvollisuutta.*

---

oleva ja toteutunut riski ("Planrisiko und Realrisiko") olivat oikeudellis-moraalisesti samanarvoisia (ks. erit. *Wolter* 1984 s. 113-116 ja 125-132).

[33] Huolellisuusvelvollisuus voidaan jakaa vielä sisäiseen - tekijän näkökulmaa painottavaan - ja ulkoiseen. Kysymystä ei tässä lähemmin tarkastella (ks. lyhyesti *Koskinen* 1976 s. 31 ja tarkemmin esimerkiksi *Jescheck* 1978 s. 468-469).

Lainnoudattamiskykyyn vaikuttavat tässä taas samat perusteet kuin toisintoimimismahdollisuuteen tahallisissakin rikoksissa. Myös *rikoslain yleisiin mittaamisperusteisiin* on otettu joukko tekijän *motivaation* kautta lainnoudattamiskykyyn vaikuttavia seikkoja. Vaikka perusteet koskenevatkin ensi sijassa tahallisia rikoksia, on niillä merkitystä myös tuottamuksellisissa rikoksissa. Painostus, uhka, pelottelu, harhaanjohtaminen, väsymys (vrt. jälleen Übernahmeperiaate ja liikennerikokset) voivat heikentää kykyä noudattaa vaadittavaa huolellisuusvelvollisuutta. Tekijän *juopumus* vaikuttaa periaatteessa samalla tavoin. *Strahlin* mukaan tuottamusarvio olisi kuitenkin tehtävä olettaen, että tekijä oli selvä (*Strahl* 1976 s. 176-177).[34] Toisintoimimismahdollisuuteen yleensä vaikuttavista perusteista on laajempi esitys jaksossa 4. Seuraavassa otetaan esille vain *tuottamusarvioinnin kannalta* keskeiset seikat.

1. *Fyysiset ominaisuudet.* Subjektiivisen tuottamusarvioinnin ominta aluetta ovat yksilön fyysiset ominaisuudet. Ruumiinvoimat ja aistien terävyys eivät ole sisällytettävissä objektiivisiin standardeihin, vaan niiden merkitys on arvioitava in casu. Tähän kuuluvat myös sairaudet sekä akuutimmat viat ja vammat (esimerkiksi erilaiset sairauskohtaukset, ks. *Erenius* 1976 s. 192 ss. ja 219 ss.). Invalideilla ja vammaisilla on täysivaltainen oikeus osallistua normaaliin elämän menoon, ja on kohtuutonta vaatia, että he vammansa aiheuttaman riskin kompensoidakseen noudattaisivat kaikessa toiminnassaan yleisesti korkeampaa huolellisuutta (*Strahl* 1976 s. 175 ja *Erenius* 1976 s. 192-194). Vasta milloin fyysisiltä kyvyiltään vajavainen henkilö ryhtyy toimiin, jotka vaativat häneltä selvästi puuttuvia ominaisuuksia, tulee sovellettavaksi Übernahmeperiaate, ja itse toimeen ryhtyminen luetaan hänen syykseen varomattomuutena. Autolla liikenteeseen lähtenyttä näkövammaista ei voi moittia siitä, ettei hän havainnut ajoradalla olevaa lasta, mutta siitä kylläkin, että ryhtyi ylipäätään toimeen, johon hänen kykynsä eivät riittäneet (*Erenius* 1976 s. 194-195 ja 209 ss.).

2. *Hankitut ominaisuudet.* Tieto, taito, kokemus ja koulutus jne. vaikuttavat tekijän mahdollisuuksiin täyttää objektiivisen velvollisuuden vaatimukset. Erityisten ammattiryhmien osalta tämä voidaan ottaa huomioon jo objektiivisen standardin vahvistamisessa. Milloin kysymys on keskimääräisen velvollisuusnormin subjektista, ovat puheena olevat hankitut ominaisuudet ainakin periaatteessa asiaan vaikuttavia.[35]

---

[34] Viittaan tältä osin myöhempään esitykseen (jakso 4.2.).

[35] *Ereniuksen* keräämät oikeustapaukset eri maista tosin viittaavat siihen, että puutteelliset taidot eivät johtaneet vastuun alenemiseen, vaan Übernahme-periaatteen soveltamiseen (ks. *Erenius* 1976 s. 225-229 ja myös *Strahl* 1976 s. 176).

3. *Syyntakeisuussäännöksissä huomioon otetut tekijäpiirteet.* Mielisairaudet, neuroosit tms. *mentaaliset defektit* vaikuttavat niin ikään tekijän mahdollisuuksiin seurata objektiivista huolellisuusnormia (*Erenius* 1976 s. 178-179 ja *Strahl* 1976 s. 176).[36] *Ikä* vaikuttaa huolellisuusvelvollisuuden täyttämiskykyyn jakautuman molemmissa päissä. Tämä on otettu huomioon sekä syyntakeisuussäännöksissä että eri seuraamusten käyttöä koskevissa määräyksissä (Suomessa RL 3:2 ja Ruotsissa BrB 33:4).[37] Korkea ikä voi vaikuttaa etenkin liikennerikosten tuottamusarvosteluun (*Erenius* 1976 s. 188 erit. 191-192 ja 223 ss.).

4. *Tilannekohtaiset olosuhteet.* Tekotilanteeseen liittyvät ulkoiset piirteet vaikuttavat noudatettavaan objektiiviseen huolellisuusvelvollisuuteen (ks. jakso 3.3.1.). Raja subjektiivisiin tekijöihin on jälleen liukuva. Esimerkiksi *tekotilanteessa käytössä oleva aika* voidaan lukea jompaan kumpaan. Joka tapauksessa on selvää, että tekijältä, jolla on enemmän aikaa harkita tekojaan, vaaditaan enemmän kuin päätöksensä paineen alla nopeasti tehneeltä (*Strahl* 1976 s. 179).

d) *Yhteisarvio.*—Törkeysarvostelussa objektiivinen ja subjektiivinen elementti kietoutuvat toisiinsa. Ainesosien erottelu on jo teorian tasolla vaikeaa. Näistä yhteyksistä huolimatta voidaan tuottamusarvostelun ääripäät kuvata seuraavasti. *Lievimmillään* tuottamus on tilanteessa, jossa henkilö ei ole mieltänyt vaaran mahdollisuutta, hänellä ei tähän myöskään, ottaen huomioon fyysiset, hankitut sekä mentaaliset ominaisuutensa ollut juuri kykyäkään (jonkinlainen mahdollisuus täytyy aina olla), eikä ulkoinen tilanne antanut tähän liioin suotavia mahdollisuuksia. Tekijän käyttäytyminen oli lisäksi hyvin lähellä sitä, mitä huolellinen toiminta tilanteessa vahinkojen välttämiseksi vaatii. Tuottamuksen *törkeimmissä* muodoissa tekijä on ottanut *harkitun riskin.* Hän on toisin sanoen mieltänyt oikeudenloukkauksen mahdollisuuden ja pitää sitä jopa verraten todennäköisenä. Mitkään tekijän henkilöön tai teko-olosuhteisiin liittyvät seikat eivät heikennä kykyä tai mahdollisuuksia toimia tavalla, jota riskien välttämiseksi tarpeelliset huolellisuusnormit edellyttävät. Käyttäytyminen - ottaen huomioon riskien vakavuus ja todennäköisyys - poikkeaa jyrkästi siitä, mitä huolellinen toiminta tilanteessa edellyttää, eikä tekijä voi esittää tekonsa puolustamiseksi minkäänlaista sosiaalista justifikaatiota. Tällöin on kyse

[36] Toisaalta tuottamuksellisten rikosten alhaisen sanktiotason vuoksi ei aikaa vieviä ja kalliita mielentilatutkimuksia kannata (mm. prosessiekonomisista syistä) kuitenkaan käynnistää (ks. myös *Erenius* 1976 s. 179 ja 187).

[37] Näiden seikkojen arvostelussa olisi Ereniuksenkin mukaan otettava huomioon myös kysymykseen tulevan rangaistuksen laatu (*Erenius* 1976 s. 187). Aihe otetaan esiin subjektiivisen rangaistuskärsimyksen yhteydessä (ks. jakso IV.D.4.).

törkeästä tuottamuksesta. Uudemmissa säännöksissä on puhuttu samaa tarkoittaen *piittaamattomuudesta* (ks. *Lahti* 1982b s. 149).

Lievää ja törkeää tuottamusta vertailtaessa näyttää siltä, että tuottamuksen asteikollistaminen *lievempään* suuntaan korostaa *subjektiivisia olosuhteita*, kun taas *törkeämpi tuottamus* samastuu *huomattavaan poikkeamaan vaadittavasta objektiivisesta huolellisuusstandardista.* (Objektiivisesti) törkeässä tuottamuksessa on kyse tilanteesta, jossa subjektiivisesti merkittävät seikat *eivät ole* käsillä.[38] Objektiivinen merkitsee tässäkin asiallisesti samaa kuin ankara (vrt. objektiivinen rangaistusvastuu). Tuottamuksen subjektivointi ja yksilöllisten elementtien huomioon ottaminen merkitsee siis käytännössä vastuun helpottamista ihmisen heikkouksien ja vikojen vuoksi, ja on siten sopusoinnussa heikkojen integroimiseen tähtäävän "sosiaalisen rikosoikeuden" kanssa.

1.4. Erehdys ja syyksiluettavuuden puutteet

1.4.1. Lähtökohdat

a) *Vikatmaan suositukset.- Vikatmaa* erotti toisistaan tapaukset, joissa tekijä (a) erheellisesti luulee enentämisperusteen olevan käsillä, (b) ei tiedä todellisuudessa vaikuttavasta enentämisperusteesta, (c) luulee vähentämisperusteen soveltuvan ja (d) ei ole selvillä asiassa vaikuttavasta vähentämisperusteesta (*Vikatmaa* 1970 s. 334 ss). Kirjoittajan mukaan ensin mainitulla erehdyksellä ei ole vaikutusta. Kohdassa b erehtyminen yleisistä enentämisperusteista (uusiminen) ei vaikuta; sen sijaan erityiset enentämisperusteet (rikoskohtaiset raskauttavat asianhaarat) soveltuvat vain, jos tekijä on niistä selvillä. Jos vähentämisperusteen käsilläoloa koskeva virheellinen otaksuma perustuu riittävään huolellisuuteen, oikeuttaa se lievennykseen (kohta c). Sen sijaan tieto vähentämisperusteen olemassaolosta ei ole ehtona sen soveltamiselle (kohta d, ks. tarkemmin *Vikatmaa* 1970 s. 334-335).

Erottelu ei kata kaikkia kysymykseen tulevia tapauksia ja johtaa lisäksi lainmuutosten myötä outoihin lopputuloksiin. Esimerkiksi tietämättään huumeliigan palvelukseen asetettu kuriiri tuomitaan liigoittumista koskevan koventamisperusteen nojalla. Kysymystä onkin tarkasteltava lähemmin.

b) Erehdys ja syyksiluettavuus.—Peittämisperiaatteen kannalta erehdyksessä on kyse siitä, ettei subjektiivinen puoli kata jonkin tiedollisen virheen vuoksi objektiivista puolta (*Strahl* 1976 s. 129 ss.). Erehdysoppi on tavallaan syyksi-

[38] Tämän kanssa on sopusoinnussa mm. saksalaisella kielialueella noudatettu tapa samastaa törkeä tuottamus vaadittavan huolellisuusvelvollisuuden loukkaukseen "in ungewöhnlich grossem Masse" (*Jescheck* 1978 s. 461).

lukemisehtojen kääntöpuoli. Siinä kuvataan miten menetellä, kun syyksiluettavuusehdot eivät kokonaan täyty. Mittaamisessa eräänä lähtökohtana on toisaalta "syyksiluettava vääryys". Objektiivisten faktojen ja subjektiivisten kuvitelmien välillä oleva ristiriita on siten myös täällä ratkaistava erehdystä koskevien sääntöjen mukaan (näin *Bruns* 1974 s. 397 ja *Maurach-Zipf* 1984 s. 516). Näin päädytään mittaamisperusteiden kannalta olennaiseen rajaukseen. *Kyse on vain sellaisten vääryystunnusmerkistöön kuuluvien perusteiden kohtalosta, joihin syyllisyyden tulee syyksilukemissääntöjen mukaan ulottua.* Siltä osin kuin syyllisyyttä ei vaadita (objektiiviset rangaistavuuden edellytykset),[39] ei erehdyksellä edes käsitteellisesti saata olla merkitystä. Samoista syistä rajautuvat rikosopillisen erehdysvaikutuksen ulkopuolelle sekä tekijään liittyvät seikat että teon ulkopuoliset mittaamisperusteet (ks. *Serlachius* 1919 s. 131 ja *Honkasalo* II s. 100).[40] Näissä tapauksissa erehdyksen merkitys ratkaistaan kunkin perusteen omista kriminaalipoliittisista lähtökohdista.[41] Seuraava esitys rajautuu siten jaksoissa B.2. ja B.3. käsiteltävien olosuhteiden - ennenkaikkea teon seurausten[42] - arvottamiseen.

c) Erehdysopilliset lähtökohdat.—Erehdykset jaetaan meillä yleisesti oikeus- ja tosiasiaerehdyksiin (*Majanen* 1976 s. 118 ss. viitteineen). Pohjoismaissa käytetään näiden ohella jakoa aitoon ja epäaitoon oikeuserehdykseen. Lisäksi erotetaan subsumptioerehdys. Sitä vastaa Vikatmaan käyttämä termi soveltamiserehdys (ks. *Strahl* 1976 s. 133, *Vikatmaa* 1970 s. 59). Saksalaisella kielialueella erehdykset jaetaan kielto- ja tunnusmerkistöerehdyksiin (ks. *Jescheck* 1978

[39] Yksittäisistä rikoksista tällä on merkitystä rattijuopumuksessa. Verenalkoholi onkin Norjassa säädetty objektiiviseksi rangaistavuuden edellytykseksi. Asiallisesti samalla kannalla on Suomen oikeuskäytäntö (tosin ilman säädännäistä perustaa, ks. teemasta yleisemmin *Kantola* 1980 passim. erit. s.73—74). Samassa mielessä objektiiviseksi voi vastuun katsoa tilanteissa, joissa tehokkaasti katunut ei saanut muita luopumaan rikoksesta, vaikka oli itse näin kuvitellut (ks. *Honkasalo* II s. 183, *Bratholm* 1980 s. 240 ja myös *Anttila* 1980 s.6, jossa huomautetaan säännöksen seurausvastuisuudesta).

[40] Ajatus lienee myös *Honkasalon* mielessä hänen erottaessaan toisistaan perusteet, jotka vaikuttavat "pelkällä olemassaololla" perusteista, jotka vaikuttavat "tekijän motivaation kautta" (*Honkasalo* II. s. 115). Vastaavasti saksalainen mittaamisoppi puhuu perusteista, joiden olemassaolo rakentuu puhtaasti oikeus- ja kriminaalipoliittisiin näkökohtiin ja perusteista, jotka liittyvät syyllisyysarvosteluun. Vain jälkimmäisissä on tekijän subjektiivisilla käsityksillä ja siten myös erehdyksellä merkitystä (ks. *Warda* 1979 s. 294 ja *Wessels* 1980 s. 108 sekä *Zipf* 1969 s. 127 ja 102).

[41] Tietoisuudella asioiden oikeasta tilasta ei pääsääntöisesti ole merkitystä tai koko ongelma käy absurdiksi.

[42] Esimerkiksi saksalaisen kielialueen mittaamisoppi pohtii erehdystä ensi sijassa teon seurausten kannalta (ks. *Bruns* 1974 s. 396-397, *Frisch* 1972 passim ja *Warda* 1979 s. 286 ss).

s.232 ja 363 ss).[43] Jako oikeus- ja tosiasiaerehdykseen on jäykkä ja nojaa liiaksi otaksumaan faktojen ja normien tiukasta erottelusta. Pyrkimättäkään yleisten erehdysoppien uudelleenmuotoiluun, tarkastellaan erehdyksiä tämän esityksen kannalta paremmin toimivan kolmijaon pohjalta.[44]

a) *Kieltoerehdys* (oikeuserehdys, normierehdys). Henkilö erehtyy menettelynsä lainmukaisuudesta. (Onko liiketoiminta ilman eri lupaa lainvastaista?)

b) *Tosiasiaerehdys* (tosiasioita koskeva tunnusmerkistöerehdys). Henkilö erehtyy tunnusmerkistössä mainitun tosiasian olemassaolosta ja asioiden faktisesta tilasta. (Onko kiväärin tähtäimessä mies vai hirvi?)

c) *Soveltamiserehdys* (subsumptioerehdys). Henkilö subsumoi tuntemansa tosiasiat virheellisesti lakiin, hän toisin sanoen tulkitsee lakia eri tavoin kuin tuomioistuin ja tämä tulkintaerimielisyys perustuu normistoa koskevaan virheelliseen tietoon.

Vaikka luokat liukuvatkin osittain toistensa yli, saadaan näin esiin se ero, joka vallitsee erehtymisessä käyttäytymisen *yleisen lainvastaisuuden* (saako näin tehdä), *tosiasioiden tilan* (mitä oikein on tapahtumassa) ja tosiasioiden *tarkemman oikeudellisen arvottamisen* välillä (täyttääkö todistuskappale "asiakirjan" tunnusmerkit).

1.4.2. Kieltoerehdys (Oikeuserehdys)

a) *Vastuuvapauden ehdot.*—Lähtökohtana on ankara vastuu. Tietämättömyys lain sisällöstä koituu tekijän vahingoksi (ignorantia juris non excusat). Perustelut ovat oikeuspoliittiset. Mahdollisuus vedota laintuntemattomuuteen asettaisi syyttäjän ylivoimaisten näyttövaikeuksien eteen. Jos normistoa koskevat

[43] Kotimainen terminologia on käytössä olevista kehittymättömin (se vastaa tämän vuosisadan alkuvuosikymmenien saksalaista kantaa, ks. *Haft* 1980 s.198 ss). Intoa eri erehdystyyppien systematisointiin on kuitenkin omiaan hälventämään muissa pohjoismaissa herännyt epäily tämänkaltaisen tarkastelun hedelmällisyydestä. Strahl ja Jareborg ovatkin valmiita hylkäämään jaon aitoon ja epäaitoon oikeuserehdykseen (*Jareborg* 1969 s. 255-256 viitteineen ja 1975 s. 127 sekä *Strahl* 1976 s.130 ss). Thornstedt säilyttäisi sen vain pedagogisista syistä (*Thornstedt* 1976 s. 556-557). Kritiikin mukaan on turha konstruoida eri erehdyslajeja ja päätellä tästä teon rangaistavuus. Tämän sijasta olisi etsittävä suoraan tunnusmerkistökohtaisesti tahallisuutta ja tuottamusta. Mikäli rangaistuksen mittaamisen ja teon törkeysarvostelun ongelmat hajautettaisiin tyystin rikoskohtaisiksi, kritiikki voitaisiin tämän teeman osalta hyväksyä. Erehdysopit ovat kuitenkin kiteyttäneet joukon merkitykseltään yleisempiä suosituksia, joiden sovellutustarkkuus vastaa tämän luvun tarkasteluja.

[44] Erehdysoppi osoittaa jälleen kerran, kuinka mittaaminen ". . .ein Wahrer "Mikrokosmos" im Strafrechtsystem ist und wie notwendig ein durchdachtes rechtdogmatisches Gerüst ist, um alle auftauchend Probleme klar erfassen und lösen zu können" (*Zipf* 1969 s. 100).

virheelliset käsitykset johtaisivat vaivatta vastuusta vapautumiseen, ihmisten kiinnostus rikoslakia ja yhteiselämää koskevia säännöksiä kohtaan laimenisi. Yksilön kannalta olisi edullisinta olla tietämättä asioista yhtään mitään (ks. Rikosoikeuskomitea 1976 s. 108, *Bratholm* 1980 s. 252-253, *Thornstedt* 1976 s. 555 ja *Williams* 1983 s. 452).

Ankara vastuu voidaan toteuttaa joko määrittämällä tahallisuuden (ja tuottamuksen) kynnyksen ylittävä tiedon vaatimus niin alhaiseksi, ettei syytetty milloinkaan voi osoittaa olleensa "tietämätön", tai asettamalla raja korkeammalle myöntäen samalla, ettei rajan alittamisella ole vaikutusta.

Honkasalo seuraa ensin mainittua linjaa vaatien ainoastaan, että tekijä "jossakin mielessä" ymmärtää tekonsa aiheuttavan "vahinkoa tai vaaraa toisen tai yhteiskunnan eduille" (*Honkasalo* II s. 106-110). Toisena mahdollisuutena on säilyttää tietoisuuden käsite yleisten ajatustottumustemme mukaisena, mutta katsoa, ettei tällaista tietoisuutta aina vaadita. Todellisen tietoisuuden sijasta tarvitaan vain potentiaalista tietoisuutta. Riittää, kun tekijä *olisi voinut olla* tietoinen teon oikeudenvastaisuudesta. Tällöin hän olisi voinut myös välttää erehdyksen. Potentiaalinen tietoisuus syyllisyyden ja vastuun ehtona on toisin sanoen sama kuin "vältettävissä oleva kieltoerehdys" (StGB 17 §, "vermeidbare Verbotsirrtum", ks *Haft* 1980 s. 104-105). Sen käänteispuolena olisi "anteeksi annettava" tai "epäaito" oikeuserehdys. Vain anteeksi antamaton tai aito oikeuserehdys jäisi siten vaikutusta vaille (ks. Norjan rikoslaki 57 § ja *Bratholm* 1980 s. 250-256 sekä *Strahl* 1976 s. 129). Asiallisesti tämä on merkinnyt vastuun jonkinasteista lieventymistä. Ruotsissa kehitys onkin *Thornstedtin* mukaan kulkenut viime vuosina kohti vapaampaa tulkintaa (*Thornstedt* 1976 s. 558).[45] Myös Vikatmaan selvittämä suomalainen tuomioistuinkäytäntö on eräissä tapauksissa katsonut normierehdyksen (oikeuserehdyksen) sillä tavoin anteeksi annettavaksi, että se perustaa vastuuvapauden. Säännösten uutuus, tulkinnanvaraisuus ja virheelliset viranomaisneuvot tekevät erehdyksen ymmärrettäväksi ja tekijän rankaisemisen kohtuuttomaksi (ks. tapauksia *Vikatmaa* 1970 s. 205 ss). Sama linja on havaittavissa myös uudemmassa oikeuskäytännössä.

> Ratkaisussa KKO 1985 I 2 (ään.)huoltoasemaliikennettä harjoittanut A oli harjoittanut kuljetustoimintaa ilman lain vaatimaa liikennelupaa. Syyte luvattomasta ammattimaisesta moottoriajoneuvoliikenteen harjoittamisesta kuitenkin hylättiin, koska:". . .Oli kuitenkin ilmeistä, että *A oli sanotun toiminnan järjestelyssä luottanut*

[45] Tämä on sikälikin ymmärrettävää, että "ignorantia juris non excusat" periaate muotoiltiin aikana, jolloin rikoslait olivat sisällöltään yksinkertaisia ja heijastelivat jokseenkin suoraan yhteisössä hyväksyttyjä moraalisääntöjä. Mala in se -kriminalisointien suhteen harva voi väittää, ettei ymmärtänyt tekoja kielletyiksi (ks. myös *Williams* 1983 s. 451).

B:n, jolla oli vastaavanlaisia kauppa-asiamiessopimuksia muidenkin alan yrittäjien kanssa, asiantuntemukseen ja että hän oli uskonut menettelevänsä lainmukaisesti kuljettaessaan polttoöljyä kerrotulla tavalla. A:n virheellistä käsitystä lain sisällöstä pidettiin anteeksiannettavana erehdyksenä ja syyte hylättiin."

Hovioikeuskäytännöstä on esimerkkinä ratkaisu KOHO 167/1980, jossa hovioikeus hylkäsi ns. ylikorkotalletuksia koskevan veropetossyytteen perustellen kantaansa seuraavasti: "Asiakirjoista ilmenee, että T:llä ollut varoja talletettuna Säästökassassa ainakin vuodesta 1968 lähtien. Nyt kysymyksessä olevat korot ovat hieman ylittäneet pankkien yleisesti käyttämille pitkäaikaisille talletustileille maksaman koron ja vastanneet suunnilleen obligaatioiden verovapaata korkotuottoa. T:n korkojen ja talletusten ilmoittamatta jättämistä on arvosteltava veroilmoituksen laatimisaikana kansalaisilla . . .olleiden tietojen perusteella. Puheena olevilta verovuosilta 1976 ja 1977 on veroilmoitus pitänyt antaa tammikuun loppuun 1977 ja 1978 mennessä. . .Säästökassojen eräiden talletusten ja korkojen verollisuus on tullut yleisön tietoon vasta näiden ajankohtien jälkeen. Säästökassa ei ole ilmoittanut T:lle hänen talletustensa ja korkojensa veronalaisuudesta. Verohallituksen verovelvolliselle jakaman veroilmoituksen laatimisoppaan (verohallituksen tiedote 87) käyttämä *sanonta "kotimaisten rahalaitosten yleisesti käytettävät talletustilit" on kielellisesti niin vaikea, että T:n ikäisen, lähes 70-vuotiaan henkilön ei voida olettaa ymmärtäneen, että se oli tarkoittanut myös hänen säästökassatalletuksiaan.*"

Molemmissa tapauksissa syytetyllä oli perusteet uskoa menettelynsä lainmukaisuuteen. Ensimmäisessä tällaisena oli sopimuskumppanin asiantuntemus, toisessa viranomaisohjeiden ja käytännön epäselvyys. Jälkimmäisessä vaikutti arviointiin lisäksi iän myötä alentunut subjektiivinen kyky ymmärtää menettelyn juridinen puoli. Vastuusta vapauttaminen on näissä tilanteissa myös rikosoikeuskomitean suositusten mukaista. Komitea ehdottaakin anteeksi annettavan oikeuserehdyksen käyttöön ottoa. Tämä tulisi kysymykseen lähinnä tilanteissa, joissa tekijä "lainsäädännön puuttuvan tuntemisen, uutuuden, vaikeaselkoisuuden tai muun näihin verrattavan syyn johdosta luuli tekoaan sallituksi" (Rikosoikeuskomitea 1976 s. 108).

b) *Vastuun lieventäminen.*—Vaikkei epätietoisuus teon rangaistavuudesta kokonaan vapauttaisikaan vastuusta, saattaa se sitä *lieventää*. Ehdot voidaan tosin eri järjestelmissä ilmaista eri termein: Norjan rikoslain 57 § oikeuttaa rangaistuksen lieventämiseen, milloin erehdys "ei ollut anteeksi annettava", Tanskassa "anteeksi annettava" oikeuserehdys ja Saksan liittotasavallassa "ei vältettävissä oleva" kieltoerehdys oikeuttavat vastuun lievennykseen.[46] Itävallan

[46] Ero Tanskan ja Norjan välillä on vain terminologinen, sillä Tanskan rikoslaki ei tunne muodollisesti käsitettä "vastuusta vapauttava anteeksi annettava oikeuserehdys". Näin muodoin ei ole tarvetta asettaa rangaistusta lieventävälle oikeuserehdykselle ehtoa, ettei se ole "anteeksiannettava". Tanskassa anteeksiannettava oikeuserehdys, joka alentaa tai poistaa vastuun anteeksiannettavuuden asteen mukaan (ks. *Greve* ym 1976 s. 315). Vältettävissä olevan kieltoerehdyksen käsitteestä ks. *Schönke-Schröder* 17 § 11 ja *Jescheck* 1978 s. 370 ss, ks. myös *Lahti* 1974 s. 289 viitteineen.

mittaamissäännöstössä oikeuserehdystä lähentelevä tilanne tunnustetaan niin ikään yleiseksi lievennysperusteeksi (ÖStGB 34 § kohta 12, ks. tarkemmin *Pallin* 1982 s.48—49).[47] Suomessa tämä on otettu huomioon *toimenpiteistä luopumisen* edellytyksissä. Kuten *Lahti* toteaa, "anteeksiannettava tietämättömyys" viittaa jo esitöidenkin mukaan juuri tietämättömyyteen teon rangaistavuudesta (*Lahti* 1974 s. 288 ja 394).[48] Tulkintaa tukevat eräät Lahden teoksessa referoidut ratkaisut (*Lahti* 1974 s. 457-460 mainitut tapaukset).

Viime aikoina ratkaisuja on kertynyt ennenkaikkea ns. ylikorkojutuista.[49] Epäselvyys on näissä koskenut talletusten ja niistä maksettavien korkojen veronalaisuutta.

> Rovaniemen hovioikeuden tapauksessa 608/1980 hovioikeus jätti syytetyn rangaistukseen tuomitsematta alioikeuden mainitsemin perustein: ". . . Kun kuitenkin *syytetty on luku- ja kirjoitustaidoton ja kun asiat syytetyn puolesta on hoitanut hänen miehensä*, joka jo . . . on omalta osaltaan tuomittu rangaistukseen, ja kun on ilmeistä, *ettei syytetty ole käsittänyt allekirjoittaessaan veroilmoituksensa tekoaan*, ja kun rikos on vähäpätöinen ja kun teko on johtunut edellä mainitut olosuhteet huomioon ottaen *anteeksi annettavasta tietämättömyydestä ja ymmärtämättömyydestä* ja kun yleinen etukaan ei vaadi rangaistukseen tuomitsemista. . ."
>
> Ratkaisussa RHO 416/1980 kihlakunnanoikeus jätti vuonna 1905 syntyneen naishenkilön rangaistukseen tuomitsematta, koska: ". . .syytetylle on näin ollen näistä jo vero määrätty ja kun syytetty *vanhana ihmisenä ei ole ymmärtänyt talletusten ilmoittamisvelvollisuutta* ja kun tekoa on pidettävä vähäpätöisenä ja kun yleinen etukaan ei vaadi hänen rangaistukseen tuomitsemista. . ." Hovioikeus pysytti päätöksen kihlakunnanoikeuden perusteluin lisäten vielä erityisesti: "Kihlakunnanoikeuden A:n syyksi lukema *teko on tapahtunut olosuhteet huomioon ottaen anteeksi annettavasta tietämättömyydestä*."

Tuomitsematta jättämiseen oikeuttavan tietämättömyyden edellytyksiä pohtinut *Lahti* korostaa, ettei toimenpiteistä luopuminen aseta yhtä suuria edellytyksiä kuin syyllisyyden kokonaan poistava oikeuserehdys (*Lahti* 1974 s. 394). Samaa logiikkaa voitaneen noudattaa myös siirryttäessä *mittaamisessa vaikuttavaan oikeuserehdykseen*. Sellainen tietämättömyys lain sisällöstä, joka ei riitä tuomitsematta jättämiseen, olisi siis mahdollista ottaa huomioon vielä rangaistuksen ankaruudesta päätettäessä. Seuraavissa tapauksissa erehdys on oikeuttanut *RL 3:5²:n poikkeussäännöksen soveltamiseen*:

[47] Asiasta keskusteltiin myös Ruotsin vankeusrangaistuskomiteassa. Aikaisempiin versioihin sisältynyt säännösehdotus, jonka mukaan ". . .ursäktlig okunnighet om att gärningen var belagd med straff" lieventäisi rangaistusta jäi kuitenkin pois lopullisesta versiosta. Kuten komitea toteaa, tämänkaltaiset kysymykset ovat sidoksissa siihen, kuinka vastuuvapausperusteet yleensä laissa määritetään (ks. SOU 1986:14 s.431).

[48] Strahlin mukaan myös Ruotsin toimenpiteistä luopumissäännöstön eräänä tavoitteena oli luoda mahdollisuus olla rankaisematta tekijää, joka ei tiennyt teon olevan rangaistava (*Strahl* 1976 s. 166).

[49] Tästä käytännöstä ks. tarkemmin esitystä *Lehtonen* 1986 s. 443 ss.

KKO 2770/1976. Sairaalan osastonhoitaja oli kavaltanut haltuunsa uskottuja lääkeaineita 600 mk:n arvosta ja tehnyt lisäksi teon salatakseen potilaskohtaiseen vuosilistaan lääkeannostuksesta vääriä merkintöjä. AO tuomitsi jatketusta virkamiehenä tehdystä kavaltamisesta syytetyn 40 päiväsakon sakkorangaistukseen ja virantoimituseroon ottaen huomioon mm. että "sairaalassa ei hoitohenkilökunnan oikeudesta saada omaan tarpeeseensa lääkkeitä ollut määräyksiä ja hoitohenkilökunta oli yleisesti saanut sairaalasta itseään varten tarvitsemansa lääkkeet ja että rikosta ei tehty hyötymistarkoituksessa". HO korotti rangaistuksen 60 päiväsakoksi. KKO määräsi rangaistukseksi AO:n tuomitsemat 40 päiväsakkoa perusteluin: ". . . N:n syyksi luettavaa tekoa, huomioon ottaen *rikoksen kohteena olleen omaisuuden vähäisen arvon* ja hänen haltuunsa uskottujen *lääkeaineiden käyttämistä koskevien määräysten puutteellisuuden*, on pidettävä lievempänä kuin sitä tekoa, jota rikoslain 40 luvun 7 §:n 1 momentin säännöksessä yleensä tarkoitetaan, ja *virantoimituksesta erottamisen ohella tuomittavaa vapausrangaistusta on sen vuoksi pidettävä kohtuuttoman ankarana seuraamuksena* ja yleinen etukaan ei vaadi vapausrangaistuksen tuomitsemista. . .".

VHO 334/IV/1973. Syytetty A oli yhdessä erään toisen henkilön kanssa hiipinyt B:n hallinnassa olleeseen huvilarakennukseen. AO tuomitsi vanhaa RL 6:1:ta soveltaen kotirauhan rikkomisesta (RL 24:1) 3 kuukautta vankeutta. HO määräsi rangaistukseksi RL 3:5²:n nojalla 30 päiväsakoksi: "Koska A:n seurassa ollut henkilö oli *uskotellut A:lle ja samassa seurassa olleelle neitoselle, että huvila, johon tunkeuduttiin, kuului hänen veljelleen*, ja *koskei noin puolitoista tuntia kestäneestä oleskelusta ollut aiheutunut B:lle, kun A:n tarkoituksena oli ollut vain seurustella huvilassa mainitun neitosen kanssa, vahinkoa tai vaaraa*. . .".

Ensimmäisessä tapauksessa säädännäisen tilanteen epäselvyyden vuoksi oikeus käyttää lääkkeitä oli jossain määrin epäselvä. Teoista aiheutui myös muita seuraamuksia, mikä sekin vaikutti päätökseen. Jälkimmäisessä tapauksessa lievennys perustui osaksi teon vähäisiin seurauksiin.

Mittaamisratkaisuista on vielä esimerkkinä lahjoman ottamista koskeva korkeimman oikeuden tiedonanto 1980 II 73 (ks. myös *Viljanen* 1984 s. 336-337). Siinä KKO otti rangaistusta lieventävänä seikkana huomioon sen, että:

". . .kysymyksessä olevan kaltaiset verovirkamiehiin kohdistuneet kestitykset, joihin oli osallistunut myös korkeassa asemassa olevia verovirkamiehiä, olivat yleistyneet, eikä virkamiehille ollut annettu tarkempia ohjeita suhtautumisesta kestityksiin."

Arvioitaessa oikeus(kielto)erehdyksen vaikutusta mittaamisperusteena on siis huomio kiinnitettävä *erehdyksen syntytapaan ja olosuhteisiin*. On toisin sanoen otettava huomioon *säädännöllisen tilanteen objektiivinen epäselvyys*, vallitsevat *toisistaan poikkeavat tulkinnat ja virallisohjeet*, henkilön *asema* ja sen vaikutus hänen *selonottovelvollisuuteensa* sekä missä määrin hän on pitäytynyt omalla elämänalueellaan. *Subjektiivisessa arvioinnissa* tulee kiinnittää huomio tekijän *kykyyn*, josta antavat viitteitä samat seikat, joihin kiinnitettiin huomio jo subjektiivisen tuottamuksen yhteydessä.[50] Tätä puolta on tunnuttu painotettavan etenkin tuomitsematta jättämisen yhteydessä.

[50] Ks. erit. *Timpe* 1983 s. 242 ss. Kuten vältettävissä olevan oikeuserehdyksen edelly-

c) *Erehtyminen vastuuvapausperusteesta (epäsuora kieltoerehdys).* - Erehtyminen teon yleisestä rangaistavuudesta on rikosoikeuden ydinalueella harvinaista. Tavallisempaa lieneekin erehtyminen niistä edellytyksistä, jotka tekevät periaatteessa kielletyn käyttäytymisen yksittäistilanteessa sallituksi (ks. *Honkasalo* II s. 118 ja *Jescheck* 1978 s. 372, ns. "epäsuora kieltoerehdys"). Jätettäessä syrjään putatiivirikosta koskevat teoreettiset mahdollisuudet (ks. näistä *Majanen* 1976 s. 122-123 viitteineen), jää tarkasteluun kolme tilannetta: (a) tekijä luulee oikeuttamisperusteen olevan käsillä, vaikkei oikeusjärjestys edes tunne tekijän kuvittelemaa perustetta, (b) tekijä erehtyy käsillä olevan oikeuttamisperusteen rajoista ja vaikutuksista, ja (c) tekijä erehtyy oikeuttamisperusteen edellytysten suhteen (luulee piloillaan tehtyä hyökkäystä todelliseksi, ks. näistä *Majanen* 1976 s. 122 ja *Jescheck* 1978 s. 373). Näissä tilanteissa rajat erehdysmuotojen välillä käyvät jo melko epäselviksi. Ensimmäinen viittaa lähinnä "aitoon kieltoerehdykseen". Toisessa on kyse rangaistavuutta sääntelevien normien yksityiskohtaisemmasta soveltamisesta ja subsumptioerehdyksestä. Kolmas on tulkittavissa tosiasioiden "olemassaoloa" koskevaksi tosiasiaerehdykseksi.

Kaksi ensin mainittua ratkeavat suurelta osin jo edellä esitettyjen periaatteiden mukaan. Esimerkkeinä ovat seuraavat oikeustapaukset.

> Tapauksessa KKO 1955/1982 myymäläetsivät ottivat kaksi myymälävarkaudesta epäiltyä henkilöä kiinni myymälän ulko-ovella kysyen "tuliko kaikki tavarat maksettua", jonka jälkeen he tarkastivat sittemmin syyttömiksi osoittautuneiden epäiltyjen ostoskuitin ja ostokset, mihin heillä ei ole lainmukaista oikeutta. Koska menettely loukkasi asiakkaiden kunniaa, vaati syyttäjä rangaistusta solvauksesta. Hovioikeus perusteli hylkäävää päätöstään seuraavasti: ". . .A ja B ovat syytteessä kerrotussa tilaisuudessa saatuaan myymälän henkilökunnalta ilmoituksen myymälässä tapahtuneesta anastuksesta luullen saamiensa tunnusmerkkien perusteella T:tä ja R:ää anastuksen suorittajiksi menetelleet raastuvanoikeuden päätöksessä selostetuin tavoin. A:lla ja B:llä ei tosin ole ollut lakiin perustuvaa oikeutta myymälän ulko-ovella tarttua kiinni T:n ja R:n ostoskärryistä eikä tarkastaa näiden ostoksia, *mutta koska heidän on näytetty, huomioon ottaen heidän tehtävissään saamiensa ohjeiden puutteellisuus, erehtyneen tekonsa loukkaavan ominaisuuden suhteen, tekoa ei sen vuoksi ollut luettava heidän syykseen kunnianloukkausrikoksena*".

Syytetyt siis uskoivat ensinnäkin epäiltyjen syyllistyneen rangaistavaan tekoon. Toiseksi tekijät erehtyivät oikeudesta ottaa epäillyt kiinni ja tarkastaa heidän tavaransa. Ensimmäinen oli tosiasiaerehdys. Se tulee ymmärrettäväksi

---

tyksiä pohtinut Jescheck huomauttaa, tapahtuu arviointi paljolti yleisessä tuottamusarvioinnissa huomioon otettavien kriteerien nojalla (ks. *Jescheck* 1978 s. 370). Samoin kuin tuottamuksessa erehdys, joka oli seurausta piittaamattomasta tai vihamielisestä suhtautumisesta oikeusjärjestykseen ("Rechtsblindheit, Rechtsfeindheit, Leichtfertigkeit") on vaikutusta vailla (mts. 372). Yksityiskohtien osalta ks. *Timpe* 1983 s. 233-274.

syytetyille annettujen harhauttavien tuntomerkkien perusteella. Toinen on oikeuserehdyksen luonteinen. Luullessaan, että heillä on oikeus tarkastaa tavarat, tekijät joutuivat julkisoikeudelliseen hätävarjeluun nojautuen menettelemään tavalla, joka loukkasi epäiltyjen kunniaa. Tämä oikeuserehdys oli anteeksi annettava "huomioon ottaen heidän tehtävissään saamiensa ohjeiden puutteellisuus".

Oikeuttamisperusteen olemassaoloa koskevasta esimerkistä antaa ehkä havainnollisemman kuvan Helsingin hovioikeuden päätös 101/1984:

> Syytetty oli tavannut asianomistajan asuntonsa porraskäytävän valopainiketta rikkomasta ja ottanut tietensä alle 15-vuotiaan asianomistajan kiinni tämän henkilöllisyyden selvittämistä varten tai saattaakseen teon poliisiviranomaisten tutkittavaksi. Tähän hänellä ei syytetyn nuoruuden vuoksi olisi kuitenkaan ollut oikeutta (RVA 23[1] §). Teko jätettiin vähäpätöisenä rikoksena rangaistukseen tuomitsematta: ". . . koska kuitenkin P on toiminut *siinä uskossa, että hänellä olisi ollut mainitun lainkohdan mukainen kiinniotto-oikeus, eikä kiinniotossa ole käytetty muuta väkivaltaa kuin, että T on pakotettu P:n asuntoon, niin ja kun vapauden riisto on kestänyt hyvin lyhyen ajan, P:n rikosta on pidettävä vähäpätöisenä.*"

Erona aikaisempaan tapaukseen on, että tekijä oli tosiasiallisista oloista sikäli selvillä, että tiesi kiinniotetun alle 15-vuotiaaksi. Sen sijaan hän ei tiennyt, ettei kiinniotto-oikeus ulotu alaikäisiin (ks. tarkemmin *Majanen* 1979 s. 173-174 viitteineen). Hän erehtyi oikeuttamisperusteen (jokamiehen kiinniotto-oikeuden) rajoista (RVA 23[1] §:n tulkinnasta). Tämä erehtyminen riitti yhdessä teon ulkoisen vähäpätöisyyden kanssa tuomitsematta jättämiseen.

1.4.3. Tosiasiaerehdys

Klassisen rikosopin mukaan tahallisuuteen kuuluu tietoisuus kaikista objektiivisen puolen seikoista sekä seikoista, "jotka lain mukaan perustavat joko rankaisemattomuuden taikka enennetyn tahi vähennetyn rangaistavuuden" (ks. *Serlachius* 1919 s. 131, *Salovaara* 1948 s. 197, *Honkasalo* II s. 100). Sama pätee soveltuvin osin tuottamusvastuuseen (ks. *Bratholm* 1980 s. 235 ss. erit. 238). Jos tekijä erehtyy jostakin tunnusmerkistöön kuuluvasta rangaistavuuteen vaikuttavasta seikasta ja tämä erehtyminen pohjaa *tosiasioita koskeviin* virheellisiin käsityksiin, ei tahallisuusvaatimus täyty, ja tuottamuksellisestakin rikoksesta rankaiseminen edellyttää erillistä tuottamuskriminalisointia.[51]

Tosiasiaerehdys - eli saksalaisen kielialueen erehdysopim mukaan "deskrip-

[51] Samansisältöisesti mm. Norjan rikoslaki: "Har noen ved foretagelsen av en handling befunnet seg i uvitenhet angående omstendigheten ved dom, der bevinger straffbarheten eller forhoyer straffeskylden, blir disse omstendigheter ikke å tilregne ham" (ks. 42 § ks. myös *Bratholm* 1980 s. 235 ss).

tiivistä tunnusmerkistöseikkaa koskeva tunnusmerkistöerehdys" - poistaa vastuun kokonaan, milloin kyseessä on vastuuehdot konstituoiva tunnusmerkistötekijä, ja lieventää sitä, milloin kyseessä on kvalifioiva seikka. Henkilöä, joka pahoinpitelee vaikeasti sairasta uhria tietämättä tämän sairaudesta, tai joka anastaa asuntomurron yhteydessä tavallisena tauluna jälkikäteen yllättäen satojen tuhansien arvoiseksi mestariteokseksi osoittautuneen taideteoksen, ei voi tulla tuomituksi kvalifioidun asteikon mukaan.[52] —Tilanne mutkistuu olosuhteiden muuttuessa sellaiseksi, että *tekijän tietämättömyys vaatii selityksen*. Katsomme toisin sanoen, että *normaali henkilö olisi näissä olosuhteissa havainnut asian oikean laidan*. Tiedon puutteen perusteella tekijään voidaan kohdistaa tuottamusmoite. Henkilö esimerkiksi murtautuu pienehköön taidegalleriaan tarkoituksenaan tyhjentää näyttelyn kassa. Saaliin jäädessä oletettua pienemmäksi hän anastaa taulun, jonka arvioi 2000 markan arvoiseksi. Myöhemmin osoittautuu, että kyseessä oli satojen tuhansien arvoinen mestariteos. Tähän kysymykseen palataan käsiteltäessä seurausten merkitystä mittaamisperusteena (2.2.3.).

Käänteinen tilanne on mutkikkaampi (henkilö toisin sanoen luulee virheellisesti kvalifiointiperusteen olevan käsillä). Tietoisena taidenäyttelyyn tuodusta arvokkaasta teoksesta tekijä murtautuu kohteeseen ja luulee saaneensa tavoittelemansa taulun. Jälkikäteen teos osoittautuukin suhteellisen arvottomaksi jäljennökseksi. *Honkasalon* mukaan luulo raskauttavan seikan käsilläolosta ei saata koventaa vastuuta (*Honkasalo* II s. 115). Samoin *Vikatmaan* mielestä "enentämisperusteen kuvitteleminen" ei vaikuta rangaistukseen "koska perustetta ei ole olemassa" (ks. *Vikatmaa* 1970 s. 334). Samalla kannalla on saksalaisen kielialueen mittaamisoppi. Mittaamisessa vaikuttaa vain syyksiluettava vääryys. Milloin vääryyspuoli on puutteellinen, on loogisesti mahdotonta rangaista yksin syyllisyyden perusteella. Käsitepäättelyn sijasta ratkaisua on syytä hakea kriminaalipoliittisista näkökohdista. Edellä teon tavoitteita tarkasteltaessa toteutumattomatkin, erityisen vahingolliset tavoitteet katsottiin mittaamisessa merkityksellisiksi. Tämä perustui vaarantamisvastuuseen. On siten oikeutettua ottaa tällainen subjektiivinen ylijäämä huomioon myös mittaamisessa. Se, ettei seurausta ole syntynyt tavoitellussa määrin, vaikuttaa luonnol-

[52] Honkasalo käytti esimerkkinä vanhaa isäntappoa koskevaa kvalifiointia (tästä myöhemmin jakso). Säännöksen soveltaminen edellyttää, että tekijä on tietoinen mainitusta sukulaisuussuhteesta (*Honkasalo* II s. 115). Saksalainen kielialue on tuottanut runsaasti kuvitteellisia ja todellisia oikeustapauksia ongelmaa valaisemaan. Ks. näistä tekstissäkin käytetyistä esimerkeistä mm. *Spendel* 1954 s. 210 ss, *Zipf* 1969 s. 100 ss, *Bruns* 1974 s. 396-397 ja *Maurach-Zipf* 1984 s. 516-517 sekä *Frisch* 1972 s. 322 ss, pohjoismaisista esityksistä ks. myös *Thornstedt* 1976 s. 556 ss.

lisesti arvostelua lieventävästi - hieman sen mukaan, mitkä syyt estivät suunnitelmien toteutumisen (ks. yritystä koskeva myöhempi esitys jaksossa 6.1.).

1.4.4. Soveltamiserehdys

Soveltamiserehdys tarkoittaa tosiseikkojen väärää soveltamista lakiin. Tekijä on selvillä tunnusmerkistön edellyttämistä tosiseikoista, mutta erehtyy niiden oikeudellisen merkityksen arvioinnissa (*Vikatmaa* 1970 s. 59 ja s. 336 ss). Kyse on *oikeudellisesta, ei tosiasiallisesta* virhearvioinnista (*Thornstedt* 1976 s. 556-557). Termien merkityssisältöä koskeva tieto on normi-, ei tosiasiatietoa (*Bratholm* 1980 s. 258, vrt. kuit. *Jareborg* 1969 s. 254). Soveltamiserehdys käsitelläänkin oikeuserehdyksen yhteydessä.[53] Myös tulkintasuositukset noudattelevat samoja linjoja. Soveltamiserehdys- etenkin milloin se koskee tunnusmerkistön rajausta - katsotaan siten pääsääntöisesti vaikutuksettomaksi. Tekijä vastaa toisin sanoen omasta laintulkinnasta virheineen (*Vikatmaa* 1970 s. 217 ja 337-338). Asia voidaan esittää myös niin päin, ettei tahallisuus vaadi tietoisuudelta muuta kuin "paralleelivastaavuutta". Riittää, että käsitteellä on tekijän ja hänen ympäristönsä ajatusmaailmassa samansuuntainen merkitys, kuin minkä tuomari sille antaa ("Parallelwertung in Laiensphäre", *Honkasalo* II s. 105 viitteineen, samoin edelleen *Schönke-Schröder* 16 § 16 ja 15 § 45 sekä *Jescheck* 1978 s. 252). Toisaalta samat olosuhteet, jotka perustivat anteeksiannettavan oikeuserehdyksen, pätevät myös täällä (ks. edellä jaksossa 1.4.2. esitettyä sekä *Vikatmaa* 1970 s. 339).[54]

---

[53] Saksalaisen jaon mukaan subsumptioerehdyksessä on kyse kieltoerehdyksestä (Verbotsirrtum), ja milloin tämä erehdys johtaa uskoon koko teon rankaisemattomuudesta, on sitä myös käsiteltävä normaalina kieltoerehdyksenä (ks. *Jescheck* 1978 s. 252-253 ja tark. *Schönke-Schröder* 15 § 46).

[54] Esimerkkinä vastuusta vapauttavasta soveltamiserehdyksestä Thornstedt mainitsee Ruotsin korkeimman oikeuden ratkaisun NJA s. 240, jossa rattijuoppoudesta syytetty vapautettiin sillä perusteella, että tämä sairaala-alueella lastauskulkuneuvoa (trukki) kuljetaessaan ei ollut oivaltanut, että kuljetusväline on moottoriajoneuvo Ruotsin lain tarkoittamassa mielessä (*Thornstedt* 1976 s. 573-574). Tullakseen tuomittavaksi rattijuopumuksesta tulisi tekijän tahallisuuden siis käsittää myös tunnusmerkistöön kuuluva normatiivinen tunnusmerkistötekijä "moottoriajoneuvo" rikoslain tarkoittamassa merkityksessä. Asetelma mutkistuu niiden oikeusteoreettisten esitysten myötä, jotka todistavat erottelun normatiivisten ja deskriptiivisten tunnusmerkkien välillä keinotekoiseksi. Tunnusmerkistöteoriassa on erheellisesti otaksuttu, että deskriptiiviset tunnusmerkit ovat "jotakin aistein yksiselitteisesti havaittavaa" ("sinnlich Wahrnehmbare", *Jareborg* 1974 s. 186 lähteineen), kun taas normatiivisten tunnusmerkkien sisältö on aina tulkittava. Kun ero normatiivisuuden ja deskriptiivisyyden välillä palautetaan eroon yksiselitteisyys/tulkinnanvaraisuus, häviää jaottelun tarkkarajaisuus. Määrätty epätäsmällisyys vaivaa kaikkia käsitteitämme, ja tunnusmer-

2. Teon vääryyssisältöä I - Seuraukset

2.1. Lähtökohtia

2.1.1. Lainsäädäntö

Rikoslain 6 luvun 1 § säätää ensimmäisiksi mittaamisperusteiksi teon vahingollisuuden ja vaarallisuuden. Vahinko ja vaara mainitaan myös lukuisten tunnusmerkistöjen kvalifiointi- ja privilegiointiperusteina—joko sellaisenaan [55–56] tai nimeämällä tarkemmin arvostelussa huomioon otettava, suojeluobjektin mukaan määräytyvä vahingon laatu.[57] Vaara nimetään törkeysporrastusperusteeksi ennen kaikkea ns. vaarantamisrikoksissa.[58] Sillä voi kuitenkin olla merkitystä myös rikoksissa, joiden rangaistavuus perustuu ensi sijassa konkreettisiin vahinkoihin.[59] Törkeysporrastuksen ohella vahinko ja vaara saattavat li-

---

kit - myös "deskriptiiviset" - ovat aina enemmän tai vähemmän yksiselitteisiä/tulkinnanvaraisia ("montako puuta ryhmään kuuluu ennen kuin se on metsä", ks. *Jareborg* 1974 s. 98-99 sekä s. 235-236 ja *Aarnio* 1975 s. 176 ss). Normatiivisten ja deskriptiivisten tunnusmerkkien sijasta voidaan puhua vain enemmän tai vähemmän tulkinnanvaraisista tunnusmerkeistä (näin *Jareborg* 1974 s. 241, ks. myös sama 1984 s. 87). Ongelma joudutaan tässä jättämään vain viittauksen varaan.

[55–56] Tästä kvalifiointitekniikasta ks. esim. RL 13:3, 28:2, 38:6a² sekä rikoslain ulkopuolisista MeriL 230⁶ §. Aiheutettu vahinko mainitaan privilegiointiperusteena mm. seuraavissa säännöksissä: RL 13:1³ sekä 36:1a, samoin kuin lukuisissa rikoslakiprojektin ehdotuksissa (ks. URL 28:2, 35:2, 36:2, 36:6, 47:7 (kvalifioivia) sekä 28:5, 35:5, 36:3 ja 37:3 (privilegioivia).

[57] Varallisuusrikoksissa määräävänä ovat omaisuusarvot (RL 28:2 ja 3, 29:2 ja 3, 38:11-13 sekä 40:7), väkivaltarikoksissa vammat ja terveydenhaitat (RL 21:6, 21:7), vapaudenriistossa vapaudenmenetyksen kesto (RL 25:9), vahingonteossa eri tavalla arvokkaat ja suojeltavat kohteet (RL 35:1-2, samoin väärennösrikoksissa RL 36:4-7), huumausainerikoksissa huumausaineen määrä ja vaarallisuus (HuumL 3-5² §), ympäristörikoksissa se, missä määrin ja millä laajuudella teko on omiaan turmelemaan esim. vesien pilaantumista (ks. esim. Laki merien pilaantumisen ehkäisemiseksi 11² §) jne.

[58] Vaaran vähäisyys privilegioi mm. murhapolton (RL 34:1³ ja 34:43). Törkeän rattijuopumuksen tunnusmerkistö edellyttää 1.5 ‰:n verenalkoholin ohella, että teko "on omiaan vaarantamaan toisten turvallisuutta (ks. RL 23:2 samoin törkeä liikenteen vaarantaminen, TLL 99 §). "On omiaan" klausuuleista ks. myös RL 34:14a ja 34:14b ilmaliikennekriminalisoinnit.

[59] Henkilön surmaaminen "yleistä vaaraa aiheuttavalla tavalla" saattaa konstituoida murhan (RL 21:2), "hengenvaara" törkeän pahoinpitelyn (RL 21:6), "pakottava hengen tai terveyden vaara" ryöstön tapaisen kiristämisen (RL 31:4³) ja "erityinen vaara" törkeän moottoriajoneuvon luvattoman käyttöönoton (RL 38:6a²). Vastaavasti teosta aiheutuneen vaaran vähäisyys saattaa privilegioida esim. heitteillepanon (RL 21:11²) ja moottoriajoneuvon luvattoman käyttöönoton (RL 38:6a⁴). Eräät ympäristörikokset tulevat myös ankaram-

säksi toimia materiaalisena rikoksen tunnusmerkkinä.[60] Niihin voidaan tämän ohella perustaa toimenpiteistä luopuminen sekä rikesakkolain soveltaminen.

2.1.2. *Käsitteellisiä huomautuksia*

Vahinko voidaan määritellä negatiivisesti arvotetuksi objektissa tapahtuneeksi fyysiseksi (konkreettiseksi) tai ideaaliseksi muutokseksi (näin *Jareborg* 1984 s.174)[61]. Se, millaisesta muutoksesta on kyse ilmenee tunnusmerkistöstä. Vastaavasti vahingon *määrän* arvioinnin lähtökohtana on tunnusmerkistö ja säännöksen suojeluobjektin tulkinta. *Vaaran* määrittely on työläämpää.[62] Vaara viittaa ensinnäkin *tosiasialliseen mahdollisuuteen*, että jotakin tulee tapahtumaan.[63] Kaikkia vahingonmahdollisuuden tuottaneita tilanteita ei kuitenkaan

---

min rangaistaviksi, milloin teot ovat olleet omiaan aiheuttamaan vakavaa vaaraa ihmisen terveydelle (ks. L merien pilaantumisen ehkäisemiseksi 11² § sekä Jätehuoltolaki 37 §).

[60] Esimerkiksi Osakeyhtiölain 16:9 §:n mukaan jää "vähäinen" lain säännösten rikkominen rankaisematta. Vahingon vähäisyys vapauttaa rangaistuksesta myös lainkohdissa RL 33:1⁴, 33:5³ sekä 35:3². Rikoslakiprojektin ehdotukseen sisältyy useampiakin samaa tekniikkaa kuvaavia ratkaisuja.

[61] Vahingon käsitteen syvempi pohtiminen ja sen irroittaminen tunnusmerkistön kuvauksesta johtaa nopeasti filosofisiin perusongelmiin, ja edellyttää mm. senkaltaisten käsitteiden määrittelyä kuten "intressi", "oikeus" ja "loukkaus". Tässä riittää kun toistetaan *Feinbergin* määritelmä vahingosta (harm) "loukkaavan teon tai laiminlyönnin seurauksena syntyneenä suojeltavien intressien tilana" ("states of set-back intrests that are the consequence of wrongful acts or omissions by others", *Feinberg* 1984 s.31 ss ja erit. 215).

[62] Termi saattaa viitata ensinnäkin (a) *tilaan*, johon arvellaan liittyvän jotakin epätoivottavaa (henkilö on "vaarassa"), (b) itse epämieluisaan *seuraukseen* (*hengen*vaara), (c) konkreettiseen *objektiin*, joka uhkaa epämieluisalla seurauksella (keskelle tietä pysäköity auto muodostaa liikenteen vaaran) tai (d) siihen *suhteeseen*, joka vallitsee vaaran perustavan seikan ja uhkaavan epämieluisan seurauksen välillä (esim. juuri *todennäköisyys*, että keskelle katua pysäköity auto aiheuttaa joitakin vahinkoja, ks. tarkemmin *Hoflund* 1967 s.24 ss sekä *Jareborg* 1984 s.160-161). *Majasen* mukaan Suomessa vakiintunut vaarakäsitteen määrittely luonnehtii vaaran "tilaksi, johon ennalta arvioiden (ex ante) liittyy mahdollisuus, että jokin oikeudenloukkaus voi syntyä (ks. *Majanen* 1979 s.44 ja myös *Ellilä* 1974 s.67-69 ja *Honkasalo* I s.106). Määritelmä sisälsi em. komponenteista kolme (kohdat a, b ja d).

[63] Tosiasiallinen mahdollisuus todistetaan osoittamalla, että teon hetkellä t1 teon X ja seurauksen S välille on konstruoitavissa edes yksi mahdollinen kausaalilinja kaiken sen tietämyksemme mukaan, mikä meillä on maailmantilasta ja sen lainalaisuuksista ajankohtana t1 (ks. *Hoflund* 1967 s.40 ja *Jareborg* 1984 s.162). Tällainen mahdollisuus ei välttämättä edellytä asteittaisuutta. Lähinnä kyse on vain siitä, että po. vaihtoehto on otettava/ei ole otettava huomioon. Todennäköisyys tässä merkityksessä viittaa edelleen tiedolliseen (kognitiiviseen) mahdollisuuteen. Se koskee *käsityksiämme* ("ehkä asia on niin") ja todistetaan osoittamalla tiettyjä syitä *uskoa*, että jotakin tulee tapahtumaan (ks. *Jareborg* 1969 s.223-227 ja sama 1984 s.161-164 sekä myös *Koskinen* 1984 s.1126).

ole syytä tulkita rikosoikeudellisesti relevanteiksi vaaratilanteiksi. Toiseksi vaaditaan *todennäköisyyttä* (*Hoflund* 1967 s.33-34 ja 43-44). Seurauksen syntymisen väittäminen todennäköiseksi merkitsee väitettä siitä, että tietyt seikat antavat aiheen *uskoa*, että seuraus S syntyy. Esitettyjen perusteiden voimasta riippuen saatamme pitää seurauksen syntymistä *enemmän tai vähemmän* todennäköisenä. Vaara on siten käsillä, milloin on *sekä mahdollisuus että riittävä todennäköisyys vahingon syntymiseksi* (ks. vielä tarkemmin *Jareborg* 1984 s.166 sekä *Hoflund* 1967 s.49-50).

Näistä *todennäköisyys* voi esiintyä *eri asteisena* (ks. edellä alav. 63). Nämä aste-erot voidaan teknisesti ilmaista käyttäen termejä *konkreettinen* ja *abstraktinen* vaara tai sisällyttämällä lakiin todennäköisempää vaaraa tarkoitettaessa ilmaisu "aiheuttaa vaaraa", ja vähemmän todennäköisen vaaran riittäessä ilmaisu "on omiaan aiheuttamaan vaaraa". Abstraktinen vaara ja "on omiaan" ilmaisu viittaavat siis asiallisesti *vähäisempään vahinkotodennäköisyyteen*. Käytännössä tämä merkitsee, ettei tarvitse uhrata kovinkaan paljoa pohdiskelua ja näyttöä sen selvittämiseen, kuinka vaarallinen tuomittavana oleva konkreettinen teko oli.[64] Riittää, kun siihen *ei liity* sellaisia epätavallisia

[64] Raja abstraktisesta konkreettiseen vaaraan on liukuva. Esimerkiksi *Waaben* määrittelee abstraktisesti vaarallisen rikoksen teoksi, joka *toisissa oloissa olisi ollut vaarallinen* (*Waaben* 1957 s.199 alav.4). Samoin kirjoittaa *Wennberg* abstraktisesta vaarasta: "Farebedömningen grundas på de för situationen företrädevis utmärkande omständigheterna, vilket innebär att man bortser från de övriga, mindre typiska omständigheterna . . . Denna generala bedömning förutsätter att man abstraherar från omständigheter som uteslutit den konkreta faran" (*Wennberg* 1985 s.219). Ajatus on pääpiirteissään tarkennattavissa seuraavasti. Vaara-arvioinnin abstrahointi merkitsee sitä, että tapauksesta valitaan vain muutama piirre, joiden pohjalta yleistetään määrätty tyyppiluokka, jonka vaarallisuus arvioidaan *yleensä oletettavissa olevien olosuhteiden mukaan*. Nämä olosuhteet ja niiden myötä syntynyt vaara presumoidaan, mutta samalla jätetään kuitenkin vastanäytön mahdollisuus. Tämä näyttö tapahtuu osoittamalla, että olosuhteet poikkesivat oletetuista. Jos vastanäytön mahdollisuutta ei ole, on kyse *presumoidusta vaarasta* (esim. RL 23:1, ks. *Koskinen* 1984 s.1123 ss). *Konkreettisessa vaarassa* (yleisesti käytetyn terminologian mukaan) vaaditaan enemmän *tapauksen yksittäispiirteisiin liittyvää vaaranäyttöä* ja jätetään vähemmän yleisten odotusten ja oletusten varaan. Siirryttäessä kohden *abstraktista vaaraa arviointi rakentuu yhä harvemman alkion varaan*. Koska kyse on vain aste- ei laatuerosta, hylkää Jareborg kokonaan abstraktisen vaaran käsitteen (ks. *Jareborg* 1984 s.170 ss). Se, kuinka suurta näyttöä vaaditaan (siis kuinka "konkreettinen" vaaran tulee olla), määräytyy mm. oikeushyvän arvon mukaan (ks. yleisesti *Feinberg* 1984 s.190 ss). Jo esim. *Salovaara* kirjoitti: "Kun on kysymys ihmishengen hukkantumisen uhasta, riittää jo varsin vähäinenkin todennäköisyyden aste leimaamaan teon oikeudenvastaiseksi" (*Salovaara* 1948 s.240). Arvokkaampien oikeushyvien vaarantuminen tulkitaan ts. helpommin konkreettiseksi vaaraksi, kuin vähäisempiä oikeushyviä uhkaava samanasteinen loukkaamistodennäköisyys (ks. myös *Honkasalo* II s.161). Vaara-

piirteitä, jotka tekevät sen ilmiselvästi *vaarattomaksi*. Kriminalisoinnithan rakentuvat todennäköisten olosuhteitten varaan. Jos olosuhteet olivat epätodennäköiset, presumptio pettää, ja on lupa katsoa, että näissä epätodennäköisissä olosuhteissa tehty teko ei yllä sille vahinkotodennäköisyyden asteelle, joka vastaa odotettuja olosuhteita ja joka siis on ollut lainsäätäjällä mielessä hänen tehdessään rangaistusarvopäätöstään. Suhteessa konkreettiseen vaaraan, "on omiaan vaarantamisrikoksissa" on siten asiallisesti kysymys argumentointitaakan jaosta. Konkreettisen vaaran tilanteissa syyllisyysnäyttö vaatii perusteita, jotka puhuvat vahinkotodennäköisyyden puolesta, abstraktin vaaran tapauksessa on rangaistusvastuun välttämiseksi esitettävä perusteita, jotka puhuvat oletettua vahinkotodennäköisyyttä vastaan.[65] Abstrahoinnin aste ja vaadittava vahinkotodennäköisyys ratkeavat tunnusmerkistöstä riippuen in casu.

Puhuminen *vakavasta ja vähemmän vakavasta* vaarasta saattaa todennäköisyyden ohella viitata myös odotettavien seurausten *laatuun ja laajuuteen*. Näin siksi, että termin vaara eräs merkityssisältö liittyy juuri niihin *seurauksiin itsessään*, joiden arvellaan teosta mahdollisesti koituvan (ks. edellä alav. 62). Tässä mielessä siis hengenvaara on "vakavampi" kuin terveydenvaara (kielellisesti "suuri" vaara tuntuisi viittaavan todennäköisyyteen ja "vakava" vaara seurauksen laatuun). Vaara viittaa mittaamisperusteena siten paitsi *todennäköisyyteen*, myös odotettavissa olevien seurausten *laatuun ja laajuuteen*.[66]

2.1.3. Seurausten arvottamisen kriminaalipoliittiset lähtökohdat

a) *Haitallisuus ja käyttäytymisen kontrolloitavuus*. —Rangaistuksen kytkeminen teon seurauksiin on johdettavissa rikoslain yleisestä tehtävästä - haitallisen käyttäytymisen ehkäisemisestä. Mitä suurempi syntynyt vahinko on, sitä haitallisemmasta käyttäytymisestä on kysymys, ja sitä tärkeämpää on estää vastaavien tekojen toistuminen. Tähän taas pyritään rangaistusuhkaa kohottamalla. Vaikka siis vakaviin seurauksiin johtaneiden rikosten ankarampi rankaiseminen koetaan ensisijaisesti oikeudenmukaisuuden vaatimaksi, nojaa mittaamisperiaatteen viimekätinen justifiointi siten yleispreventiivisiin syihin.[67]

tunnusmerkin tulkinnasta erityisesti tieliikennerikoksissa ks. myös *Lahti* 1982a s.49—51 ja sama 1982b s.141—143.

[65] Tällä ei tietenkään ole vaikutusta prosessuaaliseen näyttövelvollisuuteen ja siihen, että syyttäjän on näytettävä syyte toteen. On vain kyse siitä, että abstraktisen vaaran tapauksessa syyttäjä on vähemmällä vaivalla esittänyt vaadittavan näytön.

[66] Anglosaksisessa kirjallisuudessa tälle yhteiskäsitteelle (vahingon suuruus + todennäköisyys) esitetään varattavaksi termi "riski" (ks. *Feinberg* 1984 s.191).

[67] Näin myös *Bratholm* 1980 s. 593, myös *Nousiainen* nimeää objektin arvon sovituksen ja yleisprevention vaatimaksi mittaamisperusteeksi, *Nousiainen* 1961 s. 122.

Kontrolloitavuuden liittäminen arvosteluun tuo mukanaan kuitenkin eräitä lisäehtoja. Siltä osin kuin vahinko on ollut seurausta ulkoisista tekijöistä, joihin ei rikoslailla kyetä vaikuttamaan, ei myöskään rangaistusuhkien manipulointiin löydy perustetta. Toisaalta, mitä helpompaa tämä vaikuttaminen on ja mitä varmemmin käyttäytymisen voidaan olettaa johtavan vahinkoseuraukseen, sitä ankarammaksi on vastuu asetettava. Nämä näkökohdat tulisi ottaa huomioon myös vastuunjaon periaatteita tarkemmin muotoiltaessa. Vahinkojen suuruus (haitallisuus), todennäköisyys (vaara) ja kontrolloitavuus (syyllisyys) vaikuttavat kaikki samanaikaisesti vastuun määrään (teon rangaistusarvoon), joskin niiden välinen suhde on paikoin pulmallinen.

b) *Rikosoikeuskomitea ja "Inhimillisen käyttäytymisen vahinkotodennäköisyyttä lisäävä luonne"*. —Erään lähtökohdan tarjoaa rikosoikeuskomitean tapa asettaa vastuun mitaksi konkreettisen vahinkoseurauksen sijasta "inhimillisen käyttäytymisen vahinkotodennäköisyyttä lisäävä luonne". Komitea kirjoittaa asiasta: "Mitä varmemmin käyttäytymisen voitiin olettaa johtavan vahinkoseuraamukseen sitä moitittavampaa se on; ääritapauksissa vahingon tahallinen aiheuttaminen" (*Rikosoikeuskomitea* 1976 s. 59).[68] Mitä tarkemmin kykenemme erittelemään kausaaliketjuja, sitä tarkemmat arviot vahinkojen todennäköisyydestä on mahdollista esittää. Rikosoikeuskomitea lähtee siitä, että tällainen kyky on merkittävästi lisääntynyt. Voimme mieltää yhä etäisempiä syy-seuraussuhteita. Tämä johtaa vaarantamisvastuuseen, sillä mikäli tekijä mieltää yhä kaukaisempia syy-seuraussuhteita, on hänen mahdollista ymmärtää vahinkoon mahdollisesti johtaviksi entistä helpommin sellaisetkin teot, jotka eivät aina päädy konkreettiseen seuraamukseen (Rikosoikeuskomitea 1976 s.49). *Ulkopuolinen arviointi* johtaa siihen, että tällaisia tekoja on perusteltua pitää haitallisina - tiedämme, että niistä saattaa seurata vahinko. Teko voidaan pitää siis "objektiivisestikin" aiempaa *vahingollisempana. Tekijän oman tiedon* lisääntyminen johtaa siihen, että hänkin entistä tarkemmin mieltää myös välilliset syysuhteet, hänen syyllisyytensä kattaa siis kaukaisemmatkin kausaalitekijät vastuuta perustavalla tavalla. Paitsi haitallinen (riskin sisältävä), tällainen vain vaaran mahdollisesti tuottava teko on myös paheksuttava. Se osoittaa ts. myös *suurempaa syyllisyyttä*.[69]

---

[68] Jälkimmäinen lisäys on sikäli pulmallinen, että tahallisuus liikkuu eri akselilla kuin seurausten haitallisuus.

[69] Kyse on vaarantamisvastuusta sikäli, että näin ulotetaan vastuu koskemaan sitä *vaaraa*, jonka tekijä on oivaltanut. Kyse on *syyllisyysvastuusta* sikäli, että rankaiseminen pohjaa vaaran *mieltämiseen*. Kun tässä on lisääntyneen ymmärryksen kautta tapahtunut muutos, merkitsee se samalla syyllisyysvastuun alan kasvua. Lisääntynyt syysuhteiden tajuami-

Jos lisääntynyt syysuhteiden tajuaminen on ulottanut syyllisyyden myös entistä kaukaisemmaksi siinä mielessä, että pelkkä vaaran aiheuttaminen riittää, olisi kuitenkin samalla loogista edellyttää entistä laajempaa vastuuta myös niiden *vahinkojen* aiheuttamisesta, joihin johtaneet kausaaliketjut tekijä on entistä paremmin oivaltanut. Syysuhteiden lisääntynyt ymmärrys kasvattaa paitsi syyksiluettavien vaaraseuraamusten, myös syyksiluettavien vahinkojen alaa. Ero vaarantamis- ja vahinkovastuun välillä on tietysti mahdollista tehdä vain ex post. Ex ante kaikki vastuu on vaarantamisvastuuta (seurauksen syntyminen ei milloinkaan ole täysin varma).

c) *Syyllisyysvastuu ja seurausvastuu.* — Vain syyksiluettavat seuraukset on lupa ottaa mittaamisessa huomioon. Tämän *syyllisyysvastuuperiaatteen* tarkempi sisältö ratkeaa syyksiluettavuussääntöjen nojalla (ks. edellä jakso B.1.).

Syyllisyysvastuun vastakohtana on *seurausvastuu*. Se merkitsee vastuuta sellaisesta vahingosta tai vaarasta, jota tekijä ei havainnut, eikä hänen olisi pitänytkään havaita. Tällaisen vastuuperiaatteen tueksi ei voida esittää kriminaalipoliittisia tarkoituksenmukaisuussyitä. Täysin tapaturmaisia seurauksia aiheuttavaa käyttäytymistä joko ei voi lainkaan rangaistuksin ohjata, tai sitten tällaisen ohjauksen kustannukset muiden haittavaikutusten myötä käyvät niin suuriksi, ettei rankaiseminen laajempien rationaliteettinäkökohtien valossa ole järkevää. Yleisö, jolle tämä logiikka ei ole selvillä ja joka ei kykene erittelemään sattumanvaraisia ja arvattavia kausaaliketjuja oikeusistuimen tarkkuudella, puoltaa arvattavasti verraten laajaa seurausvastuuta. Näiden vaatimusten noudattamiseen on mittaamisessa perusteita vain siltä osin kuin uskotaan seurausvastuun kieltämisen vakavasti heikentävän yleisön luottamusta oikeuslaitokseen. Ottaen huomioon, että tuomioistuimella on aina mahdollisuus tuoda esiin ne syyt, joiden vuoksi sattumanvaraisia seurauksia ei ole otettu huomioon - ja näin voittaa myös yleisön tuki tehdylle ratkaisulle - on seurausvastuun justifikaatio "sovitusajatukseen perustuvana käytännön realiteettina" sikäli heiveröisellä pohjalla, että on hyvät syyt pyrkiä muuttamaan niitä käsityksiä, joista sovitusvaatimukset kumpuavat. Tiedon levittäminen siitä, minkä vuoksi tietyn seurauksen rankaisemisesta on luovuttu (siihen ei kuitenkaan olisi voitu vaikuttaa), tai minkä vuoksi tietty käyttäytyminen on seurausten syntymättä jäämisestä huolimatta johtanut rangaistukseen (oli sattumasta kiinni, ettei vahinkoa syntynyt, seuraavalla kerralla tilanne todennäköisesti olisi toinen), otaksuttavasti vähentää yleisön seurausvastuisia rangaistusvaatimuksia.

---

nen on laajentanut sitä alaa, jolle vastuu ulottuu. Syyllisyyden piiriin on luettu nyt sellaiset kausaalitekijät, jotka aikaisemmin jäivät tietoisuuden ulkopuolelle.

2.2. *Seuraukset ja syyksiluettavuus*

Syyksilukemisen perussäännöt käytiin läpi jo edellisessä pääjaksossa. Erehtyminen teon seurauksista kuului siellä lähinnä tosiasiaerehdyksen piiriin, ja viittaan tältä osin jo aiemmin esitettyyn. Syyksiluettavuuden ja seurausten alueella vaikuttavien komponenttien (tahallisuus/tuottamus sekä vastaavasti vahinko/vaara) erilaiset yhdistelmät johtavat erehdystilanteiden ohella myös eräisiin yleisempiin arvostusongelmiin.

2.2.1. *Vahinko ja vaara erityisesti tahallisten rikosten moitearvostelussa*

Vaaran mainitseminen RL 6:1:ssä rinnan vahingon kanssa asettaa nämä mittaamisperusteet ainakin muodollisesti yhtäläiseen asemaan. Rikoslain 6 luvun esitöissä todetaankin, kuinka "rikosoikeudellisessa ajattelussa on voittamassa alaa käsitys, jonka mukaan vaaran aiheuttaminen on teon rangaistavuutta arvioitaessa rinnastettava vahingon aiheuttamiseen" (HE 125/1975 II vp.s.9). Rikosoikeuskomitea taas olisi valmis asettamaan vaaran jopa vahinkoa painavammaksi mittaamisperusteeksi. Niinpä se esittää, ettei rangaistusta ruumiinvamman tuottamuksesta mitattaessa olisi "kiinnitettävä niinkään paljon huomiota aiheutetun vamman laatuun, kuin siihen, miten vaarallisena huolimattomuutta tai varomattomuutta oli pidettävä tekotilanteessa" (HE 125/1975 II vp.s.9, ks. myös Rikosoikeuskomitea 1976 s.269-270 sekä seuraavan johdosta myös *Koskinen* 1984 s.1132-1133).

Esitys voidaan hyväksyä tietyin varauksin tuottamuksellisia rikoksia koskevaksi (tältä osin tarkemmin seuraavassa jaksossa). Tahallisiin rikoksiin sovellettuna ajatus johtaa kuitenkin vaikeuksiin. Nämä ongelmat saadaan esille esimerkiksi vertaamalla tahallista hengenvaaran aiheuttamista ja tappoa. Molempiin liittyy määrätty seuraus (kuolema/hengenvaara), jonka tulee olla tekijälle tahallisena syyksiluettava. Tahallisuuden eräänä olennaisena sisältönä on tieto (usko) seurausten todennäköisyydestä. Tuo riittävä todennäköisyys voidaan esitysteknisistä syistä olettaa tässä vaikkapa 75 prosentiksi. Kyseessä on tappo, jos tekijä arvioi kuoleman todennäköisyyden 75 prosentiksi, ja vastaavasti hengenvaaran aiheuttaminen, jos tekijä arvioi teosta 75 prosentin todennäköisyydellä seuraavan hengenvaaran. On kuitenkin vielä määriteltävä, mitä hengenvaaralla tarkoitetaan. Vaara rikosoikeudellisessa merkityksessä viittasi aina määrättyyn vahinkotodennäköisyyteen, joka tässä edelleen esitysteknisistä syistä voitaisiin arvioida pienimmillään vaikkapa 10 prosentiksi. Jos moitittavuuden mitaksi asetetaan rikosoikeuskomitean edellyttämin tavoin vahinkotodennäköisyyden aste (todennäköisyys, jolla teosta seuraa kuolema), on sel-

vää, että tappo on vaaran aiheuttamista moitittavampi. Siinä käyttäytymiseen liittyi 75 prosentin todennäköisyydellä kuoleman mahdollisuus, hengenvaaran aiheuttamisessa tuo todennäköisyys oli 10 prosenttia.

Kun intuitiomme suhtautuu torjuvasti ajatukseen rinnastaa vahinko ja vaara täysimääräisesti toisiinsa (ks. *Koskinen* 1984 s.1133 ja *Lappi-Seppälä* 1977 s.121), on tuon epäilyn taustalla rationaalinen ydin. Olettaen, että syyksilukemisehdot vastaavat toisiaan, *on vahinkoon johtava käyttäytyminen suojattavien etujen kannalta vaaraa aiheuttavaa käyttäytymistä haitallisempi.*[70] Onkin muistettava, että konseptio "käyttäytymisen *vahinkotodennäköisyyttä* lisäävä luonne" viittaa *kahteen* komponenttiin. Paitsi, että kyse on tietystä *todennäköisyysarviosta* ja käyttäytymisen arvottamisesta tältä kannalta, on kyse samalla *määrätyn negatiivisen lopputilan arvottamisesta.* Tämä sisältyy jo vaaralle arkikielessä annettuun merkityssisältöön. *Vakavana* pidetään *paitsi todennäköistä*, myös *arvokkaisiin oikeushyviin* kohdistuvaa vaaraa.[71]

Seurauksen huomioon ottaminen törkeysarvostelussa ei mitenkään implikoi seurausvastuuta edellyttäen, että syyllisyysvaatimuksesta pidetään kiinni. Sen sijaan voi kysyä, eikö vahingon käyttäminen tunnusmerkistöperusteena ja säännöksen soveltamisen ehtona johda siihen, että *vahinkoon päättymättömät* teot jäävät *seurausvastuisesti vastuusta vapaaksi* tai lievemmin kohdeltaviksi. Tuomioistuin on tässä sidottu ex post arviointiin, ja ex ante hyvinkin vaarallinen menettely voi sattumalta jäädä seurauksitta. Jos tuo seuraus on rankaisemisen ehto, jää teko myös rangaistuksetta.

Tätä epäkohtaa lieventää yrityksen rankaiseminen. Tässä tuomioistuimella on mahdollisuus ottaa huomioon myös tilanne ex ante. Asteikon alentaminen neljänneksellä ei sekään kavenna todellista harkinta-aluetta.[72] Epäkohta jää kuitenkin vaikuttamaan tilanteissa, joissa rikoksen yritys ei ole rangaistava.

> Esitetyn perusteella on selvää, että tuomioistuimet voivat -ja näiden tulisikin - ottaa menettelyn vaara huomioon myös vahinkoon perustuvissa kriminalisoinneissa. Tämä todetaan myös suoraan mittaamissäännöstön esitöissä (HE 125/1975 II vp.s.9). Jo tunnusmerkistön perusteella tähän on lupa kriminalisoinneissa, joiden kvalifiointi nojaa "on

[70] Sitä paitsi vahinko on usein käytännössä paras ja luotettavin indisio siitä, että käyttäytyminen todella on vaarallista, ks. *Koskinen* 1984 s.1139.

[71] Asian voi tiivistää esim. *Feinbergin* muotoilemaan formulaan: ". . .the greater the probability of harm, the less grave harm need to justify coercion; the greater the gravity of the envisioned harm, the less probable it need be" (*Feinberg* 1984 s.191).

[72] Tästä huolimatta voi rikosoikeuskomitean tavoin suosittaa yrityksen rankaisemista in abstracto yhtä ankarasti täytetyn rikoksen kanssa (ks. Rikosoikeuskomitea 1976 s. 122).

omiaan'' ilmaisuihin. Sama pätee myös kääntäen. Vaarantamisrikosten arvostelussa on siis lupa ottaa huomioon suojatuille oikeushyville aiheutuneet konkreettiset vahingot silloin, kun ne eivät tule huomioiduiksi ideaalikonkurrenssia koskevien sääntöjen mukaan (samalla kannalla saksalaisella kielialueella mm. *Schönke-Schröder* 46 § 19, *Hirsch* LK 46 § 54 sekä *Bruns* 1974 s.400-401 ja sama 1980 s. 126). Selvää on edelleen, että abstraktisen vaarantamisrikoksen yhteydessä voidaan kiinnittää huomio myös konkreettisen vaaran aiheutumiseen (näin myös *Nousiainen* 1961 s. 274).

2.2.2. *Seurausten asemasta erityisesti tuottamuksellisten rikosten arvostelussa*

Seurausten huomioon ottaminen tuottamuksellisten rikosten törkeysarvostelussa on eräissä esityksissä tulkittu osoitukseksi seurausvastuun säilymisestä (näin esim. *Andenaes* 1974a s.413). Kannanmääritykseen vaikuttaa kuitenkin ratkaisevasti se, kuinka tuottamuksellisen rikoksen olennaiset ainesosat ja siis myös moitearvostelun kohteet jäsennetään. Jos tuottamuksellisten rikosten vääryyssisältö on ennen kaikkea *kielletyssä riskinotossa*, ei moitearvostelun ytimenä ole niinkään, että tekijän olisi tullut välttää teosta aiheutunut nimenomainen seuraus vaan se, että tekijän olisi tullut noudattaa sitä normia, joka oli vahvistettu tämäntyyppisten vahinkojen estämiseksi yleisesti. Seurausten merkitys on siten ensisijaisesti siinä, että niiden *todennäköisyys ja laajuus otetaan huomioon päätettäessä huolellisuusvelvollisuuden määrästä ja sisällöstä*. Tässä mielessä seurausten—tai itsetiedottomassa tuottamuksessa niiden mahdollisuuden—tuli olla tekijälle ennakoitavissa (ks. *Strahl* 1976 s.193). Tuottamuksellisissa rikoksissa *ei siten tulisi arvostella syntyneitä, vaan ennakoitavia seurauksia*.

Mielipiteet todellisuudessa syntyneiden seurausten merkityksestä poikkeavat jossain määrin myös saksalaisella kielialueella. Finalistit ja henkilöllisen vääryysopin puoltajat pitävät toteutunutta seurausta vain tuottamuksellisten rikosten objektiivisena rangaistavuuden edellytyksenä (ks. *Jescheck* 1978 s.458 av.18 mainitut lähteet). Vastakkaisen kannan (esim. Jescheck) mukaan teko ja seuraus ovat myös tuottamuksellisissa rikoksissa kiinteä kokonaisuus ja molemmilla olisi moitearvostelussa myös itsenäinen merkitys. Jescheckin perustelut eivät välttämättä osoita syitä sille, miksi seuraukset tulisi ottaa huomioon ohi sen merkityksen, joka niille annetaan toimintavääryyden arvostelussa. Erityisesti vaarantamisrikoksissa erillisen seuraustunnusmerkin käyttö johtaisi outoon kaksinkertaisen vaaran konstruointiin. Ensimmäinen viittaisi vaaraan, jonka täytyy olla käsillä, jotta kyse olisi vaadittavasta huolellisuusvelvollisuu-

den loukkaamisesta, toinen taas viittaisi huolellisuusvelvollisuuden rikkomisella teko-objektille tuotettuun vaaraan (ks. *Jescheck* 1978 s.472).[73]

Kyse on lopulta pikemminkin systematiikasta kuin reaalisia oikeusvaikutuksia heijastelevista valinnoista. Seuraukset voidaan ottaa huomioon joko huolellisuusvelvollisuuden määrää vahvistettaessa, jolloin vakavat ennakoitavissa olevat vahingot korottavat tuota velvollisuutta ja lievät vastaavasti alentavat, tai sitten ne voidaan ottaa huomioon ennakoitavissa olleina seurauksina. Pääasia on, että molemmissa tapauksissa noudatetaan syyksilukemissääntöjä. Seurausten merkitys tuottamuksellisten rikosten törkeysarvostelussa ei ts. välttämättä merkitse seuraushakuisuutta.

2.2.3. Tahalliset rikokset ja tuottamukselliset seuraukset

Syyllisyysperiaate vaatii, että mittaamisessa on lupa ottaa huomioon rikoksen seurauksista vain ne, joihin tekijän syyllisyys on ulottunut.[74] Tahallisissa rikoksissa edellytetään tämän mukaan, että tekijä on pitänyt aiheutuneita seu-

[73] *Jescheck* esittää kantansa tueksi seuraavat perusteet: (1) teko ja seuraus ovat tiukasti sidoksissa toisiinsa ja ne tulee nähdä yhtenä kokonaisuutena, (2) käyttäytymisnormin ensisijaisena tehtävänä on suojata määrättyjä objekteja ja suojeluobjektille aiheutuva vaara määrää vaadittavan huolellisuusvelvollisuuden, (3) huolellisuusvelvollisuuden loukkauksen on tullut vaikuttaa seurauksen syntyyn, (4) seuraukselta vaaditaan, että se oli tekohetkellä ennakoitavissa ja (5) seuraus ei määrää yksin onko rangaistava, vaan myös minkä vuoksi (*Jescheck* 1978 s.472). On vaikea ymmärtää mikä näissä perusteissa johtaa päättelemään, että seuraus tulisi vielä senkin jälkeen ottaa huomioon, kun sen vakavuus ja todennäköisyys ovat määränneet objektiivisen huolellisuusvelvollisuuden asteen ja siis toimintavääryyden vakavuuden.

[74] Syyllisyyteen kuulumattomat seuraukset on melko pitkään hyväksytty myös pohjoismaisessa oikeuskäytännössä ja osin myös kirjallisuudessa legitiimeiksi mittaamisperusteiksi (ks. käytännöstä erit. *von Eyben* 1950 s.226-227 ja *Andenaes* 1974a s.413-414). Viimeaikaiset esitykset tosin hylkäävät menettelyn seurausvastuisena (ks. jo *von Eyben* 1950 s.282-285, *Andenaes* 1974a s. 414 sekä erit. *Bratholm* 1980 s.593). Oikeusvertailusta mainittakoon Model Penal Code 7.01, joka hyväksyy mittaamisperusteiksi vain seuraukset, joita tekijä on joko tavoitellut, tai joiden suhteen hän on ottanut tietoisen riskin (intended, knowingly risked, ks. *Cross* 1981 s.157-158). Oikeuskirjallisuuden kritisoima käytäntö tosin hyväksyy ainakin Englannissa myös tapaturmaiset vahingot mittaamisperusteiksi (ks. *Hood* 1972 s.130-135, *Thomas* 1979 s.83-85 ja erit. *Ashworth* 1983 s.153-156 sekä 203-204). Saksalaisella kielialueella seurausvastuu hyväksyttiin yleisesti vielä 1930-1940-luvuilla (ks. kannanottojen kehityksestä yleensä *Bruns* 1974 s.392 ss. ja sama 1980 s.130-131). Tällä hetkellä Saksan liittotasavallassa kiistellään lähinnä siitä, riittääkö tuottamusvastuu tahallisissa rikoksissa (ex analogia StGB 18 §) vai vaaditaanko viimeksi mainituissa tahallisuusvastuuta (ex analogia StGB 16 §). Vallitsevaksi on sittemmin muodostunut tekstissä esiteltävä oppi tahallisiin seurausrikoksiin liittyvästä vaaratilanteesta ja sen konkretisoitumisesta (ks. teksti yllä ja keskustelusta *Spendel* 1971 s.216, *Horstskotte* 1970 s.125, *Hirsch* LK 46 § 57, *Horn* 46 § 68, *Dreher* 46 § 23 sekä *Schönke-Schröder* 46 § 26).

rauksia vähintään huomattavan todennäköisinä. Kun toisaalta tuottamuskin ilmentää määrättyä syyllisyyttä, voi kysyä, *olisiko tahallisten rikosten arvostelussa lupa ottaa huomioon myös tuottamukselliset seuraukset*. Saksan liittotasavallan mittaamisopin vallitsevan kannan mukaan po. seuraukset on lupa ottaa arvostelussa huomioon, mikäli ne ovat realisoituneet tahallisille seurausrikoksille tyypillisestä, niihin yleisen elämänkokemuksen mukaan liittyvästä vaaratilanteesta. Edellyttäen, että tekijä on havainnut vaaratilan syntymisen, on sen pohjalta realisoitunut vahinko siis lupa ottaa mittaamisessa huomioon tuottamuksellisenakin (ks. *Frisch* 1972 s.321 ss, *Jescheck* 1978 s.710 ja *Bruns* 1980 s.136).

Tilanne tuottaa harvemmin ongelmia niin kauan kuin kyse on perustunnusmerkistön alaan kuuluvista (suojeluobjektin suuntaisista) seurauksista. Kun tuottamusta varten on normaalisti säädetty omat tunnusmerkistöt, voi niihin tarpeen vaatiessa turvata ideaalikonkurrenssia koskevia sääntöjä noudattaen. Jatkokysymys kuuluu tällöin: onko lupa ottaa tuottamuksellisesti aiheutettu seuraus huomioon myös silloin kuin tuottamuksellisen rikoksen soveltamiskynnys ei aivan täyty?

Ongelmaa havainnollistaa KOHO:n päätös 1399/1983. Sen mukaan ''ruumiinvamman tuottamusta, kun tuon vamman tahallinen aiheuttaminen olisi sisältänyt A:n viaksi luettuun pahoinpitelyyn, ei ollut pidettävä sanotun pahoinpitelyn lisäksi erikseen rangaistavana tekona''. Päätöksestä voitaneen päätellä, että vasta kun vamman aste olisi tahallisesti aiheutettuna riittänyt törkeätä pahoinpitelyä koskevan säännöksen soveltamiseen, olisi ollut syytä tuomita yksin teoin tehdyistä tavallisesta pahoinpitelystä ja vähäistä vaikeamman ruumiinvamman tuottamuksesta. Muussa tapauksessa ruumiinvamman tuottamus ja pahoinpitely olivat lainkonkurrenssissa. Tämä ei kuitenkaan nähdäkseni estä lievempienkin tuottamuksellisten vammojen huomioon ottamista mittaamisperusteina. Kyse on jälleen vain Grenzwert-logiikan soveltamisesta suhteessa ideaalikonkurrenssi/lainkonkurrenssi. *Kaikkia* tuottamuksellisia vammoja ei tietenkään tule ottaa huomioon; jossakin kohdassa kulkee raja. Tapaukset muodostavat jatkumon vähäisistä tuottamuksellisista seurauksista, jotka eivät vielä vaadi huomiota osakseen, vakavampiin seurauksiin, jotka tulee tahallisten rikosten yhteydessä ottaa huomioon tuottamuksellisinakin - ensin lainkonkurrenssissa olevina ja sen jälkeen ideaalikonkurrenssia koskevien sääntöjen mukaan. Tällaisten seurausten merkitystä arvioitaessa on tietysti pidettävä mielessä lievempi syyksiluettavuus. Niinpä esimerkiksi samanasteisten tahallisten ja tuottamuksellisten vammojen painoarvossa tulee olla olennainen ero (ks. myös mitä sanotaan seuraavassa alaviitteessä).

Tilanne mutkistuu, jos *seuraukset eivät enää kuulu tunnusmerkistön ydinalueeseen.* Etenkin Saksan liittotasavallan oikeuskäytäntö ja -kirjallisuus ovat melko yleisesti hyväksyneet tunnusmerkistöön kuuluvien seurausten ohella myös *tunnusmerkistön ulkoiset seuraukset* mittaamisperusteiksi (ks. *Schönke-Schröder* 46 § 19, *Hirsch* LK 46 § 51, *Frisch* 1972 s. 321, ja *Jescheck* 1978 s. 709). Tällaisina oikeuskäytännön hyväksyminä perusteina ovat olleet mm. pakottamista seurannut uhrin kuolema sekä petoksesta aiheutunut myöhempi tuottamuksellinen vahingonteko.[75] Myös näihin tilanteisiin soveltuu jo aiemmin esitetty sääntö, nyt kuitenkin sillä edellytyksellä, että kyse on oikeushyvästä, jota yleensä pyritään suojaamaan myös tuottamuskriminalisoinnein.[76]

2.2.4. Ajallisen rajauksen ongelmia

Kaikki teosta tekijälle aiheutuvat syyksiluettavat seuraukset vaikuttavat mittaamiseen siihen katsomatta, milloin ne ovat realisoituneet. Näin myös teon täyttymishetken jälkeen ilmenevät vahingot ovat mittaamisen kannalta relevantteja (*Honkasalo* III s. 264 ja *Nousiainen* 1961 s.123).

Ajallinen aspekti tuo mukanaan ongelmia lähinnä tapauksissa, joissa objektia olisi ilman rikostakin kohdannut vahinko, ja teko on siis vain jouduttanut tuon vahingon syntymistä (ns. hypoteettinen tekoa kohdannut vahinko). Esim. A anastaa talosta omaisuutta, joka olisi tulipalon vuoksi kuitenkin myöhemmin menetetty. Teko ei ole loukkauksen kannalta conditio sine qua non, mihin vedoten saksalaisen kielialueen mittaamisoppi katsoo seurausvääryyden

---

[75] Esim. tilanteessa, jossa petoksella myyty viallinen auto aiheuttaa liikenteessä omaisuusvahingon, joka oli seurausta em. tavalla viallisen auton käyttöön liittyvästä ennalta arvattavasta ja tyypillisestä vaaratilanteesta (esim. auton ohjaus ei toimi tai jarrut ovat epäkunnossa ks. em. lähteet ja lisäksi *Bruns* 1980 s.125).

[76] Edellä alaviitteessä 75 kuvattu petosta koskeva esimerkki saisi tämän mukaan hieman toisenlaisen ratkaisun. Kun vahingonteko ei ole tuottamuksellisena rangaistava, ei myöskään petosta seuraavaa tuottamuksellista omaisuusvahinkoa ole lupa ottaa mittaamisessa huomioon. Sen sijaan tuollaisen auton liikenneturvallisuudelle aiheuttama vaara on myös tuottamuksellisena kriminalisoitu. Kvalifiointia ei tarvitsekaan perustaa seurausvastuisesti aiheutettuun omaisuusvahinkoon, vaan siihen liikenneturvallisuuden vaarantumiseen, joka seuraa epäkuntoisten ajoneuvojen saattamisesta liikenteeseen. Itse asiassa koko saksalaisen kielialueen oppi "tahallisille seurausrikoksille tyypillisen vaaratilan realisoitumisesta" on paitsi seurausvastuinen ja kriminaalipoliittisesti epätarkoituksenmukainen, myös teknisesti tarpeeton. Sen sijaan näyttää yksinkertaisemmalta *kytkeä rangaistavuus suoraan syntyneeseen vaaratilanteeseen.* Vaarahan on vahingon ohella itsenäinen mittaamisperuste. Ei myöskään vaikuta järkevältä jättää rangaistavuuden arviointia sen sattumanvaraisen seikan varaan, aiheutuuko teosta todella siitä odotettavissa oleva vahinko vai ei.

alentuneeksi.[77] Osaksi samaan problematiikkaan kytkeytyvät tilanteet, joissa tekijä on tehnyt teon estääkseen vielä suuremmat kärsimykset ja vahingot (esimerkiksi eutanasia, ks. *Spendel* 1969 s. 526 ja *Bruns* 1980 s. 127). Tässä lievennys perustuu kuitenkin pienentyneen seurausvääryyden sijasta vähentyneeseen syyllisyyteen ja pakkotilaa sivuaviin piirteisiin (''notstandsähnliche Character der Tat'' *Bruns* 1974 s.402 ja *Hirsch* LK 46 § 53). Tässä jaksossa edellä esitettyjen yleisten arvioimisperusteiden mukaista on katsoa, ettei täysin ennalta arvaamatonta ja tekijän tietämättömissä olevaa objektia potentiaalisesti kohdannutta myöhempää vahinkoa ole otettava vähentyneen seurausvääryyden nimissä lievennyksen perustaksi. Jos tekijällä olisi tiedossaan objektin tuleva kohtalo, ja etenkin, mikäli rikos on tehty tarkoituksessa estää vielä suurempi vahinko, on lievennys perusteltavissa oikeuttamis- ja anteeksiantoperusteita lähentelevistä syistä (ks. myös *Zipf* 1969 s. 87).

2.3. Seurausten laajuus ja niiden arvottaminen

2.3.1. Tunnusmerkistö ja suojeluobjektin tulkinta

Rikoksen vakavuutta voidaan eritellä eri yleisyystasoilla. Yksi taso on tarkoituksenmukainen yhden, toinen toisen ratkaisuntekotilanteen kannalta.[78] Yhtä näistä edustaa perinteinen oikeushyväajattelu: rikokset jyvitetään suhteessa toisiinsa sen mukaan, kuinka arvokkaasta oikeushyvästä kulloinkin oli kyse (ks. esim. *Nousiainen* 1961 s.155—156 tekemää oikeushyvien pisteytystä). Oikeushyvän—suojeltavan intressin arvo—on luonnollisesti keskeinen päätöksentekokriteeri asteikkoja ja törkeysporrastusta *lainsäädäntötasolla* pohdittaessa. *Lainkäyttötasolla* on kyse *annetun rikoskuvauksen tulkinnasta*. Kysymys on yhtäältä saman arvostusprosessin jatkamisesta, joka sai alkunsa jo lainsäädäntötasolla. Toisaalta näkökulmien yleisyystasossa on selvä ero. Nyt menettelyn vahingollisuutta ja vaarallisuutta tarkastellaan tavallaan *annetun rikoskuvauksen läpi*, siihen sisäänrakennettuja arvoratkaisuja edelleen eteenpäin vieden ja kehittäen.[79] Teon vahingollisuutta ja vaarallisuutta arvioitaessa on siis

[77] Ks. *Zipf* 1969 s. 87, *Bruns* 1974 s. 402, *Spendel* 1969 s. 526. *Kaufmann* 1961 s. 200 ja 299 ulottaisi lievennyksen omaisuusrikoksista myös henkeen ja terveyteen kohdistuviin rikoksiin. Tältä osin kriittisesti mm. *Spendel* 1974 s. 249 ss. ja *Stree* 1961 s. 75 ss. ks. myös esitystä jaksossa 2.3.3.).

[78] Esim. rikosoikeuskomitean elämänaluetarkastelun tyyppisistä viitekehikoista on vain niukalti hyötyä mikrotason tulkintaratkaisuja tehtäessä.

[79] Tämä ehkä triviaalilta tuntuvan seikan painottaminen on paikallaan mm. nopeasti paisuvan anglosaksisen mittaamiskirjallisuuden ja perinteisen civil law maille tyypillisen sääntelytekniikan suhteiden täsmentämiseksi. *von Hirsch* käsittelee viimeisimmässä teoksessaan

lähtökohtana ao. rikoksen tunnusmerkistö. Hallituksen esityksen mukaan saattaa joissakin tapauksissa olla oikeutettua ottaa huomioon myös seikkoja, jotka vaikuttavat raskauttavasti tai lieventävästi käsiteltävää rikosta läheisesti muistuttavien rikosten arviointiin (esim. törkeätä ryöstöä muistuttava tekotapa pakottamisessa, ks. HE 125/1975 II vp. s. 9). Kirjallisuudessa on mittaamisperusteiden analogisen soveltamisen mahdollisuuteen kuitenkin yleensä suhtauduttu varauksellisesti (ks. *Anttila* 1973 s. 376 sekä *Heinonen* 1977 s. 19-20). Analogia onkin ohjeena melko mitäänsanomaton. Sääntö ei kerro milloin rikokset ovat "riittävän samanlaiset" (ks. myös myöhemmin jakso V.B.). Vasta säännöksen suojeluobjektin erittely ja teon haitallisuuden arviointi suhteessa säännöksellä suojattuihin intresseihin tuo kysymykseen ratkaisun. Seurausten merkityksen arvostelu palautuu siten rikoskohtaiseen erittelyyn, jossa paino on suojeluobjektin - tai paremminkin - säännöksen suojaamistavoitteen analysointi. Tähän menettelyyn liittyvät yleiset tulkintaongelmat sivuuttaen (ks. tästä viimeksi *Viljanen* 1984 s.68-71 sekä *Lehtonen* 1986 s.90-92), on mittaamisen kannalta tarpeen korostaa vain sitä eroa, joka vallitsee suojeluobjektin *staattisen ja dynaamisen* tarkastelun välillä. Kyse on siitä, ymmärrämmekö oikeushyvän staattisena, positiivisen oikeusjärjestyksen suojaamana arvokkaana

---

jo melko laajasti teon vahingollisuuden kriteereitä, tavoitteenaan intressien asettaminen tärkeysjärjestykseen (*von Hirsch* 1985 s.66—71 "Ranking of interests"). Tuo tarkastelu pohjaa *Feinbergin* esittämään, rikosten systematisoinnissa ja luokittelussa soveltamaan intressien jaotukseen, perustana jako "hyvinvointi-intresseihin" ja "turvallisuusintresseihin" ("welfareinterests" ja "security interests"). Ensin mainittujen tulee olla täytettyinä, jotta henkilö voisi ylipäätään toteuttaa elämänsä perusvalintoja (niiden puuttuessa "person is foreclosed from almost any tolerable mode of life he might wish to pursue", *von Hirsch* 1985 s.68). Turvallisuusintressit tavallaan "ympäröivät" hyvinvointi-intressejä— "a security interest, cushioning a welfareinterest". Ne antavat olemassaolon ja elinehtojen minimin ylittävän turvallisuusmarginaalin, jota ilman ihminen kyllä pystyisi elämään, mutta joutuisi elämään "in acute anxiety and discomfort" (*von Hirsch* 1985 s.69). Näiden kahden lisäksi on erotettavissa vielä joukko "keräämisintressejä" ("accumulative" interests"), joiden perusta on ihmisten pyrkimyksissä erilaisten hyödykkeiden keräämiseen ja säilyttämiseen (ks. *von Hirsch* 1985 s.70—71). Tämä kolmijako edustaa samalla intressien jakoa niiden painoarvon mukaan. Näin tuota erottelua voidaan käyttää myös karkeana viitekehikkona rikoksia törkeysasteen mukaan jyvitettäessä. Feinbergin esitys on itsessään monessa suhteessa mielenkiintoinen (ks. arvosteluja *Brody* 1985 ja *Neumann* 1986). Sen puutteina on kuitenkin mm. yhteisöllisten oikeushyvien sivuuttaminen (ks. *Neumann* 1986 s.125 ja myös *von Hirsch* 1985 s.71). Sen edut perinteiseen oikeushyväajatteluun ovat myös epävarmat ja vaihtelevat sen mukaan, millainen oikeushyväkonseptio omaksutaan (ks. erityisesti Neumannin arviota, *Neumann* 1986). Mitä varsinaiseen *mittaamistason analyysiin tulee*, ovat Feinbergin ja von Hirschin välineet huomattavan karkeita. Erottelu hyvinvointi-, turvallisuus- ja keräämisintresseihin on jopa rikosoikeuskomitean elämänaluetarkastelua korkeamman abstraktiotason väline.

tilana (''Zustand''), vai tarkastelemmeko suojattujen arvojen intressien merkitystä suhteessa niihin henkilöihin ja käyttötilanteisiin, joita suojan arvellaan hyödyttävän ja joissa sen uskotaan realisoituvan (''Rechtsguter als sich mit der Gesellschaft entwicklende werthafte Funktionseinheiten'', *Haft* 1980 s. 53). Staattisen tulkinnan mukaan esimerkiksi terveys on ymmärrettävissä tiettynä bio-fyysisenä tilana ja omaisuus rahanarvoisten etuisuuksien summana. Dynaamisen näkemyksen mukaan huomio kiinnittyy sen sijaan näiden arvojen merkitykseen yksilöiden ja yhteiskunnan kannalta, ja sitä kautta mahdollisuuksiin hyötyä ja nauttia näiden arvojen suomista eduista (*Maeck* 1982 s. 52 ss).[80] Dynaaminen ja toiminnallinen oikeushyväajattelu vastaa tavallaan pragmaattisrationaalia rikosoikeuskonseptiota, staattinen oikeushyväajattelu (joka ei niinkään kysy arvojen perusteita vaan ottaa ne deonttisesti velvoittavina) taas edustaa rikosoikeuden moraalis-intuitiivista ajatteluamallia. Tämän tutkimuksen peruslähtökohdista seuraa dynaamisen ja funktionaalisen näkökulman korostaminen.

Seurausten arvottaminen edellyttää suojatun intressin ja oikeushyvän painoarvon määrittämistä samoin kuin loukkauksen laajuuden kartoittamista. Manner-Euroopan oikeuskulttuureissa näistä arvoratkaisuista suuri osa on tehty jo lainsäädäntötasolla tunnusmerkistöjä ja asteikkoja laadittaessa.[81] Ne voidaan tietysti alistaa laajemmista lähtökohdista etenevän kritiikin kohteeksi, mutta olennainen seurausten arvottamisen ongelma mittaamisessa on kuitenkin *tunnusmerkistön mukaisen vahingon suuruuden tulkinta*, ei niinkään sen oikeushyvän arvon pohtiminen, jota tunnusmerkistö suojaa.[82] Tämä taas edel-

[80] Perinteistä oikeushyväajattelua on kritisoitu tekstissä esitetyistä lähtökohdista myös kirjoituksessa *Törnudd* 1971 s.74 alav. 1. Eron havainnollistamiseksi voi viitata esim. hallinnan loukkaukseen ja toisen irtaimen omaisuuden luvattomaan käyttöön. Staattinen näkemys pitää hallintaoikeutta sinänsä arvokkaana ja suojattavana tulkiten kaikki tuohon oikeuteen yhtä pitkään kestäneet loukkaukset yhtälailla rangaistaviksi. Dynaamiselta kannalta hallintaoikeudella on merkitystä vain jos haltijalla on reaalinen mahdollisuus oikeutensa hyödyntämiseen. Tältä kannalta esim. rikoslakiprojektin ehdotukset porrastaa moottoriajoneuvon luvaton käyttöönotto sen mukaan, missä määrin omistajalla oli tilaisuus toteuttaa hallintaoikeuttaan on osoitus dynaamisesta (ja samalla funktionalistisesta) oikeushyväajattelusta (ks. Rikoslakiprojekti I s. 70 ss).

[81] Anglosaksisessa oikeuskulttuurissa tilanne on usein toinen Tämä on otettava huomioon myös eri kulttuuripiirin mittaamisesityksiä lukiessa ja sovellutuksia etsiessä. Toinen asia on, että lainsäätäjän ratkaisut voidaan aina riitauttaa, ja tällöin esim. *Feinbergin* filosofisilla pohdiskeluilla eri intressien keskinäisistä painoarvoista saattaa olla argumentaatiossa huomattava sija (ks. *Feinberg* 1984 s.197—217).

[82] Kaikkia rikoksia yhteisesti koskisi ehkä lähinnä vain se, missä määrin loukkaus osuu säännöksen suojeluintressin ydinalueelle. Asiaa havainnollistaa tapaus VHO 27/III/1975. Syytetyt olivat mukauttaneet ulkomailla Suomessa käypiä 500 mk:n olympiarahoja vuodel-

lyttää tarkastelun eriyttämistä eri rikostyyppeihin. Näistä on seuraavassa valittu esimerkeiksi perinteisten rikosten kaksi keskeisintä ryhmää: omaisuus- ja väkivaltarikokset.

2.3.2. Seurausten arvottamisesta eräissä omaisuusrikoksissa

a) *Vahinkojen laatu* .—Törkeän varkauden kvalifiointiperusteita tulkinnut *Heinonen* katsoo, ettei ole estettä muunkin kuin pelkän varallisuusvahingon huomioon ottamiseen edellyttäen, että vahinko liittyy välittömästi teko-objektiin ja sen aiheuttaminen on luettavissa tekijän tahallisuuden piiriin (*Heinonen* 1972 s. 475-476). Päinvastaisella kannalla on *Ailio*. Koska varkausrikosten suojeluobjektina on omaisuus, tulisi hänen mukaansa ainoastaan varallisuusvahinko ottaa huomioon (*Ailio* 1973 s. 53).

Jo törkeän varkauden kvalifiointiperusteiden tarkastelu vahvistaa käsitystä, ettei törkeysarvostelussa tule kiinnittää huomiota yksinomaan varallisuusvahinkoon. Onhan näiden perusteiden kautta pyritty ottamaan huomioon mm. rikoksen mahdollisesti aiheuttama vahinko ja vaara toisen hengelle, terveydelle ja kotirauhalle. Vastaavasti ei myöskään ole estettä ottaa huomioon myös niitä järkytyksen, mielipahan ja turvattomuuden tunteita, joita anastusrikoksen kohteeksi joutuminen aiheuttaa.[83]

---

ta 1951 kaikkiaan 98 kpl ja kaupitelleet niistä parikymmentä. RO tuomitsi syytetyt väärän rahan valmistuksesta ja kaupittelusta sekä valuuttamääräysten rikkomisesta 2 v 6 kk - 3 v 2 kk kuritushuonerangaistuksiin. HO alensi rangaistuksia RL 3:5²:n nojalla, ". . .koska *raharikoksia koskevien säännösten ensisijaisena tarkoituksena oli liike-elämän turvallisuuden ja varmuuden suojaaminen vääriä maksuvälineitä vastaan*, mutta nk. olympiarahoja, vaikka ne ovatkin edelleen käypiä, *tosiasiallisesti ei käytetä maksuvälineinä*. . .". Syytettyjen tarkoituksena ei ollut käyttää rahoja varsinaisina maksuvälineinä, vaan myydä ne keräilijöille 1 700 mk:n kappalehinnasta. Tapauksessa teot kyllä muodollisesti täyttivät tunnusmerkistön ehdot, mutta kuten perusteluissa todettiin, ei tunnusmerkistöjä ole laadittu tämäntyyppisiä loukkauksia varten. Loukkaukset sijoittuivat tavallaan suojeluobjektin periferiaan.

[83] Osoituksena niistä intresseistä, jotka saattavat tulla poikkeuksellisen raskaissa omaisuusrikoksissa loukatuiksi on päätös HHO 35/1986. Siinä syytetty oli vuosien 1979-1981 aikana anastanut eri tutkimuslaitosten arkistoista arvokasta asiakirjamateriaalia rahassa arvioiden ainakin 1 600 000 mk:n arvosta. AO tuomitsi jatketusta rikoksesta, joka käsitti yksin teoin tehtyjä törkeitä varkauksia ym. 3 v 2 kk vankeutta ottaen koventamisperusteena huomioon rikollisen toiminnan suunnitelmallisuuden. HO korotti rangaistuksen 4 vuodeksi vankeutta toistaen myös alioikeuden esittämät perustelut: "Varastamisen kohteena on ollut erittäin arvokas omaisuus, *jonka arvoa ei kaikilta osiltaan voida mitata rahassa*. Teot ovat olleet omiaan aiheuttamaan huomattavaa vahinkoa *erikoisesti kulttuurihistorian tutkimukselle ja kulttuurihistoriallisille arvoille*, minkä vuoksi varastamista on huomioon ottaen rikokseen johtaneet ja siitä ilmenevät seikat kokonaisuudessaan pidettävä törkeänä."

b) *Subjektiivinen ja objektiivinen arvottaminen* .—Voimassa olevan RL 28 luvun esityöt toteavat, että harkittaessa, milloin varastaminen "on omiaan aiheuttamaan huomattavaa vahinkoa" on otettava huomioon myös sen henkilön olosuhteet, johon rikos on kohdistunut (HE 23/1972 vp. s. 8). Rikoslakiprojektin ehdotuksen mukaan varkaus olisi niin ikään katsottava törkeäksi, milloin "anastaminen on rikoksen uhrin olot huomioon ottaen omiaan aiheuttamaan tälle huomattavaa vahinkoa" (Rikoslakiprojekti I, ehdotettu RL 28:2 2 kohta). Perusteluissa tästä kvalifiointiperusteesta todetaan, että se mahdollistaa ankaran suhtautumisen tekoon, jossa anastuksen kohteena on esine, jonka arvo sinänsä ei ole kovin suuri, mutta jonka anastaminen aiheuttaa esineen omistajalle, esimerkiksi hänen vähävaraisuudestaan johtuen huomattavaa vahinkoa. (Rikoslakiprojekti I s. 65). Uhrin oloilla tarkoitetaan tässä rikoksen uhrin varallisuutta ja muita elinolosuhteita (mts. 66).[84]

Tämä vastaa dynaamisen oikeushyväajattelun mukaista painotusta. Sen mukaanhan omaisuurikosten suojeluobjektiksi ei tule ymmärtää omaisuutta objektivoituna abstraktina arvona sinänsä (vrt. *Strahl* 1948 s. 27), vaan kaikkia niitä positiivisia etuisuuksia, joita taloudellinen turvallisuus yksilöille ja yhteisölle tuottaa. Omaisuusrikosten suojeluobjektiksi voidaan siten määritellä sekä ". . . den enskilda medborgarens intresser av lugn och trivsel i sin miljö, i sitt hem och i sitt arbete" että ". . . intresser att skydda samhällets ekonomiska funktioner i stort och att inskärpa medborgarens plikt att iaktta solidaritet mot samhället" (Ds Ju 1974:20 s. 21). Jähmettynyt oikeushyväajattelu, joka asettaa omaisuusrikosten suojeluobjektiksi varallisuuden abstraktiona, tyytyisi arviossaan varallisuuden mittaamiseen markkoina. Dynaaminen näkökulma kiinnittää huomiota omaisuuden vähenemisen kautta syntyneeseen reaaliseen menetykseen.

c) *Vahinko ja vahingon vaara.*—Aikaisemman esityksen pohjalta on selvää, että varallisuusvahingon ohella otetaan huomioon vahingon vaara. Vaarantamisvastuu on ilmaistu törkeän varkauden kvalifiointiperusteissa sanonnoin "on omiaan", jolla korvattiin lakitekstin ensimmäisessä versiossa käytetty sanonta "aiheuttaa huomattavaa vahinkoa". Varkausrikosten törkeyttä arvioitaessa painoa ei siis ole yksinomaan pantava teolla todella aiheutetulle vahingolle, vaan huomio tulee kiinnittää myös seurauksiin, jotka teosta tyy-

[84] Saksan liittotasavallan mittaamisoppi puoltaa yleisesti subjektiivista vahinkojen arvottamista käyttäen esimerkkinä erityisesti omaisuusrikoksia (esim. *Baumann* 1977 s. 397). *Schönke-Schröder* 46 § 19 asettaisi rajoitteeksi yhdenvertaisuusperiaatteen. Rajoite on asiallisesti kuitenkin mitäänsanomaton.

pillisesti olisi saattanut aiheutua (ks. myös Kriminologinen tutkimuslaitos 1970 s.18-19 sekä *Heinonen* 1972 s.472).

Seuraukset voidaan ottaa vaarantamishakuisesti huomioon myös tekijän tavoitteiden kautta. Suuremman vahingon tavoittelu on moitittavampaa kuin pienemmän. Lakiin sisältyvää säännöstä, jonka mukaan varkaus on törkeä, milloin "anastamisen kohteena" on erittäin arvokas omaisuus, tulisikin *Hiltusen* mukaan tulkita siten, että riittää kun tekijä on tavoitellut tällaista omaisuutta (ks. *Hiltunen* 1972 s.822 sekä samalla kannalla *Heinonen* 1972 s.472). On tietenkin varottava ottamasta samaa seurausta useampikertaisena huomioon (esim. osana sekä teon vaarallisuutta että paheksuttavia pyrkimyksiä).

d) *Uhrina yksilö ja yhteisö.*—Koska myös teon aiheuttama järkytys, turvattomuuden tunne sekä vastaavat psyykkiset seuraukset vaikuttavat teon vahingollisuuteen, *on perusteltua kohdella yksityisen ihmisen elämänpiiriin kohdistuvia varkausrikoksia keskimääräistä ankarammin.* Erityisesti tämä koskee asuttuihin yksityisasuntoihin tehtyjä murtoja. Välittömän varallisuusvahingon ohella nämä rikokset aiheuttavat usein tuntuvia psyykkisiä vaurioita.[85] Esimerkiksi tavalliseen liikemurtoon verrattuna sanotut henkiset kärsimykset tulevat laskettaviksi eräänlaisena lisänä puhtaan varallisuusvahingon päälle. Yksilö- ja yhteisöuhrien erottelu ei koske yksinomaan asuntomurtoja. On perusteltua väittää, että -tekotapaan katsomatta - yksilöön kohdistuvia varallisuusrikoksia tulee yleensäkin arvioida vastaavia yhteisöihin kohdistuvia rikoksia ankarammin. *Ashworth* esittää tämän kannan tueksi seuraavat perusteet.

1) Yksilön omistuksessa olevilla esineillä on useassa tapauksessa normaalin "objektiivisen" varallisuusarvon lisäksi henkilökohtainen tunnearvo, joka saattaa omistajalle olla jopa puhdasta rahallista arvoa merkittävämpi. Yhteisön omaisuudella ei tällaisia ominaisuuksia ole.

2) Omaisuuden laatuun ja tekotapaan katsomatta, yksityisen elämänpiiriin kajoaminen johtaa *henkisiin kärsimyksiin*, jotka eivät saata koskettaa juridisia henkilöitä.

3) Yhteisöt selviävät vahingoistaan yksilöitä helpommin. Tyypilliset varkausrikokset järkyttävät harvemmin yhteisöjen taloutta. Etenkin perinteiset omaisuusrikokset ovat yhteisön kokonaisvarallisuus huomioon ottaen yksityisiin kohdistuviin rikoksiin verrattuna *suhteellisesti vähäisempiä*. Yhteisöillä on lisäksi yksilöitä suuremmat mahdollisuudet panna vahinko "kiertämään" ja

[85] Viittaan tältä osin teemasta laadittuihin uhritutkimuksiin. Esimerkiksi erään englantilasselvityksen mukaan noin neljännes asuntomurtojen uhreista kärsii rikosen seurauksena vakavasta shokista ja kahteen kolmesta rikos vaikutti psyykkisesti vielä useiden viikkojen ajan (ks. *Maguire* 1980 ja *Ashworth* 1983 s.185).

korvauttaa menetykset muilla (esimerkiksi vakuutuksin, sisällyttämällä rikosten aiheuttama tappio tuotteiden hintaan tai asiakkaiden muutoin maksettaviksi jne, ks. *Ashworth* 1983 s.186).[86]

Suosituksiin voinee periaatteellisella tasolla yhtyä, joskin on epäiltävää, missä määrin tuomioistuimet ovat rutiininomaisissa varkausjutuissa halukkaita painottamaan tätä näkökohtaa.[87]

2.3.3. Seurausten arvottamisesta eräissä väkivaltarikoksissa

a) *Yleistä.*—Henkeen ja terveyteen kohdistuvia rikoksia koskeva rikoslain 21 luku uudistettiin vuonna 1969. Vuoden 1970 alusta voimaan tulleilla säännöksillä (laki 14.7.1969/491) luovuttiin lähes kokonaan seurausvastuuperiaatteesta. Muutos tapahtui vasta valiokuntavaiheessa, joskin jo KKO:n lausunnossa niukka vähemmistö (3-4) oli kannattanut rangaistavuuden perusteiden uudelleen arviointia (ks. LavM 11/1969 ja *KKO lausunto* 1968). Muutoksen merkityksestä lakivaliokunta totesi seuraavaa: (LavM 11/1969 vp. s. 2).

> Seurausvastuuperiaatteen mukaan pahoinpitelyn rangaistavuus jää ratkaisevasti riippumaan siitä, minkälainen on teon lopullinen seuraus. Seurausvastuu periaatteesta luopuminen merkitsee taas sitä, että teon tekemisen jälkeen tapahtuvat toisinaan melko sattumanvaraiset seikat eivät vaikuta ratkaisevasti teon rangaistavuuteen. Teon rangaistavuus ratkaistaan . . . lähinnä tekohetkellä tunnettavien seikkojen perusteella. Pahoinpitelyn . . . kannalta ratkaisevimpia tekijöitä ovat tällöin tekijän tarkoitus, tekotapa, -väline ja vastaavat seikat, jotka osoittavat teon vaarallisuuden. . .''

Uudistuksen jälkeen pahoinpitelyrikosten törkeysarvioinnin ratkaisisi lakivaliokunnan mukaan ''tekijän tarkoitus, tekotapa, -väline ja vastaavat seikat, jotka osoittavat teon vaarallisuuden''.[88] Seurauksen merkitystä ei luonnollises-

[86] Vakuutussuoja koskee tietysti myös yksityisiä, mutta yritykset ovat tässä suhteessa huomattavasti paremmin suojatut (*Ashworth* 1983 s.187).

[87] Tätä tukee ainakin päätös ISHO 381/1980. Siinä alioikeus tuomitsi kauppaliikkeestä tukkuhintojen mukaan 2 790 mk anastaneen syytetyn varkaudesta. HO katsoi teon törkeäksi varkaudeksi, ''. . .kun anastetun omaisuuden arvo vähittäismyyntihintojen mukaan laskien oli 4 834 mk ja varastamisen kohteena siten oli erittäin arvokas omaisuus. . .''. Ratkaisu on ristiriidassa esitetyn kanssa sikäli, että eihän rikos ollut aiheuttanut tukkukaupalle vähittäismyyntihintojen suuruista vahinkoa.

[88] Lakivaliokunta ei odottanut seurausvastuusta luopumisella olevan suurtakaan vaikutusta vakavaan seuraukseen johtaneiden tekojen rangaistustasoon, koska tällainen ''pahoinpitely yleensä on myös vaarallinen teko, ja rikoksella aiheutetulla vahingolla on kaikkien rikosten yhteydessä vaikutusta rangaistusmäärään'' (LavM 11/1969 s. 2). Vastuuperusteiden muuttumisella olisi valiokunnan mielestä sen sijaan vastuuta lisäävä vaikutus ta-

ti ole törkeysarvostelussa sivuutettu - tämän osoittaa jo lakitekstin tarkastelu. Olennaista on, että tekojen törkeysporrastuksessa ja siten myös rangaistuksen määräämisessä tulevat huomioiduksi aikaisempaa korostetummin ne teonpiirteet, joiden perusteella on tehtävissä päätelmiä teon vaarallisuudesta (ks. myös *Helminen* 1969 s. 315).

Seurauksia on arvotettava pitäen mielissä sekä syyllisyys- että vaarantamisvastuu. Vaarallinen tekotapa ja teolla toteutettu vaara johtavat rangaistuksen kovennukseen ilman konkreettisia vahinkojakin. Konkreettiset vahingot eivät saisi korottaa rangaistusta, jos ne eivät sisälly tekijän syyllisyyteen. Milloin vammat ovat tyypillinen seuraus teolla aiheutetusta vaaratilanteesta, olisi ne saksalaisen mittaamisopin konstruktion mukaan lupa ottaa huomioon tahallisuuteen kuulumattominakin. Ehkä luontevampaa olisi kuitenkin kytkeä rangaistavuus suoraan teon vaarallisuuteen sellaisenaan (ks. edellä jakso 2.2.3.).

b) *Uhrin olot ja teon seuraukset.*—Uhrin *subjektiiviset olot* vaikuttavat useiden väkivaltarikosten rangaistavuuteen. Iän, sairauden tai muun sellaisen syyn aiheuttama avuttomuus on joskus nähty prevention vaatimana koventamisperusteena.[89] Rangaistusten kovennukset olisivat kuitenkin ehkä paremmin perusteltavissa *syyllisyysperustein.*[90] Vanhuksiin ja vammaisiin kohdistuvat rikokset osoittavat niiden yleisten sosiaalisten *velvollisuuksien loukkaamista*, jotka yhteiskunnan jäsenille voidaan huonompiosaisten auttamiseksi vaatia. Iällä ja terveydentilalla voi olla merkitystä myös *seurausvääryyden* kannalta. Iäkkäiden uhrien heikentyneen ruumiillisen vastustus-ja toipumiskyvyn vuoksi heihin kohdistuneet väkivaltarikokset johtavat usein suurempiin terveydellisiin haittoihin kuin vastaavat nuoriin ja hyväkuntoisiin henkilöihin kohdistuneet rikokset. Sama koskee uhrin yleistä terveydentilaa. Näillä perusteilla on yleisesti hyväksyttävissä vanhuksiin ja sairaisiin kohdistuvien rikosten ankarampi rankaiseminen aiheutetun seurausvääryyden (vaarantamisvääryyden) kohoamisen pohjalta (ks. *Maeck* 1982 s. 56).

c) *Vahinkojen subjektiivinen ja objektiivinen arvottaminen.*—Seurausten subjektiivinen arvottaminen johtaa väkivaltarikoksissa vaikeisiin tulkintaon-

---

pauksissa, joissa vaaralliseksi arvioitava pahoinpitely johtaa ehkä sattumanvaraisista seikoista johtuen vain vähäisiin seurauksiin. Asetettaessa vastuun perustaksi tekijän tarkoitus ja teon vaarallisuus tekohetken mukaan, ei pelkästään teon vähäinen seuraus vaikuta ratkaisevasti tekijän rikosoikeudelliseen vastuuseen (LavM 11/1969 s. 2).

[89] Näin kompensoidaan uhrin tilan rikollisuutta mahdollisesti edistävä vaikutus, ks. *Nousiainen* 1961 s. 122-123 viitteineen.

[90] Jos houkuttelevan tilanteen luoma preventiotarve yksin riittäisi kovennuksen perustaksi, tulisi esim. myymälävarkauksiin suhtautua ankarammin kuin vaikeasti suoritettaviin kassakaappimurtoihin (tai niiden tämän päivän vastineita edustaviin atk-rikoksiin).

gelmiin. Joudutaanhan näet kysymään, eikö henki ja terveys merkitse kaikille samaa, ja onko toisen ruumiillinen koskemattomuus arvokkaampi kuin toisen?

Eräissä tilanteissa on ilmeistä, että objektiivisesti samanarvoinen terveyden- tai ruumiinhaitta merkitsee ihmisille erilaista menetystä ammatista ja henkilökohtaisista oloista riippuen (vrt. rumentava arpi valokuvamallin/merimiehen kasvoissa). Kirjallisuudessa onkin osaksi katsottu, että aiheutettu kärsimys tulee arvioida myös uhrin yksilölliset olosuhteet huomioon ottaen (*Honkasalo* E I s. 39). Mitä vakavammista menetyksistä on kyse, sitä vaikeammalta kuitenkin tuntuu subjektiivisen mitan käyttö. Onko esimerkiksi jalan amputointi samanarvoinen menetys kaikille, kuinka tulee suhtautua vakaviin aistinmenetyksiin suhteessa henkilön ikään? Tilapäinen näönmenetys arvioidaan luonnollisesti vähäisemmäksi kuin pysyvä sokeutuminen, mutta miten arvioidaan tilanne, jossa uhri menettää näkönsä 25-vuotiaana ja saa kärsiä tästä aistiviasta seuraavat 50 vuotta, kun taas saman kohtalon 65-vuotiaana kokenut uhri joutuu kärsimään "vain" 10 vuotta? Vastaava asetelma tulee vielä pulmallisemmin esille henkirikoksissa. Olisiko nuoren henkilön surmaamista jäljellä olevien elinvuosien määrän vuoksi pidettävä törkeämpänä kuin elämänsä loppupuolelle jo ehtineen vanhuksen hengen riistämistä ? Mitä viimeiseen kysymykseen tulee, ainoa hyväksyttävä lähtökohta käsittääkseni on, että ihmiselämän kunnioitus korkeimpana perusarvona vaatii, ettemme salli sen suhteen minkäänlaisia jaotteluja emmekä kompromisseja.[91] Sitä ei ts. voi asteikollistaa.

Olisiko sitten mahdollista ottaa huomioon henkirikosten eriasteiset *heijastumat ympäristöön* sen mukaan, kuka on ollut uhrina? Tästähän ovat historiallisena esimerkkinä majesteettirikokset. Ihmisten tasa-arvolle perustuvassa yhteiskunnassa tämänsuuntaisten ajatusten soveltaminen tuntuu useimmissa tapauksissa vieraalta.[92] Vaikka ajatus siitä, että yhden ihmisen henki on hänen asemansa ja sosiaalisuhteittensa vuoksi arvossa erilainen (alempi) kuin toisen on hylättävä, koemme toisaalta kuitenkin määrätilanteissa oikeaksi koventaa rangaistusta teosta esimerkiksi uhrin lähiympäristöön heijastuvien vaikutus-

[91] Samalla kannalla *Bruns* 1974 s. 509-510, sama 1980 s. 172, *Dreher-Tröndle* 46 § 33 sekä *Schönke-Schröder* 46 § 20. Uhrin ikää ja terveyttä on tosin eräissä Saksan liittotasavallan alempien oikeusasteiden henkirikoksista antamissa päätöksissä pidetty mittaamiseen vaikuttavana, mutta ratkaisut ovat ylemmissä oikeusasteissa säännönmukaisesti muuttuneet. Ylempien oikeuksien kantaa on perusteltu viittauksin perustuslakiin, joka tunnustaa elämän "absoluuttisena ja jakamattomana arvona", jota ei voida asteikollistaa ((ks. *Maeck* 1982 s. 57 alav. 1).

[92] Vrt. esimerkiksi yhteiskunnallisesti merkittävän henkilön surmaamisen katsominen erityisen raskauttavaksi, *Hirsch* LK 46 § 53, *Bruns* JR 1980 s. 76-77.

ten perusteella.[93] Tällöin selityksenä ei kuitenkaan ole välittömän uhrin kokeman loukkauksen laajuus, vaan tuosta loukkauksesta *muille* koituva kärsimys. Esimerkiksi henkirikos tai pysyvään vammautumiseen johtava väkivaltarikos ei tuota vahinkoa ja haittaa yksinomaan teon välittömälle uhrille. Myös uhrin lähiympäristön kärsimys, suru ja henkilökohtainen menetys on osa rikoksen seurauksista ja sellaisena mittaamisessa vaikuttavaa.[94]

Pahoinpitelyrikoksia arvosteltaessa vastaus subjektiivista arvottamista koskevaan kysymykseen näyttää muodostuvan hieman erilaiseksi sen mukaan, miten pahoinpitelyrikosten suojeluobjektia tulkitaan. Myös sillä, onko kyse poikkeamisesta lievempään vai ankarampaan suuntaan, tuntuisi olevan vaikutusta. Jos säännöksen suojeluobjektina on ihmisten suojaaminen yksittäisiltä fyysisiltä ja psyykkisiltä kärsimyksiltä, ei uhrin henkilökohtaisia oloja voi sivuuttaa. Kokenut katutappelija tuskin järkyttyy muutaman hampaan menetyksestä puoliksikaan niin paljon, kuin elämänsä ensimmäisen väkivaltaisen hyökkäyksen kohteeksi joutunut eläkeläisrouva kadulla saamastaan nyrkiniskusta. Lakiin vuonna 1975 otettu lisäys (RL 21:5[2] L.16.5.1975/320) osoittaa myös, että tällainen uhrin erityinen haavoittuvuus tulisi ottaa huomioon törkeysarvostelussa (tosin laissa edellytetään, että uhrilla oli "*perusteltua* aihetta" pelätä turvallisuutensa puolesta). Subjektiivisen kärsimyskokemuksen painottamiseen liittyy kuitenkin ongelmia. Jo näyttö tuottaisi huomattavia vaikeuksia - joskin on argumenttina periaatteellisesti toissijainen.[95] Tällainen käytäntö johtaisi eräissä tapauksissa myös kieltämättä epäoikeudenmukaisilta tuntuviin lopputuloksiin, kuten aineettoman vahingon korvausta samalta kannalta tarkastellut *Brusiin* on huomauttanut. Vian ja pysyvän haitan tuottaman kärsimyksen suuruuden vahvistamisessa olisi Brusiinin mukaan kyllä yhtäältä lähdettävä niistä uhriin liittyvistä seikoista, joiden perusteella voidaan tehdä päätelmiä hänen kärsimyksestään (sukupuoli, ikä, yhteiskunnallinen ympäristö), mutta toisaalta ". . .mitään ratkaisevaa merkitystä tuomittavan korvauksen määrään nähden ei kärsimyksen suuruudella käytännössä liene. Olisihan oikeudenmukaisuusperiaatteen vastaista, jos henkilölle, joka urheasti ja pystypäin

[93] Esim. monilapsisen perheen (yksin)huoltajan surmaaminen, ks. *Stree* 1961 s. 75.

[94] Näitä tuntemuksia ei tule sekoittaa uhrin ympäristössä ja yleisössä mahdollisesti heränneisiin koston vaatimuksiin.

[95] Analogiset ongelmat tulevat vastaan rangaistuksen mittaamista useassa suhteessa muistuttavan aineettoman vahingon korvaamisen yhteydessä (ks. *Brusiin* 1953 s. 25). Niinpä kivun ja särynkin arvioiminen (jotka sinänsä ovat puhtaasti subjektiivisia kriteereitä) perustuu Brusiinin mukaan pikemminkin objektiivisesti havaittaviin seikkoihin, joihin elämän kokemussääntöjen mukaan liittyy kipu tai särky kuin oikeudenloukkaukseen liittyvään todelliseen kipu-tai särkyelämykseen (*Brusiin* 1953 s. 22).

kestää hänelle aiheutetun kenties hyvinkin vaikeanlaatuisen vian tai muun pysyväisen haitan, tuomittaisiin pienempi korvaus kuin henkilölle, joka vastaavassa tilanteessa heittäytyy itsesäälittelyn ja katkeruuden hedelmättömän affektin vietäväksi" (*Brusiin* 1953 s. 32-33).

Ratkaisun tulee perustua kokonaisarvioon, jossa otetaan huomioon myös muut käytettävissä olevat oikeusinstituutit. Uhrin subjektiiviset kokemukset voidaankin ottaa huomioon sopivimmin *vahingonkorvausta* määrättäessä, silloin kuin siihen on perusteltua aihetta.[96] Ne tilanteet, joissa uhrin vahingoittumisherkkyys vaatisi notorisesti korostettua suojaa, voidaan normaalisti kattaa uhria koskevien *muiden perusteiden kautta* (ks. edellä kohta b). Aivan selviä tapauksia lukuun ottamatta ei eri tilanteita tulisi lähteä jyvittämään sen mukaan, kuinka "kova- tai pehmeänahkainen" uhri on ollut. Kun korostettua suojaa tarvitsevat saavat sen jo muiden perusteiden kautta, tällainen mittaamiskäytäntö johtaisi vain siihen, että niiden henkilöiden pahoinpiteleminen, jotka jo muutenkin ovat joutuneet tinkimään fyysisestä turvallisuudestaan, tulisi keskimääräistä lievemmin rangaistavaksi. Tämä lisäisi ongelmia tuon ryhmän harteille vain entisestään.

> Samat ongelmat ovat tulleet esiin myös *väkisinmakaamisrikosten* arvostelussa: olisiko siis näissä tapauksissa sillä, että uhrina on kokenut prostituoitu vaikutusta teon törkeysarvostelussa.[97] Arvolatausten vuoksi melkein mikä hyvänsä kannanotto on kritiikille altis. Lähtökohtana tulee olla seksuaalinen itsemääräämisoikeus jokaiselle kuuluvana yhtäläisenä perusoikeutena. Tältä kannalta on selvää, ettei ole mahdollista in abstracto tehdä eroja eri ryhmien välillä. Tuon oikeuden loukkauksena väkisinmakaamisrikokset ovat kaikki samanarvoisia, sillä jokaisen oikeus on yhtäläinen. Tästä huolimatta pyritään kirjallisuudessa ja oikeuskäytännössä arvostelemaan rikokset eri tavoin sen mukaan, onko uhrina ". . .a woman of experience or of dubious moral standards. . ." (*Thomas* 1979 s.113) vai ". . .eine unbescholtene Frau. . ." (*Bruns* 1974 s.172). Selityksenä lienee, että kun seurauksina otetaan huomioon kaikki se fyysinen ja psyykkinen kärsimys, jonka teko uhrille tuottaa, uhrin aikaisemmat kokemukset kiistämättä ovat asiaan vaikuttavia.[98] Toisin

[96] "Koska naiselle hänen ulkomuotonsa on keskeisempi persoonallisen elämän tekijä kuin miehen ulkonäkö", päätyy myös *Brusiin* ehdottamaan rumentavia arpia ja ruumiinvikoja korvattaessa "naiseen ja mieheen nähden soveltamaan toisistaan jonkun verran poikkeavia mittapuita" (*Brusiin* 1953 s. 33).

[97] Meille vieraammasta oikeuskulttuurista mainittakoon esimerkkinä Turkin rikoslain määräys, jonka mukaan prostituoidun väkisinmaanneelle tuomitaan 3/4 normaalirangaistuksesta (ks. *Hillenkamp* 1981 s. 289).

[98] Ks. *Dallinger* 1973 s. 555, *Bruns* 1974 s. 407, 509, sama 1980 s. 172, *Lackner* 46 § 33, *Hillenkamp* 1981 s. 289 viitteineen, *Maeck* 1982 s. 63, *Bein* 1975 s. 51 ja *Thomas* 1979

s_noen tuntuu yhtä vaikealta myöntää ja olla myöntämättä uhrin ominaisuuksille merkitystä törkeysarvostelussa.[99] Jos tällaiset erottelut hyväksytään, on ne kytkettävä oikeudenloukkausten kvantitatiiviseen laajuuteen in concreto.[100] Suojattavien arvojen tärkeys huomioon ottaen ja niiden arvon hämärtämisen ehkäisemiseksi olisi poikkeamat keskimääräisarvioinnista tässä tehtävä pikemminkin raskauttavaan kuin lievempään suuntaan.[101]

---

s. 113: "It is not to be thought that whenever the victim of a rape is a woman of experience or of dubious moral standars it is any less an outrage to take that which the woman is not willing to give, although it is relevant to consider the extent of any physical or traumatic injury caused by the offence".

[99] Tämä myös selittää sen, miksi samankin kirjoittajan kannanotot saattavat olla keskenään ristiriidassa. *Bruns* esimerkiksi asettuu yhtäältä jyrkästi vastustamaan erilaista kohtelua: ". . .darf . . . nicht strafmildernd berücksichtigt werden" (1974 s. 407 ja 509), ollen kuitenkin toisessa yhteydessä vastakkaisella kannalla: ". . .Aber nach dem Schutzzwecke. . .besteht doch hinsichtlich der Schuld ein sehr erheblicher Unterschied, ob eine unbeschlotene Frau oder ein "Stichmädchen" das Opfer eines Sittlicheitsverbrechens wird" (*Bruns* 1980 s. 172).

[100] *Maeck* yrittää todistaa prostituoitujen pienemmän oikeussuojan tarpeen funktionaalisen oikeushyväajattelun avulla: kun seksuaalista itsemääräämisoikeutta toteutettaessa päätökset tehdään olennaisesti sielullis-emotionaalisten ratkaisujen ("emotional-seelischen Entscheidung") pohjalta, ja kun prostituoidut kiinnittävät näiden näkökohtien sijasta huomionsa lähinnä kaupallisiin seikkoihin ("kommerzielle Basis"), ei säännöksen suojafunktio heidän kohdallaan ole yhtä voimakas; heidän "sielullis-emotionaalista koskemattomuuttaan ei ole loukattu samassa määrin" (*Maeck* 1982 s. 63). Siihen katsomatta, kuinka uhrit päätöksensä motivoivat normaalitilanteissa, pakottaminen sukupuoliyhteyteen loukkaa ammattiin katsomatta in abstracto kyllä yhtä lailla jokaisen "sielullis-emotionaalista koskemattomuutta". Maeckin eettisesti kyseenalaiset spekulaatiot johtavat epäilyttävästi elämäntapasyyllisyyttä muistuttavien näkökantojen siirtämiseen uhritasolle (ks. myös *Hillenkamp* 1981 s. 290-291). On käsittääkseni selvää, ettei henkilöä saa asettaa hänen ammattinsa tai elämäntapansa vuoksi muita vähäisemmän oikeussuojan subjektiksi, ei etenkään tilanteissa, joissa tuo asema on seurausta yhteiskunnallisten mahdollisuuksien epätasaisesta jakautumasta. Rangaistusjärjestelmän justifikaation taustaehdothan ("reilu peli" ks. edellä jakso III.A.3.) edellyttäisivät tässä tapauksessa päinvastoin *korotettua* oikeussuojaa menetettyjen etujen kompensaationa.

[101] Tässä esitetty ei tietenkään estä ottamasta huomioon tekojen motivaatiotaustan eroja, jotka tekstissä käsitellyn kaltaisissa tilanteissa voivat hyvinkin vaikuttaa arvosteluun (ks. *Hillenkamp* 1981 s. 290 ja *Bein* 1975 s. 51).

3. Teon vääryyssisältöä II - Tekotapa ja toimintavääryys

3.1. Yleistä

Tarkasteltava ryhmä kattaa kirjavan joukon mittaamisperusteita.[102] Rikosopillisin termein kyse on toimintavääryydestä. Käytännössä suurin piirtein samaa tarkoitetaan puhuttaessa tekotavasta. Varsinaisen ulkoisen teonkuvan ohella toimintavääryyteen kuuluu myös osa subjektiivisia elementtejä sisältävistä perusteista (esim. suunnitelmallisuus ja harkinta). Lisäksi tähän ryhmään on luettu teolla osoitettu velvollisuudenvastaisuus.

Uudemman rikosopin pohjalta on selvää, että tahallisten ja tuottamuksellisten rikosten toimintavääryys koostuu erilaisista ainesosista. Tarkastelu aloitetaankin kysymyksillä, joilla on erityinen merkitys *tahallisten rikosten* arvostelussa. Näitä ovat suunnitelmallisuus, harkinta sekä eräät ulkoisen teonkuvan piirteet. Tämän jälkeen selvitellään teolla *loukattuja velvollisuuksia ja velvollisuudenvastaisuutta*. Tässä on kyse ensisijaisesti *tuottamuksellisten rikosten* arvottamisesta. Samaan yhteyteen kuuluvat myös *laiminlyöntirikosten* ongelmat, samoin kuin teolla loukattujen velvollisuuksien merkitys yleisenä, myös tahallisiin tekemisrikoksiin liittyvänä perusteena.

3.2. Erityisesti tahallisten rikosten toimintavääryydestä

3.2.1. Suunnitelmallisuus ja harkinta

a) *Erityisesti harkinnasta.*—Suunnitelmallisuus ja teon tekeminen "vakain tuumin" (vrt. "vakaa harkinta" murhan tunnusmerkkinä) osoittavat mittaamissäännöstön esitöiden mukaan erityisen vahvaa rikollista tahtoa (HE 125/1975 II vp. s. 10). Taustaperusteena on siis psykologinen syyllisyys. Huomattakoon kuitenkin, etteivät suunnitelmallisuus ja harkinta välttämättä viittaa samankaltaiseen mielentilaan. *Harkiten* toimiminen merkitsee *syiden ja vastasyiden punnintaa* ("ryhtyäkö tekoon vaiko ei"). Tätä ei suunnitelmallisuus välttämättä

[102] Perusteeseen on kiinnitetty huomiota milloin teon törkeyttä ("Tatschwere"), rikollisen tahdon voimakkuutta, tekijän vaarallisuutta tai hänen suhtautumistaan muutoin osoittavana seikkana (ks. *Hirsch* LK 46 § 33 ja *Agge* II s.217-218). Se kattaa niin muodoin varsin heterogeenisen joukon yksittäisiä teonpiirteitä. "Ulkoisen teonkuvan" (tekovälineet, -aika, -paikka ja teon kesto, ks. *Nousiainen* 1961 s.124-125 ja *Horn* 46 § 61), ohella siihen luetaan osallisuus-, laiminlyönti-, yritys- sekä konkurrenssiopin mittaamisen kannalta merkittävät alueet (ks. esim.*Hirsch* LK 46 § 33 ja *Bruns* 1980 s.139). Toimintavääryyteen laajassa mielessä kuuluvat edelleen tietyt tekijän motivaatioon liittyvät seikat (esim. suunnittelu ja humala, ks. *Dreher-Tröndle* 46 § 22 ja *Schönke-Schröder* 46 § 22). *Nousiainen* luonnehtiikin tekotapaa "subjektiivis-objektiiviseksi mittaamiselementiksi" (*Nousiainen* 1961 s.124).

edellytä. Suunniteltu teko voi olla harkitsematon, yhtä lailla kuin teko voidaan tehdä harkiten ilman huolellista ennakkosuunnitelmaa.[103] Myös *kvalifioinnin ratiot* poikkeavat tilanteissa toisistaan. Harkitseva rikoksentekijä ei välttämättä osoita keskimääräistä suurempaa piittaamattomuutta toisten suojatuista eduista. Se, että hän ennen tekoaan on pysähtynyt pohtimaan myös rikokseen liittyviä varjopuolia, saattaa päinvastoin osoittaa hänen antavan arvoa myös muiden intresseille. Harkinnan arvostelussa olisikin oltava myös *tieto niistä syistä ja vastasyistä*, jotka ovat olleet tekijän mielessä.

Harkinta on koventamisperusteena siis suunnitelmallisuutta tulkinnanvaraisempi. Käytännössä sen koventava vaikutus perustuu useassa tapauksessa siihen, että harkiten toimittaessa rikosta *ei* ilmeisestikään ole tehty ajattelemattomuudesta, hetken mielijohteesta tai pikaistuksissa. Harkinta *sulkee pois* joukon lievennysperusteita. Jos syyllisyyttä tarkastellaan piittaamattomuutena toisten eduista, saattaa harkinnan vaikutus olla eri suuntainen sen mukaan, millaisia ovat ne syyt ja vastasyyt, joita tekijä mielessään on punninnut. Käytettäessä perustetta koventamisen tukena oletetaan tekijän ajattelevan omia etujaan ja pohtivan lähinnä rangaistuksen tuomia haittoja ja rikoksella saavutettavaa etua. Tilanne on toinen, jos teon pidäkkeiden joukossa ovat myös teon uhreille tuottamat kärsimykset yms. altruistiset motiivit (ks. myöhemmin motiiveja koskevaa esitystä jaksossa IV.B.4.4.1.).

b) *Suunnitelmallisuus - RL 6:2 1-kohdan tulkintaa.*—Ennalta suunnitteleminen johtaa harkintaa säännönmukaisemmin rangaistuksen kovennukseen. Tällaisesta suunnnitelmallisuudesta pidetään mittaamissäännöstön esitöissä osoituksena ns. ammattimaisia rikoksia.[104] RL 6:2 1-kohdassa tarkoitettu suunnitelmallisuus edellyttää esitöiden mukaan, "ettei rikosta ole tehty pelkästä mielijohteesta tai lyhyen harkinnan jälkeen vaan, että tekoa tai tekosarjaa on punnittu puolelta ja toiselta ennen täytäntöönpanoa". Perusteen soveltamiseksi ei riitä lyhyt täytäntöönpanohetkinen harkinta, vaan rikoksen tekemisen ja siihen tähtäävän *pitempiaikaisen toiminnan* pitää olla suunniteltua. Äärimuodoissaan suunnitelmallisuus olisi esityksen mukaan "hyvinkin perusteellista ja yksityiskohtaista laskelmointia" (HE 125/1975 II vp. s. 10). Se voi koskea vain yhtä tekoa tai kokonaista rikossarjaakin.

[103] Eroa deliberation/premeditation on korostanut erityisesti *J.L.Austin* 1970 s. 286 ss.

[104] Ammattimaisuuden ohella kvalifioinnin perusteena mainitaan yleensä myös tavanomaisuus ja tekeminen suuremmassa laajuudessa (ks. RL 25:1a, 32:3, 38:10³, HuumL 3 ja 5² §, ValtuusRL 2³ §, AlkoholiL 87 § sekä laki ammatinvalinnanohjauksesta 92 §). Suunnitelmallisuus on myös eräs rikoslakiprojektin taajaan käyttämistä kvalifiointiperusteista. Se mainitaan mm. avustuspetoksen, veropetoksen, väärennöksen, petoksen, maksuvälinepetoksen, rahaväärennöksen ja velallisen petoksen kvalifiointiperusteena (Rikoslakiprojekti I).

Lain mittaamisperusteen muodollisen soveltamisen kynnys vaihtelee rikostyypin mukaan. Jos tunnusmerkistö jo itsessään edellyttää jonkinasteista suunnittelua, tulee suunnitelmallisuuden olla voimaperäisempää kuin puheena olevaan rikoslajiin säännönmukaisesti kuuluvan harkinnan (näin HE 125/1975 II vp. s. 11). Jos teon kvalifiointiperusteena mainittaisiin taas "erityinen suunnitelmallisuus", olisi RL 6:2 1-kohdan soveltamiselle asetettava aivan erityisen suuret vaatimukset. Sen sijaan rikokset, jotka tehdään säännönmukaisesti ilman ennakkoharkintaa (esimerkiksi useat väkivaltarikokset) saattavat oikeuttaa säännöksen soveltamiseen jo vähäisemmin edellytyksin.

Suunnitelmallisuus kuuluu subjektiivisiin - tekijän mielessä vaikuttaviin seikkoihin. Niiden objektiivinen havainnointi edellyttää perusteen operationalisoimista näkyviksi toimiksi. Suunnitelmallisuus olisikin esitöiden mukaan usein pääteltävissä rikoksen tekotavasta. Erityisesti pitkäaikaiset valmistelutoimet ennen rikoksen tekemistä olisivat osoituksena lain tarkoittaman perusteen käsilläolosta (HE 125/1975 II vp. s. 11). Esitöiden niukkoja soveltamisohjeita voidaan täydentää rikoslakiprojektin ehdotuksessa esitetyin törkeiden petos-ja väärennösrikosten kvalifiointiperusteita koskevin tulkintasuosituksin. Näitä tarkastellessa havaitsee suunnitelmallisuuden liittyvän lähinnä kolmeen piirteeseen.

1) *Toimet, joilla taataan rikoksen menestyksellinen suorittaminen.* Tällaiseksi suunnitelmallisuudeksi tulkitaan veropetoksen yhteydessä toimiin ryhtyminen verovalvonnan vaikeuttamiseksi (Rikoslakiprojekti I s. 108 ja s. 115). Maksuvälinepetos kvalifioitaisiin suunnitelmallisuuden perusteella, milloin tekijä on ryhtynyt "erityisiin tietoliikennejärjestelyihin, joilla voitaisiin estää katetiedustelut tai viivyttää rikoksen paljastumista" (mts. 266-267). Väärennys katsottaisiin törkeäksi, milloin suunnitelmallisuus ilmenee "teon toteuttamista edistävistä tai sen paljastumista ehkäisevistä erityisjärjestelyistä" (mts. 203). Kvalifioinnin ratio löytynee luontevimmin tällaisten - todennäköisesti onnistuvien - rikosten edustamasta poikkeuksellisesta uhasta suojatuille eduille.

2) *Poikkeuksellisen laajamittaiseen toimintaan tähtäävät hankkeet* toteuttavat suunnitelmallisuustunnusmerkin maksuvälinepetoksessa ("aikomus käynnistää laajamittainen rikollinen toiminta" mts. 266) ja rahaväärennöksessä ("rikos on jo alunperin suunniteltu ulottuvan eri valtioiden alueelle, esimerkiksi levittämällä väärennettyjä rahoja samanaikaisesti monessa eri maassa" mts. 269). Kvalifioinnin ratio on tällä kertaa yhteydessä suoraan *seurausten laajuuteen.*

3) *Tavallisuudesta poikkeavaa tarmokkuutta ja vaivannäköä edeltävät toimet* ovat myös tavallinen osoitus suunnitelmallisuudesta. *Veropetoksessa* tunnusmerkin toteuttaisi usein virheellisen kirjanpidon tai laajojen valmisteltujen

valeoikeustointen käyttäminen (mts. 108). *Väärennös* tulisi kvalifioiduksi, milloin tekoon on käytetty väärennösrikosten tekemistä varten hankittua paino-, jäljentämis-tai tietokonetta tai muuta niihin verrattavaa teknistä laitetta, tai milloin tekijä tai tekijät ovat huolellisesti organisoineet työnjakonsa tai käyttäneet hyväkseen teknistä asiantuntemusta (mts. 203). *Maksuvälinepetoksen* kvalifioisi se, että tekijä on rikoksen tekemistä varten tehnyt tai teettänyt lomakkeita, joista rikoksessa käytetty maksuväline on valmistettu ja *velallisen petos* siten, että rikos tehdään käyttämällä hyväksi väärää kirjanpitoa (määräedellytyksin) tai käyttämällä hyväksi muuta väärää tai väärennettyä asiakirjaa (mts. 266 ja s. 297-298). Vaivannäköä edistävät toimet voidaan luontevasti tulkita erääksi ilmentymäksi rikollisen tahdon voimakkuudesta. Ne osoittavat, että tekijä vakavasti pyrkii tavoitteisiinsa. Kovennuksen rationa on psykologinen syyllisyys. Voi myös sanoa, että nämä henkilöt ovat myös *kykeneviä* rikoksiin, joista aiheutuu yhteiskunnalle *suuremmat vahingot* (ks. myös *Ruby* 1980 s.125).

Suunnitelmallisuuden koventavaa vaikutusta voidaan siis perustella usein eri syin. Sellaisiksi käyvät mm. (a) teon seuraukset, (b) (psykologinen) syyllisyys, ja (c) tekijävaarallisuus. Erityisen perustelluksi rangaistuksen koventamisen tarkastellun kaltaisissa tilanteissa tekee argumentointia tukeva yleinen *preventionäkökohta*. Teon motivointitausta huomioon ottaen on odotettavissa, että kovennetuilla rangaistusuhilla juuri näissä tilanteissa saattaisi olla myös rikoksia ehkäisevä vaikutus.

Suunnitelmallisuus kuuluu toimintavääryyden subjektiivisiin ainesosiin. On siten mahdollista, että se vaihtelee kumppaneiden osuuden ja toiminnan mukaan. Kunkin tekijän rangaistusta mitattaessa katsotaan, kuinka *hän* on omissa toimissaan osoittanut suunnitelmallisuutta.[105]

b) *Oikeuskäytännöstä.*—Seuraavissa ratkaisuissa tuomioistuin on erityisesti *kuvannut ne tekoon liittyvät seikat*, joiden se katsoo todistavan rangaistusta koventavaa suunnitelmallisuutta.

> HHO 2300/1984. Syytetyt suorittivat pankkiryöstön villahuppuihin naamioituneina, katkaistua, panostettua ja varmistamatonta haulikkoa apunaan käyttäen toisen vartioidessa asiakaskuntaa ja toisen anastaessa rahat 40000 markkaa. Teon jälkeen he paetakseen paikalta poistuivat ulkopuolelle käyttövalmiiksi jättämänsä auton luo, missä tulivat kiinniotetuiksi. Kihlakunnanoikeus katsoi ". . .*teon suoritustavan sekä siinä käytettyjen välineiden, katkaistun haulikon, kassin ja rei'itettyjen*

[105] Tekoon liittyvänä ei peruste kuitenkaan ole ehkä aivan yhtä herkkä subjektikohtaisille eroille kuin tekijää varsinaisesti koskevat seikat. Yhteys subjektiiviseen puoleen ja syyllisyysvastuuseen ilmenee mm. siinä, että ennalta laaditut suunnitelmat koventavat rangaistusta silloinkin, kun teko sattuman vuoksi pannaan täytäntöön suunnitellusta poikkeavalla tavalla (ks. esim. murhaa koskeva KKO:n ratkaisu 1980 II 59).

pipojen samoin kuin tekijäin tehtävänjaon ja poistumisjärjestelyjen sitä varten ilmeisesti varattuine ja käyttöönotettuine lähtövalmiina avaimet virtalukossa olleine autoineen osoittavan sen, että teko oli etukäteen suunniteltu ja että tekijät olivat sitä varten muutoin kuin satunnaisesti yhteenliittäytyneet".

VHO 2009/1980. Syytetyt tuomittiin poikkeukselliseen laajasta varkausrikossarjasta (syytekohtia yli 1500). Rangaistuksen koventamisperusteena hovioikeus otti huomioon ". . .rikollisen toiminnan suunnitelmallisuuden, *mikä ilmenee paitsi anastettavasta omaisuudesta etukäteen laadituista luetteloista, myös anastusmatkojen reittien etukäteisestä suunnittelemisesta ja syytettyjen yhteistoiminnasta itse anastusrikoksissa. . .*".

KOHO 21.9.1978 R 78/708. Tekotapa on osoittanut suunnitelmallisuutta, kun rikoksentekijä on *käyttänyt hyväksi tietoonsa saamaansa avainnumerosarjaa ja sen perusteella teettänyt avaimen.*

KKO on eräissä ratkaisuissaan pyrkinyt myös *täsmentämään sitä rajaa, jonka suunnitelmallisuuden tulisi ylittää*, ennen kuin olisi aihetta lain koventamisperusteen soveltamiseen.

KKO 1978 II 104. Henkilö oli sopinut yhdessä toisen kanssa ryöstön tekemisestä, jonka suunnitelman he sitten panivat toimeen. Teon jälkeen syytetty vaihtoi ennakkosuunnitelman mukaan päällensä uudet vaatteet ja kävi parturissa ulkonäköään muuttaakseen. Alioikeus oli soveltanut tapaukseen RL 6:2 1-kohtaa. Korkein oikeus sen sijaan totesi: ". . . *Kun sopimista rikoksen tekemisestä ei olosuhteet huomioon ottaen vielä sinänsä ollut pidettävä sellaisena rikollisen toiminnan suunnitelmallisuutena, jota RL 6 luvun 2 §:n 1-kohdassa tarkoitettiin, eikä rikosta ollut valmisteltu eikä suoritettu tuossa lainkohdassa edellytetyin tavoin harkitusti*, sanottua rangaistuksen koventamisperustetta ei sovellettu."

KKO 1977 II 56 (ään.). Syytetty oli päivällä etsiskellyt sopivaa murtokohdetta ja sellaisen löydettyään kolmasti puhelinsoitoin varmistanut, ettei paikalla ollut ketään. Tämän jälkeen hän oli ruuvitaltalla ja himmennetyllä taskulampulla varustautuen yrittänyt murtautua puheena olevaan kohteeseen tullen kuitenkin pidätetyksi. Korkein oikeus tuomitsi törkeästä varkaudesta myös RL 6:2 1-kohtaa soveltaen, "koska. . .varastamisen yritystä siihen nähden, että se oli kohdistunut asuttuun asuntoon ja *murtautumista oli suunnitelmallisesti valmisteltu muun muassa murtovälineiden hankkimisella ja puhelinsoitoin asuntoon ennen tekoa . . .*". Vähemmistö sen sijaan katsoi, että ratkaisussa suunnitelmallisuudeksi tulkitut puhelinsoitot vain pyrkivät varmistamaan sen, ettei talossa ollut asukkaita ja tavoitteena oli "henkilöön käyvän väkivallan välttäminen rikoksen yhteydessä". Vähemmistö olisi tuominnut tavallisesta varkaudesta.

RHO 379/1985. Etukäteen laaditun sopimuksen perusteella B oli vuokrattuaan liikkeestä n. 4000 mk:n arvoisen videon ja kaksi kasettia, luovuttanut laitteet A:lle, joka oli myynyt ne edelleen. Tekoa varten A ja B olivat hankkineet etukäteen B:lle tämän henkilötiedoilla varustetun sairausvakuutuskortin. AO sovelsi koventamisperusteena suunnitelmallisuutta (RL 6:2 § 1 k). HO totesi, että "*A:n syyksi luetussa toiminnassa ilmennyt harkinta ei ollut siinä määrin poikennut petosrikoksen toteuttamiseen säännönmukaisesti kuuluvasta harkinnasta, että toimintaa olisi voitu pitää RL 6 luvun 2 §:n 1 kohdan tarkoittamassa mielessä suunnitelmallisena*". Rangaistukseksi määrättiin 5 kk:n sijasta 4 kk vankeutta.

KKO:n tiedonannot vaikuttavat toisiinsa verrattuna epäsuhtaisilta. Murtovälineiden mukaan ottamista tuskin voi pitää sellaisena erityisenä suunnitel-

mallisuutena, joka kvalifioi teon suhteessa muihin murtautuen tehtyihin varkauden normaalimuotoihin. Hapuilevat ratkaisulinjat voinee lukea säännösten uutuuden tiliin. Tässä mielessä viimeisenä oleva hovioikeustapaus edustaa järkevän tuntuista linjaa.

Myös suunnitelmallisuus voi koventaa rangaistuksia ja asiasta voidaan ottaa maininta perusteluihin, *vaikka RL 6 luvun säännöksen muodolliset rajat eivät ylity*. Tästä ovat esimerkkeinä seuraavat ratkaisut:

KKO 1978 II 40. Syytetty tuomittiin yksin teoin tehdystä pakottamisesta ja törkeän varkauden yrityksestä "*huomioon ottaen teon suunnitelmallisuus, A:n pakottaminen toimimaan teon toteuttamiseksi sekä rikokseen johtaneet ja siitä ilmenevät seikat kokonaisuudessaan*". Syytetty tuomittiin kuitenkin RL 6:2 1-kohtaa soveltamatta yhden vuoden vankeusrangaistukseen.

HHO 2278/1984. Syytetyt tunkeutuivat hallussaan pitämillään avaimilla varastoon ja anastivat sieltä omaisuutta 97000 markan arvosta. Tavarat kuljetettiin toisen syytetyistä omistaman yhtiön myyntivarastoon sieltä edelleen myytäviksi. Anastaminen toteutettiin yhden seistessä radiopuhelimin vahdissa ja toisen lastatessa omaisuuden pakettiautoon. Varastaminen oli ". . .kun sen kohteena on ollut erittäin arvokas omaisuus, huomioon ottaen rikokseen johtaneet ja siitä ilmenevät seikat kokonaisuudessaan, *erityisesti yksityiskohtaisen ennakkosuunnitelman ja radiopuhelinten apuna käyttämisen*, pidettävä törkeänä".

KKO V79/1538 Rikoskumppanit (2) murtautuivat vääntörautaa käyttäen konttorirakennukseen anastaen sieltä yhtiön kassakaapin ja sen sisältönä olleet asiakirjat. Korkein oikeus totesi perusteluissaan: ". . .rikoksen *kohdistuminen ennalta valittuun kohteeseen ja rikoksen tekotapa osoittavat rikokseen liittyvän myös syyllisyyttä lisäävää suunnitelmallisuutta ja rikollisen tahdon voimakkuutta. Rikoksen päättyminen rikoksentekijän kannalta epäonnistumiseen siinä mielessä, ettei anastettavaa omaisuutta ole löytynyt taas tuo ilmi sen, ettei kyseessä ole ollut loppuun asti suunniteltu ja harkittu teko tai etevä ammattimainen toiminta.*" Näillä perusteilla korkein oikeus alensi 2 vuoden vankeusrangaistuksen 1 vuoden 6 kuukauden rangaistukseksi. Tähänkään tapaukseen ei sovellettu RL 6:2 1-kohtaa.

Viimeinen ratkaisu on samalla erinomainen esimerkki tavasta, jolla suunnitelmallisuuden kaltaisen periaatenormin sisältöä voidaan täsmentää esittämällä syitä, jotka osoittavat myös vastakkaiseen suuntaan (ts. esittelevät perusteita, joiden nojalla suunnitelmallisuus ei ollut erityisen kiinteätä ja pitkäjänteistä). Ensimmäisessä tapauksessa rangaistusta kovensi suunnitelmallisuuden ohella *rikokseen painostaminen* (ks. tästä myöhemmin jakso 4.2.3.).

3.2.2. Ulkoinen teonkuva

a) *Tekovälineet.*—Myös tekovälineiden merkitys perustuu useaan eri näkökohtaan. Oikeuskirjallisuudessa vedotaan milloin objektiiviseen vaarallisuuteen ja vahingollisuuteen, milloin tekijän syyllisyyteen.[106] Säädettäessä "varustautu-

[106] Ks. *Forsman* 1930 s.528, *Bruns* 1974 s.455 ja sama 1980 s.149 sekä *Hirsch* LK 46 § 36 vrt. kuit. *Horn* 46 § 62. Se, että kyse on lähinnä teon vaarallisuusarvioinnissa vaikutta-

minen väkivallan käyttöön soveltuvalla välineellä'' *törkeän varkauden* kvalifiointiperusteeksi vuonna 1972 tätä perusteltiin hallituksen esityksessä yksinkertaisesti ''vaarallisuudella'' (HE 23/1972 vp.s.7). *Jareborgin* mukaan välineiden käyttö osoittaa tässä tilanteessa taas poikkeuksellisen voimakasta rikollista tahtoa (*Jareborg* 1979 s.38). *Hiltunen* taas perusti tällaisten rikosten ankaramman rankaisemisen tekijän ammattimaisuuteen ja etukäteissuunnitteluun (*Hiltunen* 1973 s.22). *Pahoinpitelyissä* välineen kvalifioiva vaikutus kytketään niin ikään vaarallisuuteen (välinein tehdyt teot ovat omiaan aiheuttamaan keskimääräistä suurempia vahinkoja), syyllisyyteen (ks. HE 68/1966 s.10) sekä suunnitelmallisuuteen (aseen mukanaolo osoittaa, että tekijä on varautunut rikoksen tehokkaaseen toimeenpanoon, *Ashworth* 1983 s. 165-166).

Välineiden merkitys mittaamisperusteena pohjaa siis tilanteen mukaan vaihteleviin taustasyihin. Riittävän raffinoidut murtovälineet voivat osoittaa suunnitelmallisuutta, toiset välineet korottavat teon vaarallisuutta (räjäyttäen tehdyt varkaudet, linja-auto rattijuopon ajoneuvona), osa viittaa tekijävaarallisuuteen (tekijän mukanaan kantamat lyömäaseet) jne. Välineiden merkitys on arvioitava aina suhteessa näihin taustaperusteisiin ja ottamalla huomioon mm. välineiden suhteellinen vaarallisuus ja käytön intensitetti (*Hirsch* LK 46 § 35 ja *Schönke-Schröder* 46 § 21).[107]

b) *Tekoaika.*—Poikkeuksellisten aikojen vallitessa tehdyt teot (sota-aika ja yleisen vaaran uhka) voivat *uhata yhteisön intressejä tavallista enemmän*. Yhteisön oikeussuoja edellyttää siis kovempia rangaistuksia (*Hirsch* LK 46 § 46). Epätavalliseen aikaan tapahtunut rikos perustaakin *Nousiaisen* mukaan *erityisen vaaran*, koska uhri ei saattanut ''mobilisoida torjuntavoimiaan''. Tämän ohella esim. yöaikaan tapahtunut rikos saattoi olla osoituksena tekijän *erityisen moitittavasta luonteenlaadusta* (*Nousiainen* 1961 s.125 ja 275).

Tekoajan konstruointi yleiseksi mittaamisperusteeksi juontaa alkunsa vanhojen kasuististen tunnusmerkistöjen kvalifiointiperusteista. Synteettisen lainkirjoitustekniikan myötä poikkeusolot voitaneen ottaa huomioon arvioitaessa suoraan rikoksella aiheuttua vahinkoa ja vaaraa. Pätee siis välineitä koskeva

---

vasta perusteesta ilmenee soveltamistilanteiden keskittymisessä yritysten ja vaarantamisrikosten arvosteluun (ks. *Hirsch* LK 46 § 34).

[107] Osoituksena siitä, kuinka ratkaisevaa on välineiden käyttötapa niiden kapasiteetin edellyttämällä tavalla on KKO V78/1922 (15.8.1978). Syytetty oli lyönyt uhria useita kertoja retkikirveellä päähän. Lyönnit oli tehty kirveen lappeella ja ne olivat olleet lähinnä ''taputuksia'' tarkoituksena '' ottaa uhrilta luulot pois''. KKO katsoi, ettei pelkkä hengenvaarallisen välineen käyttö näissä olosuhteissa oikeuttanut teon katsomiseen törkeäksi pahoinpitelyksi.

lausuma: sikäli kuin olosuhteella on merkitystä, määräytyy se teon vahingollisuuden ja vaarallisuuden mukaan in concreto.

Sanottu koskee erityisesti suosituksia, joiden mukaan *yöaikaan* tehdyt rikokset olisivat erityisen moitittavia. Niitä arvioitaessa on otettava konteksti huomioon. Eikö päinvastoin juuri keskellä kirkasta päivää tehty murto osoita sellaista häikäilemättömyyttä ja piittaamattomuutta, jonka vastamotiiviksi korotetut rangaistukset olisivat tarpeen. Toisaalta yöaikaan tapahtuva rattijuopumus voi ainakin liikenteen vilkkaus huomioon ottaen olla liikenneturvallisuuden kannalta keskimääräistä vähäisempi uhka (ks. myös *Hirsch* LK 46 § 45).[108] Mitä taas Nousiaisen esittämään luonneperusteluun tulee (ks. edellä), rikoksentekijältä tuskin voi vaatia, että hän tekisi tekonsa olosuhteissa, joissa kiinnijääminen olisi kaikkein varminta.

c) *Tekopaikka ja julkisuus.*—Myös tekopaikka mainitaan eräiden vanhempien tunnusmerkistöjen kvalifiointiperusteena (mm. RL 24:1², 24:3² ja 33:1). *Nousiainen* suhtautuu analogisen soveltamisen mahdollisuuteen, ehkä julkisuudessa tehtyjen tekojen muodostamin poikkeuksin, melko skeptisesti (*Nousiainen* 1961 s.276, ks. myös RL 24:1, 2, 24:3, 2, 28:2, 31:2 ja 33:13). Mittaamissäännöstön esitöissä taas todettiin, ettei se seikka, että teon tekeminen julkisella paikalla on säädetty useiden rikosten kvalifiointiperusteeksi, juuri anna mahdollisuutta perusteen analogiseen tulkintaan toisissa rikostyypeissä (HE 125/1975 II vp.s.9).

Myös tämän olosuhteen merkitys määräytyy tunnusmerkistön mukaan. Eräissä rikoksissa se vaikuttaa suoraan *seurausten laajuteen* (julkisesti tehdyt kunnianloukkausrikokset). Niinpä esimerkiksi väkisinmakaamisrikoksen törkeyttä lisäsi ratkaisussa KKO 1981 II 189 esitettyjen perustelujen mukaan se, että ". . . teko on tehty *muiden paikalla olleiden henkilöiden seuratessa tapahtumaa.* . ." Eräiden rikosten tekeminen yleisellä paikalla saattaa herättää ihmisissä yleistä levottomuutta ja turvattomuutta (esim. väkivaltarikokset,

[108] Oikeuskäytännöstä voidaan poimia seuraavat esimerkit: KKO 3973/1982. Väkisinmakaamisrikoksen törkeysarvostelussa otettiin raskauttavana huomioon se, että teko oli tapahtunut ". . .*öiseen aikaan kaupungin keskustassa yksinään kulkeneeseen K:hon*..".— THO 1099/1981. Syytetyt tuomittiin kotirahaun häiritsemisestä. Vain passiivisesti mukana olleita tekijöitä ei voitu jättää kokonaan rangaistukseen tuomitsematta ". . .*siihen nähden, että teko oli tehty kello 02 yöllä.* . ." Ensimmäisen kvalifioinnin ratio ei ole aivan riidaton. Ilmeisesti kuitenkin tahdottiin korostaa tämänkaltaisten hyökkäysten lisäämää yleistä turvattomuuden tunnetta yleisön keskuudessa. Kyse on siis eräässä mielessä tunnusmerkistön ulkopuolisten seurausten huomioimisesta mittaamisperusteina. Jälkimmäinen ratkaisu on jo selkeämpi. Kotirauhan rikkominen aiheuttaa luonnollisesti yöaikaan keskimääräistä suuremman haitan (lisänä "yörauhan" rikkominen).

Hirsch LK 46 § 45 ja *Bruns* 1974 s. 460). *Helminen* olisikin valmis ottamaan tekopaikan, ja sen, tapahtuuko teko julkisesti, huomioon pahoinpitelyrikosten törkeysarvostelussa (*Helminen* 1969 s.316). Toisaalta teon tekeminen syrjäisessä paikassa taas vaikuttaa uhrin mahdollisuuksiin hankkia apua, mikä tekee rikoksesta keskimääräistä vaarallisemman (*Jagush* 1956 s.109 ja *Bruns* 1980 s.152). Arviointi perustuu siis rikoskohtaiseen haitan erittelyyn. Vaikka esimerkiksi julkisella paikalla tehdystä väkisinmakaamisesta aiheutuu uhrille enemmän häpeää ja kärsimystä, ei seikalla ole välitöntä merkitystä varkausrikosten törkeysarvosteluun.[109]

d) *Teon kesto.*—Osassa rikoksia teon kesto vaikuttaa suoraan rikoksen vääryyssisältöön. Näin on tilanne ns. jatkuvan rikoksen tapauksissa, joissa rikoksen olemukseen kuuluu paitsi oikeudenvastaisen tilan luominen, tämän tilan ylläpitäminen (esim. kotirauhan rikkominen, vapaudenriisto, moottoriajoneuvon luvaton käyttöönotto, rattijuopumus).[110] Mitä pidemmän aikaa teko kestää, sitä suurempi on teon vääryyssisältö[111]. Teon kesto vaikuttaa myös muiden kuin jatkuvien rikosten syyllisyys- ja vääryyssisältöön. Pahoinpitely, väkisinmakaaminen, laiton uhkaus ym. henkeen, terveyteen ja ruumiilliseen koskemattomuteen kohdistuvat rikokset muuttuvat seurauksiltaan sitä vakavammiksi, mitä pitempään ne jatkuvat. Teon keston pitkittäminen voi myös olla osoituksena tekijän erityisestä raakuudesta ja julmuudesta ja vaikuttaa tätä kautta myös syyllisyysarvosteluun.

e) *Avuton tai suojaton kohde.*—Uhrin avuttomuus mainitaan useammankin yksityiseen uhriin kohdistuvan rikoksen kvalifiointiperusteena (esim. RL 20:2², 21:5², 28:2, 31:2). Törkeän varkauden vastaavaa kvalifiointiperustetta puollettiin sillä, että anastamista uhrilta, joka avuttomuutensa takia tai suorittamansa työn tai tehtävän vuoksi ei voi omaisuuttaan suojella, on yleensä

[109] Ks. esim. KKO 1981 II 50. Syytetty anasti ravintolassa tappeluun joutuneen istuimelle jättämästä takista 2000 mk. HO tuomitsi tekijän törkeästä varkaudesta: ". . . koska N on suorittanut varastamisen M:n takin taskusta *julkisella paikalla* ja rikoksen kohteena on ollut M:lle erittäin arvokas omaisuus, ja hänelle on se kateisiin jäämisestä välittömästi aiheutunut omaisuuden määrää vastaava vahinko" (kursiv. tässä). KKO katsoi, ettei sen enempää omaisuuden arvo, teon vahingollisuus kuin kokonaisarvostelukaan edellyttänyt teon tuomitsemista törkeänä varkautena.

[110] Jos jo voimaansaatetun oikeudenvastaisen tilan ylläpitäminen ei enää vaadi erityisiä toimia, ei teon jatkuminen myöskään aiheuta rangaistuksen kovennusta. Vapaaehtoinen toiminta oikeudenvastaisen tilan lakkauttamiseksi voi päinvastoin johtaa tehokkaan katumuksen osalajina rangaistuksen lievennykseen (ks. *Hirsch* LK 46 § 49, *Jagusch* 1956 s.108 sekä *Bruns* 1974 s.460 ja 1980 s.153).

[111] Näin esim. *Hirsch* LK 46 § 48, vrt. kuit. Bruns, jossa kvalifiointi kytketään tekijän syyllisyyteen *Bruns* 1974 s.454 ss ja 1980 s.152-153.

oikeustajuntaa erityisesti loukkaavaa (Ltk 4/1971 s.5). Samoin asiasta toteaa asuntomurron kvalifiointia esittävä rikoslakiprojekti (Rikoslakiprojekti I s. 66). Intuitiivisen oikeustajunta-argumentin takana on jälleen joukko rationaalisia perusteita. Tällaiseen rikokseen sisältyvä rauhan ja turvallisuuden rikkominen saattaa olla itse omaisuusvahinkoa vakavampi (*Palmgren* 1970 s.1-2). Tilannetta voidaan tarkastella myös osana teon velvollisuuden vastaisuutta (ks. seuraava jakso). Varastaminen avuttomalta tai sairaalta henkilöltä tai tällaisen pahoinpiteleminen osoittaa niiden yleisten sosiaalisten velvollisuuksien loukkaamista, jotka yhteiskunnan jäsenille voidaan huonompiosaisten auttamiseksi asettaa (*Törnudd* 1971 s.88). Verrattuna taas rikoksiin, joissa väkivaltaa käytetään kovin nuoria, iäkkäitä tai vammaisia kohtaan, ". . .violence against ablebodied adults is in some way closer to 'fair play'" (*Walker* 1985 s.46).

Uhriin liittyvillä seikoilla on merkitystä etenkin *omaisuus- ja väkivaltarikoksissa*. Uhrin avuttomuus perustaa usein *törkeän varkauden kvalifioinnin*.[112] Vieläkin suurempi merkitys seikalla on väkivaltarikoksissa, joissa uhrin avuttomuus käy usein seikasta, jonka perusteella teon katsotaan osoittavan "erityistä raakuutta tai julmuutta".[113] Koska uhrin avuttomuudesta on yleensä maininta jo kvalifiointiperusteissa, varsinaisia mittaamisratkaisuja tältä alueelta on niukalti.[114] Tunnusmerkistön valintakäytäntöjen yksityiskohtaisempi erittely taas jää erityisen osan puolelle.[115] Tulkoon kuitenkin todetuksi, että

[112] Ks. tästä esim. KKO 1977 II 26, törkeä varkaus (murtautuminen 84-vuotiaan huonokuuloisen ja yksin asuneen "sekä siis omaisuuttaan suojelemaan kykenemättömän henkilön asuntoon"), KKO 1972 II 90, törkeä varkaus (tempaisi käsilaukun 76-vuotiaan uhrin kädestä).

[113] Tästä on esimerkkinä tapaus HHO 1189/1984, jossa hovioikeus korotti murhayrityksestä alioikeudessa langetettua 3 vuoden vankeusrangaistusta 5 v 6 kk:ksi "ottaen huomioon rikoksen tekotapa ja sen kohdistuminen kahteen puolustuskyvyttömään lapseen". Pahoinpitelyrikoksissa on kvalifiointiperusteeksi katsottu mm. "juopumuksesta johtuva avuttomuus" (HHO 1618/84 alioikeusperustelu) "70 %:n invaliditeetti" (HHO 3094/85 alioikeusperustelu).

[114] Harvoja tätä valottavia ratkaisuja on HHO 291/1985. HO tuomitsi mm. yhdestä törkeästä ja kahdesta tavallisesta pahoinpitelystä yhdistettyyn 1 vuoden vankeusrangaistukseen. Törkeän pahoinpitelyn osalta HO totesi: " Rangaistusta mitattaessa otetaan huomioon, että tuolloin 16-vuotias A (uhri) *on ollut P:n (tekijä) hänelle tarjoamista huumausainetta sisältäneistä pillereistä ja alkoholista johtuen sekavassa ja avuttomassa tilassa*".

[115] Kvalifiointiperusteen soveltamisesta voidaan mainita vielä seuraavat esimerkit: HHO 3243/1984: 64-vuotias syytetty lyönyt ja potkinut useita kertoja 82-vuotiasta asuinkumppaniaan tämän maatessa maassa (oikean värttinäluun ja nenäluun murtumat sekä useita laajoja mustelmia); törkeä pahoinpitelystä 1v 2 kk ehdottomana; "rikos oli tehty erityistä raakuutta osoittavalla tavalla *potkimalla lattialla ollutta erittäin vanhaa ja puolustuskyvytöntä henkilöä*".— HHO 573/1984: Syytetty oli nostanut maassa makaavan uhrin istuvaan

uhrin avuttomuus yhdistyy melko usein *muihin tekoa erityisen moitittavaksi määrittäviin piirteisiin*, jolloin perusteen itsenäinen merkitys jää jonkin verran avoimeksi.[116]

f) *Esteiden raivaaminen.*—Sinnikäs pyrkiminen päämäärään on psykologisen syyllisyyskäsityksen edellyttämä mittaamisperuste. *Honkasalo* kirjoittaakin: ". . .jota suuremmat vaikeudet tekijällä on ollut voitettavanaan . . . ja jota suuremmalla tarmolla hän on ne tieltään raivannut, sitä intensiivisempi on hänen tahtonsa asosiaalisuus, ts. hänen syyllisyytensä" (*Honkasalo* III s.267, samoin *Bruns* 1974 s.549, *Hirsch* LK 46 § 71 ja *Schönke-Schröder* 46 § 16).

Yksittäisenä esimerkkinä on *murtautuen varastaminen.* Päämäärään pyrkiminen ulkoisista esteistä piittaamatta osoittaa erityisen suurta "rikollisen tahdon intensiteettiä" (*Forsman* 1946 s.239, *Ellilä* 1970 s.12 ja *Hiltunen* 1972 s.816). Syyllisyysperustelun kääntöpuolena on jälleen tahdon ilmentämä suurempi rikoksentekoalttius ja sen mukaan tehokkaampi preventiopidäkkeiden tarve (*Törnudd* 1971 s.69-70). Murtautumisen ankarampaa kohtelua on perusteltu edelleen oikeussuoja-argumentein. Ihmisille on annettava oikeus vaatia korostettua rikosoikeudellista suojaa niiden omaisuusesineiden anastamista vastaan, joita he parhaansa mukaan ovat pyrkineet suojaamaan (*Forsman* 1946 s.240).

asentoon sekä potkaissut tätä kaksi kertaa kasvoihin (alaleuan molemminpuolinen murtuma ja muita pinnallisempia vammoja kasvoihin). Törkeästä pahoinpitelystä 1 v 6 kk; ". . . rikoksella on tarkoituksellisesti aiheutettu vaikea ruumiinvamma ja teko oli kohdistunut *lattialla istuneeseen puolustuskyvyttömään henkilöön*".—HHO 1993/1984. AO katsoi ryöstön tapahtuneen erityistä raakuutta ja julmuutta osoittaen sekä kohdistuneen vaikeavammaiseen uhriin (lyöty uhria pullolla päähän sekä tämän maatessa maassa lyöty kasvoihin, anastettu omaisuutta 6925 mk). HO pysytti tuomitun rangaistuksen 2 v 4 kk vankeutta perustein: "Ei ole näytetty, että ryöstäminen on tapahtunut erityistä raakuutta tai julmuutta osoittavalla tavalla. Koska siinä on käytetty lyömäaseena hengenvaarallista välinettä ja *rikos on kohdistunut 90 prosentin jalkainvalidiin, tekoa on tämän vuoksi. . . kokonaisuudessaan pidettävä törkeänä*".—Ks. myös HHO 725/1985, jossa kvalifiointiperusteeksi katsottiin mm. "pahoinpitelyn jatkaminen vielä sen jälkeen, kun uhri on lähtenyt pakoon ja kaatunut maahan".

[116] Tällaisesta tilanteesta on esimerkkinä KKO 1984 II 173. Syytetyt olivat öiseen aikaan ikkunan rikkomalla tunkeutuneet asianomistajan asuntoon. Anastettavaa etsiessään he olivat käskeneet 69-vuotiasta asianomistajaa pitämään kätensä ylhäällä ja olemaan liikkumatta. Poistuessaan syytetyt olivat vieneet omaisuutta 540 mk:n arvosta ja vetäneet puhelimen johdon irti seinästä. Alioikeudet tuomitsivat teon varkautena (AO, 5 kk vankeutta, HO, 7 kk vankeutta). KKO katsoi päätöksensä perusteluissa, ettei asianomistaja avuttomuutensa vuoksi voinut suojella omaisuuttaan tunkeilijoiden komentaessa hänet nostamaan kätensä ylös ja olemaan liikkumatta. Tekijöiden katsottiin syyllistyneen törkeään varkauteen. . . "Kun otetaan huomioon, että teko on tapahtunut *murtautumalla öiseen aikaan toisen asuntoon ja on kohdistunut suhteellisen iäkkääseen ja avuttomaan henkilöön uhkausta käyttäen...*" (1 vuosi vankeutta).

Kaikissa tapauksissa perusteen viimekätinen ratio tuntuu viittaavan uusien loukkausten todennäköisyyteen ja suojautumistarpeeseen.[117]

g) *Raakuus ja julmuus.*—Perusteella on merkitystä lähinnä fyysiseen perusturvallisuuteen sekä henkeen ja terveyteen kohdistuvissa rikoksissa (esim. RL 21:6, ks. myös KKO:n lausunto, KKO 1968 s.14). Kun laki puhuu raakuutta tai julmuutta *osoittavasta* tekotavasta, viittaisivat tällaiset lausumat pikemminkin tekijän mielentilaan ja luonteeseen kuin itse teon ominaisuuksiin (ks. tarkemmin *Honkasalo* E I s.22-23). Taustalla lieneekin ensisijassa ajatus tällaisen tekotavan aiheuttamista ylimääräisistä kärsimyksistä - siis teon seurauksista. Raakuus- ja julmuus ilmenevät siten yleensä *tarpeettomana väkivallan käyttönä* (*Walker* 1985 s.47). Tekotapa tuskin voisi olla raakuutta tai julmuutta osoittava, ellei se aiheuttaisi uhrille keskimääräistä suurempia kärsimyksiä (konkreettisista esimerkistä ks. esim. *Helminen* 1969 s.313 ja *Jareborg* 1979 s.161).[118]

3.3. Teolla loukatut velvollisuudet

Jokainen rikos osoittaa tekijän noudatettavaksi asetettujen velvollisuuksien rikkomisen. Niiden mukaan vaihtelee myös tekijään kohdistettava moitearvostelu. Velvollisuudenvastaisuus onkin eräs Saksan liittotasvallan ja Itävallan rikoslakien yleisistä mittaamisperusteista.[119] Perusteen normaalina soveltamiskohteena ovat *tuottamukselliset rikokset* ja objektiivinen tuottamus (*Hirsch*

---

[117] Tässä lienee paikallaan viitata myös Finlex-rekisteriin otettuun hovioikeustapaukseen HHO 910/1983: " Kun varkauden kohteena olivat lukitut polkupyörät ja kun omaisuuteen oli päästy käsiksi murtamalla lukot, syytetylle tuomittua vankeusrangaistusta oli korotettava." Ratkaisu osoittaa havainnollisesti, kuinka vaikea on pukea mittaamisargumentteja sääntöjen muotoon. Selvää on, ettei tapausta tule tulkita säännöksi. Ratkaisun prejudikaattiarvo on myös kyseenalainen, koskei sanktiotasoa sen enempää kuin pyörien arvoa ole sen tarkemmin ilmoitettu.

[118] Edellä on pidetty silmällä ensisijassa tahallisia seurausrikoksia, ja niistä erityisesti omaisuus- ja väkivaltarikoksia. Tätä yksityiskohtaisempi tekotavan analyysi edellyttää rikoskohtaista tarkastelua. Yksittäisiä rikoksia tarkastelemalla olisi ts. ollut mahdollista luetteloida lähes loputtomiin seikkoja, jotka ovat tekotapana vaikuttamassa teon moitearvosteluun (esim. nostokertojen lukumäärä pankkipetoksissa (HHO 65/1984), väärennetyllä matkalipulla kuljetun matkan lyhyys asiakirjaväärennöksessä (HHO 3158/1984), ajettu matka, ajoneuvon laatu ja liikennömisolosuhteet rattijuopumusrikoksissa jne. Lähemmät tarkastelut on tässä siirretty tutkimuksen erityiseen osaan.

[119] "das Mass der Pflichtwidrigkeit" (StGB 46 § 2 st). Itävallassa peruste sisältyy mittaamista ohjaavaan perussäännökseen. Sen mukaan rangaistus on mitattava sitä ankarammaksi "mitä enemmän teolla on loukattu tekijän noudatettavaksi asetettuja velvollisuuksia" (ks. ÖStGB § 32[3]).

LK 46 § 61). Velvollisuuden vastaisuudella on merkitystä myös *laiminlyöntirikosten* yhteydessä. Tämän ohella teolla loukatut velvollisuudet vaikuttavat myös *tahallisten tekemisrikosten* arvosteluun.[120]

3.3.1. Objektiivinen tuottamus ja velvollisuuden vastaisuus

Objektiivisen tuottamuksen törkeyttä voi tarkastella ensinnäkin *seurauksen* näkökulmasta. Tällöin ratkaisee odotettavissa olevan oikeudenloukkauksen suuruus ja todennäköisyys. Jos taas menettelyä tarkastelee *toimintavääryyden* kannalta, ratkaisee poikkeaminen tekijän noudatettavaksi asetetusta huolellisuusvelvollisuudesta.[121] Systemaattisiin kysymyksiin laajemmin kantaa ottamatta, oikeuskäytännön ratkaisuja voi tarkastella molemmista näkökulmista.

a) *Loukkauksen havaittavuus ja primääriteon tuottama riski.*— On helpompi puolustaa vähäisen ja epätodennäköisen kuin suuren ja todennäköisen riskin ottamista. Objektiivisen tuottamuksen asteeseen vaikuttaa siten *primääriteon tuottaman riskin suuruus.*

> KKO 2509/1978. Syytetyt olivat asein varustautuneina ja alkoholia nauttineina ryhtyneet ajamaan takaa henkilöitä, jotka heidän käsityksensä mukaan olivat ryöstäneet takaa-ajajien rahat. Saavutettuaan takaa-ajettavat, syytetyt olivat uhanneet näitä asein ja tivanneet rahoja. Syntyneen riidan välittömänä seurauksena toinen syytetyistä painoi liipasinta seurauksin, että luoti surmasi yhden riitakumppaneista. KKO piti mahdollisena, että ase oli lauennut tahattomasti ja tuomitsi syytetyt törkeästä kuolemantuottamuksesta. Rangaistuksen mittaamisessa otettiin koventavana kuitenkin huomioon, ". . .että *aseet ihmisten takaa-ajoon ryhtyneiden, alkoholia nauttineiden henkilöiden käsissä ovat poikkeuksellisen vaarallisia ja tämä tekee aseisiin liittyvät rikokset erityisen törkeiksi.*"
>
> KKO 1225/1979. Syytetty oli uhannut vaimoaan ladatulla hirvikiväärillä ja vaatinut tältä tunnustusta uskottomuudesta seurauksin, että ase oli lauennut aiheuttaen uhrille ruumiinvamman. Myös tässä KKO piti mahdollisena, että ase oli lauennut tahattomasti ja tuomitsi syytetyn rangaistukseen ruumiinvamman tuottamuksesta ja laittomasta uhkauksesta ottaen rangaistuksen mittaamisessa huomioon ". . .*menettelyn poikkeuksellinen vaarallisuus. . .*".

---

[120] Esim. *Bruns* 1974 s.554-555, 1980 s.184-185, *Dreher-Tröndle* 46 § 20-21 ja *Schönke-Schröder* 46 § 17. Perusteen systematisointi on tuottanut huomattavia vaikeuksia. Se on luettu vuoroin *objektiivisiin* (*Welzel* 1969 s.259), vuoroin *subjektiivisiin* (*Dreher-Tröndle* 46 § 21) faktoreihin. Osa kirjoittajista tarkastelee sitä yksin vääryystunnusmerkistöön (*Horn* 46 § 73), osa syyllisyys- ja vääryystunnusmerkistöön (*Hirsch* LK 46 § 61) kuuluvana. Se voidaan liittää myös teon motivaatiotaustaan ja tekijän persoonallisuusarviointiin (*Bruns* 1974 s. 554 ss. ja 1980 s. 165 ss). Systemaattisten vaikeuksien vuoksi koko perusteen asema suhteessa muihin perusteisiin on saatettu myös jättää avoimeksi (*Schönke-Schröder* 46 § 17).

[121] Osaksi samaa tarkoittaen saksalaisella kielialueella objektiivisen tuottamuksen osat jaetaan loukkauksen ja riskin ennakoitavuuteen ja riskinoton moitittavuuteen (*Maeck* 1982 s.139 ss ja erit. s.140, jossa korostetaan näkökulmien keskinäistä yhteyttä).

Molemmissa tapauksissa itse primääriteko on ollut poikkeuksellisen vaarallinen. Todennäköisyys, että juopuneet, asein varustautuneet takaa-ajoon ryhtyvät henkilöt aiheuttavat vahinkoja, on niin suuri, että tuottamus on katsottu törkeäksi. Lisäksi tilanne otettiin huomioon vielä mittaamisessa. Jälkimmäisessä tapauksessa melko pitkään jatkunut aseella uhkaaminen on katsottu mittaamisessa erityisesti huomioitavaksi, poikkeuksellisen vaaran luoneeksi toiminnaksi.

b) *Huolellisuusvelvollisuus ja siitä poikkemisen vakavuus.*—Asiaa voi tarkastella myös *huolellisuusvelvollisuuden* näkökulmasta. Mitä suurempaa huolellisuutta tilanteessa olisi tullut noudattaa ja mitä lukuisampia velvollisuuksia tekijällä oli täytettävänään, sitä etäämmäs voi käyttäytyminen vaadittavasta tasosta jäädä.[122] Sitä suuremmaksi muodostuu myös teon velvollisuudenvastaisuus (ks. myös *Hirsch* LK 46 § 61).[123] Arvioitaessa poikkeaman jyrkkyyttä sekä niitä syitä, jotka tekijä voi esittää ottamansa riskin justifioimiseksi huomio kiinnittyy tietysti *perusteisiin, joiden nojalla huolellisuusvelvollisuuden määrä yleensä vahvistetaan.* Näistä on seuraavassa mahdollisuus tarkastella vain tavallisimpia.[124]

1) Tekotilanne. Teolla luotujen riskien suuruuteen vaikuttaa ennen kaikkea konkreettinen tekotilanne. Tästä ovat esimerkkinä liikennöimisolot liikennerikosten arvostelussa. Liikenteessä vaadittava huolellisuus on siten verrannollinen esimerkiksi liikenteen vilkkauteen. Ulkoisesti samanlainen käyttäytyminen saattaa näin eri liikennetilanteessa loukata velvollisuuksia suuremmassa tai pienemmässä määrin (*Jareborg* 1984 s.237). Teko-olosuhteitten ja tuottamusarvioinnin yhteyttä havainnollistaa seuraava KKO:n prejudikaatti:

> KKO 1983 II 37. Tilanteessa kuolemantuottamus sekä liikenteen vaarantaminen katsottiin törkeään rattijuopumukseen yhdistyneinä törkeiksi, ottaen huomioon mm. ". . . että syytetty, jonka verenalkoholipitoisuus ajon jälkeen oli ollut yli 2 ‰, oli

[122] Alituomareiden virkavirheitä koskevassa ratkaisussa KKO 1534/1983 KKO nimenomaisesti totesi, että vaikka kaikki tuomioituimen jäsenet vastaavat päätöksestä sinänsä samalla tavalla, on päätöksenteossa sattuneesta virheestä rangaistusta määrättäessä kiinnitettävä huomiota paitsi virheen laatuun "myös jäsenten erilaisiin velvollisuuksiin päätöksenteossa" (ratkaisusta ks. tarkemmin *Viljanen* 1987 s.15—16).

[123] Toisaalta on samanaikaisesti arvioitava *velvollisuuden täyttämisen helppous/vaikeus.* Jos kyse on kovin suuria ponnistuksia vaativasta standardista, sen alapuolelle jääminen ei subjektiivisessa suhteessa ole yhtä raskauttavaa kuin helposti täytettävän huolellisuuden laiminlyönti. Tämä arvio kuuluu kuitenkin subjektiivisen tuottamuksen alaan.

[124] Kyse on siis näkökohdista, jotka otetaan yhtäällä huomioon itse huolellisuusstandardia vahvistettaessa, mutta joita soveltaen näistä standardeista toisaalta tehdään myös uusiksi periaatteiksi vahvistuvia poikkeuksia. Samat seikat toimivat myös ohjeina arvioitaessa itse standardista poikkeamisen vakavuutta.

runsaasti alkoholia nautittuaan lähtenyt yli 300 km:n pituiselle, vilkkaasti liikennöityä tietä tapahtuvalle matkalle, joten vakavien liikenneonnettomuuksien aiheutuminen oli ollut ennalta arvattavissa''.

2) Tekijään liittyvät seikat. Tekijän ammatillinen ja sosiaalinen asema sekä yleiset kyvyt vaikuttavat myös siihen, millaiseksi huolellinen toiminta kussakin tilanteessa määritetään. Maallikon toimia ei arvostella niin ankarasti kuin taitavan ammattimiehen tekoja edellyttäen, ettei maallikko ota tehtäväkseen sellaisten toimien suorittamista, joka edellyttää mainittua ammattitaitoa (*Jareborg* 1984 s.236)[125]. Siten esimerkiksi ammattiautoilijan liikennevirheitä on mahdollista arvostella ankarammin kuin ajotaidoltaan vaatimattoman sunnuntaiautoilijan toimia. Molemmilla on yhtäläinen oikeus osallistua liikenteeseen, mutta huolellisuusnormi määräytyy yksilöllisen kyvyn mukaan.[126]

3) Luottamusperiaate ja käyttäytymisrationaliteetin odotus. Menettelyn huolellisuutta arvioitaessa eräänä premissinä on oikeus olettaa, että muut ihmiset toimivat kohtuullisen rationaalisesti (*Jareborg* 1977 s.32). Etenkin liikennerikoksiin sovellettu näkökohta tunnetaan yleisesti ''luottamusperiaatteen'' (''Vertrauengrundsatz'') nimellä. Vaadittavaa huolellisuutta noudattavan on lupa otaksua, että myös vastapuoli menettelee näin, edellyttäen, ettei päinvastaisesta ole näyttöä tai, ettei tällaiseen epäilyyn ole painavia syitä (*Wessels* 1980 s.148-149, sekä kotimaisesta kirjallisuudesta *Ellilä* 1974 s. 86—88, *Luntiala* 1977 s.43—57 ja *Lahti* 1982a s.52). Ihmisten viaksi ei siis tule lukea vahinkoja, jotka selittyvät muiden ihmisten epärationaalisen tai ennakoimattoman käyttäytymisen perusteella. Vaikkei rationaliteettioletuksen pettäminen vapauttaisikaan tekijää kokonaan vastuusta, voi se alentaa vastuuta. Uhri voi toimillaan lisätä sekä riskien todennäköisyyttä (varomaton ryntääminen ajoradalle) että vahinkojen suuruutta (kieltäytyminen lääkärinavusta). Myös kolmannen henkilön yllättävät toimet voivat suurentaa tai pienentää lopullisia vahinkoja (pelastustoimien ehkäiseminen, paikalle sattumalta osunut lääkäri jne). Muiden käyttäytyminen lieventää tekijään kohdistuvaa moitearvostelua edelleen tilanteissa, joissa toiset ovat tietoisesti rikkoneet määrättyjä suojatoimenpiteitä (*Jareborg* 1984 s. 238).[127]

Luottamusperiaatteesta voidaan esittää esimerkkeinä sekä tilanne, jossa en-

[125] Tilanne on toinen, milloin maallikko ryhtyy erityistä ammattitaitoa vaativaan toimeen (esim. leikkaukseen). Tällöin varomattomuus näyttäytyy jo päätöksessä ryhtyä po. tekoon - ei itse teon suorittamisessa (ns. ''Übernahmeverbot'' *Koskinen* 1976 s. 32).

[126] Ammatillisen ja sosiaalisen aseman mukanaan tuomia erityisvelvollisuuksia voidaan rikkoa myös tahallisin teoin. Näihin palataan myöhemmin erikseen.

[127] Esimerkit osoittavat, että luottamusperiaatteen taustanäkökohdat voivat tulla sovellettaviksi myös tahallisiin rikoksiin (ks. myös *Lahti* 1982a s.52-53).

nakoimaton käytös poisti tuottamusvastuun että tilanne, jossa se vaikutti vain mittaamiseen:

> KKO 1986 II 113. Alle 12-vuotias lapsi ajoi ajoradan ylittääkseen polkupyörällä suojatielle, joka ei ollut yhdistetyn pyörätien ja jalkakäytävän jatke. Suojatiellä auto törmäsi pyörään. Auton kuljettajan *ei tarvinnut varautua siihen, että pyöräilijä tieliikennesääntöjen vastaisesti ajaisi polkupyörällä suojatielle*, eikä hänellä vallinneissa olosuhteissa myöskään ollut mahdollisuutta riittävän ajoissa tehdä havaintoja pyöräilijän kulkemisesta ja siitä, että tämä oli lapsi, sekä varautua siihenkin, että pyöräilijä kaikesta huolimatta jatkoi ajoaan suoraan suojatielle.
>
> HHO 1477/1985. Syytetty oli törmännyt oikealta risteystä varomattomasti lähestyneeseen ajoneuvoon seurauksin, että mukana oleva matkustaja sai vammoja, joita ei ole pidettävä vähäisinä. AO tuomitsi yksin teoin tehdyistä liikenteen vaarantamisesta ja ruumiinvamman tuottamuksesta. HO alensi rangaistuksen 15 päiväsakkoon perustellen lievennystä vastapuolen ennakoimattomalla käyttäytymisellä: ". . . *H:n (vastapuoli) menettely jättää noudattamatta erityistä varovaisuutta kuljettaessaan autoa vähäliikenteistä ja kapeaa Tavaststjernankatua pitkin sen ja vilkkaasti liikennöidyn Topeliuksenkadun risteykseen on ollut siinä määrin ennalta arvaamatonta, että P:n (syytetty) rangaistusta on alennettava*".

4) Sosiaaliadekvanssi. Riskin luoneen teon sosiaalisesti hyväksyttävät päämäärät korottavat sallitun riskin rajaa. Liikennekäyttäytyminen, joka muutoin tulkittaisiin varomattomuudeksi liikenteessä, jää rankaisematta tai rangaistaan lievemmin, milloin ajo on ollut tarpeen esim. sairaan pelastamiseksi. Ajossa noudatettava huolellisuusvelvollisuus määräytyy tällöin, paitsi liikennöimisolojen, myös lääkärinavun tarpeen ja kiireellisyyden perusteella (ks. *Kern* 1952 s.289, *Jescheck* 1978 s.479, *Smith-Hogan* 1983 s.52, *Cross* 1981 s.148 ss sekä yleisemmin *Jareborg* 1984 s.235-237).

Sosiaaliadekvanssi - riskin sisältämän toiminnan hyväksyminen sen sosiaalisesti suotuisten ominaisuuksien perusteella[128] - laajentaa sekin tarkastelun koskemaan myös tahallisia rikoksia. Sosiaaliadekvanssiin vedoten voidaan puoltaa niin hätävarjelun kuin pakkotilankin lievempää rankaisemista tai niiden jättämistä kokonaan rankaisematta. Erityisen käyttökelpoinen tämä käsite on pohdittaessa *teon tavoitteiden ja motiivien* merkitystä moitearvostelussa. Se, missä systemaattisessa yhteydessä eri tilanteet käsitellään ei ole ratkaiseva kun-

[128] Käytetty terminologia vaihtelee jonkin verran. *Jareborg* tarkoittaa sosiaaliadekvanssilla yleisesti tilanteita, joissa teko tulee jonkin kirjoittamattoman poikkeussäännöksen perusteella sallituksi (*Jareborg* 1984 s.248). Toisaalta hän myös toteaa, että ". . .frånvaro av gärningsculpa är . . . en helt generell grund för social adekvans. . ." (mts.248-249). Jos sosiaaliadekvanssilla tarkoitetaan yhtäältä sitä, että jokin poikkeussäännös tekee teon sallituksi, ja toisaalta pidetään objektiivisen tuottamuksen puutetta sosiaaliadekvanssin perusteena, päätellään kehässä. Saksalaisen oikeuskirjallisuuden kanta käsitteiden suhteeseen on, että sosiaaliadekvaatti teko ei täytä tunnusmerkistöä, kun sallittu riski on taas eräs oikeuttamisperusteista. Teko on ts. tunnusmerkistön mukainen, mutta ei oikeudenvastainen (ks. *Jescheck* 1978 s.322-326 ja *Haft* 1980 s.82 sekä myös *Lahti* 1982a s.52—53).

han pidämme mielessä yhteisen taustaperustelun. Kun tekoihin liittyy sosiaaliadekvaatteja piirteitä - siis piirteitä joiden vuoksi tahdomme näitä tekoja edistää - voidaan tekojen osittainen hyväksyttävyys ilmaista rangaistusta lieventäen.[129]

c) *Tiivistäen.* — Kriteerit, joiden perusteella menettelyn velvollisuudenvastaisuus arvioidaan - ja siis päätetään onko riskinotto ollut "ainoastaan kielletty vaiko peräti "ankarasti kielletty"(*Kern* 1952 s.257-258 ja 263) - voidaan tiivistää siten seuraavasti:

PERUSTEET	*Menettelyn velvollisuuden vastaisuus*	
	Kasvaa	Heikkenee
Vaarannetut edut:	- arvokkaat	- vähemmän arvokkaat
Loukkauksen todennäköisyys:	- suuri	- pieni
Teko-olosuhteet:	- vaaraa lisäävät	- vaaraa vähentävät
Tekijään liittyvät seikat:	- luottamussuhteen tai aseman perusteella juuri tekijällä erityinen velvollisuus estää loukkaus	- ei erityistä luottamussuhdetta tai velvollisuutta estää seuraus
Ulkopuolisten toiminta:	- ei riko rationaalisuusoletuksia vastaan	- riskiä lisäävä rationaalisuusoletuksia rikkova toiminta
Sosiaaliadekvanssi:	- toiminnalla ei sosiaalisesti perusteltuja tavoitteita	- toiminnalla sosiaalisesti hyväksyttävät päämäärät

Puutteellisenakin asetelma antanee yleiskuvan sen tyyppisistä kriteereistä, joiden arviointiin tuottamuksellisten rikosten toimintavääryyden törkeysarvostelussa tulisi kiinnittää huomio. Näiden perusteiden painottaminen ohi konkreettisten vahinkoseurausten merkitsee samalla siirtymää seurausvastuisesta ajattelusta kriminaalipoliittisesti paremmin perusteltavaan vaarantamisvastuuseen.

3.3.2. Laiminlyönti

a) *Yleistä.*—Tuottamuksellisten rikosten jälkeen on tarkoituksenmukaista kä-

[129] Tähän liittyvänä erityistilanteena voidaan mainita urheiluloukkaukset. Jos annettuja sääntöjä ja turvatoimia on noudatettu, vapautunee tekijä vastuusta, edellyttäen, että kyseessä on ollut pelisääntöjen "normaali" rikkominen (ks. tarkemmin *Jareborg* 1984 s.239-240).

sitellä myös laiminlyöntirikoksiin liittyvät moitittavuusongelmat. Oikeuskirjallisuudessa, ja paikoin lainsäädännössäkin[130], on usein tuotu esiin näkemys, jonka mukaan ns. epävarsinaisia laiminlyöntirikoksia tulisi arvostella vastaavia tekemisrikoksia lievemmin. Pohjoismaisista kirjoittajista rangaistuksen lievennystä on puolustanut mm. *Bratholm* katsoen laiminlyönnin olevan (usein) vähemmän moitittavaa.[131] *Jareborg* toteaa laiminlyöntiin syyllistyvien olevan vähemmän vaarallisia (*Jareborg* 1984 s. 121). Saksalaisella kielialueella hyväksytyn perustelun mukaan positiivinen teko vaatii aktiivisempaa rikollista tahtoa kuin passiivinen tekemättä jättäminen. Vain ensin mainittuun saattaa liittyä sellaista vaivannäköä ja esteiden raivaamista, joka on osoituksena "rikollisen energian erityisestä voimakkuudesta".[132]

Lievennyksen perusta olisi siten joko psykologisen syyllisyyskäsityksen mukaisessa alentuneessa syyllisyydessä tai tekijävaarallisuudessa. Kysymys on kuitenkin osittain riitainen ja edellyttää jatkotarkasteluja.

> Laiminlyöntirikoksiin liittyviä oikeussystemaattisia ongelmia voidaan hahmottaa joko konkreettisten rikosten tai tunnusmerkistöjen tasolla. Tunnusmerkistötasolla voidaan erottaa komissiividelikti ja omissiividelikti (*Jareborg* 1984 s. 199 ja samoin *Träskman* 1977 s. 77). Omissiivideliktin tunnusmerkistö edellyttää aina, että joku ei ole tehnyt jotain vaadittavaa tekoa (=laiminlyönti, ks. myös *Palmén* 1978 s. 14-15 ja 20). Komissiivideliktejä ovat kaikki muut toiminnalla tai laiminlyönnillä toteutettavat teot. Konkreettisella ratkaisutasolla vasta ratkeaa, kuinka komissiividelikti on suoritettu. Tällöin on mahdollista puhua tekemisrikoksesta ja epävarsinaisesta laiminlyöntirikoksesta. Omissiivideliktin konkreettinen muoto on vastaavasti varsinainen laiminlyöntirikos. Ottamalla

---

[130] Saksan liittotasavallan rikoslakiin otettiin vuonna 1973 säännös, joka antaa mahdollisuuden tulkita olosuhde yleiseksi vähentämisperusteeksi (ks. StGB 13 § 2 ja *Schönke-Schröder* 13 § 64). Itävallan rikoslain 34 § 5-kohta nimeää laiminlyönnin normaaliksi lieventämisperusteeksi ja rajoittaa sen koskemaan seurausten estämättä jättämistä epävarsinaisissa laiminlyöntirikoksissa (*Pallin* 1982 s. 43). Säännöksen mukaan rangaistusta on mahdollista lieventää, milloin tekijä "sich ledlich dadurch strafbar gemacht hat, dass er es in einem Fall, in dem das Gesetz die Herbeifuhrung eines Erfolges mit Strafe bedroght, unterlassen hat, den Erfolg abzuwenden" (tulkinnasta *Dokumentation* ÖStGB s. 90, *Pallin* 1982 s. 43-44). Laiminlyönnin lievemmän rangaistavuuden osoituksena voisi *Jareborgin* mukaan pitää jo yhteiskunnan syntiluetteloksi nimetyn rikoslain sisältämien laiminlyöntikriminalisointien vähäistä määrää sinänsä (*Jareborg* 1984 s. 118-119).

[131] "Icke . . . så klanderverdig", *Bratholm* 1980 s. 360, kirjoittaja vetoaa lisäksi tekijävaarallisuuteen. Ks. myös *Koskinen* 1986 s.120.

[132] Näin ovat lievennystä perustelleet muun muassa *Bruns* 1980 s. 150, *Jescheck* 1978 s. 496, *Schönke-Schröder* 14 § 65, *Horn* 13 § 65 ja *Timpe* 1983 s. 158 alav. 31 mainitut lähteet. Itävallan oikeudesta ks. *Pallin* 1982 s. 44 ja *Dokumentation* ÖStGB s. 90.

lisäksi asetelman eri syyksiluettavuuden lajit saadaan seuraava, tämän tutkimuksen kysymyksenasettelua palveleva ryhmitys.[133]

Tunnusmerkistötaso	Konkreettiset teot	Tahalliset	Tuottamus
KOMISSIIVIDELIKTIT	Tekemisrikos	1	2
	Epävarsinainen laiminlyöntirikos	3	4
OMISSIIVIDELIKTIT	Varsinainen laiminlyöntirikos	5	6

Myös rikosten arvottamisongelmia on mahdollista tarkastella tunnusmerkistöjen ja konkreettisten rikostapausten tasolla. Ensin mainittu liittyy lainsäätäjän toimintaan ja ratkaistavana on, kuinka ankara rangaistus eri rikostyypeille on yleensä varattava (abstrakti rangaistusarvo), ja miten rangaistukset on eri tekotyyppien välillä jaettava. Asetelmaryhmissä tämä koskee kysymystä, kuinka tekojen 1-4 rangaistusuhat on suhteutettava tekojen 5-6 rangaistusuhkiin. Mittaamisen kannalta tärkeämpi on tuomarin tehtäväksi jäävä konkreettisten rikosten arvottaminen. Tässä tarkasteltavaksi erotellaan seuraavat kolme kysymystä.

a) Kuinka teon tekeminen laiminlyönnillä eroaa tilanteesta, jossa saman tunnusmerkistön teko suoritetaan aktiivisella tekemisellä?

b) Mihin seikkoihin laiminlyöntirikosten rangaistusten mittaamisessa ylipäätään tulee kiinnittää huomiota?

c) Mikä merkitys on sillä, että olosuhteet, jotka olisivat perustaneet rangaistusvastuun jo pelkästä laiminlyönnistä, ovat käsillä tilanteessa, jossa rikos on kuitenkin toteutettu aktiivisella tekemisellä?

Puhuttaessa laiminlyönnin rangaistusta lieventävästä vaikutuksesta, tarkoitetaan oletettavasti kysymystä a. Pidetään silmällä toisin sanoen epävarsinaisia laiminlyöntirikoksia ja otaksutaan, että tekemisrikokset (lohko 1 ja 2) ovat ankarammin rangaistavat kuin saman tunnusmerkistön laiminlyönnillä toteutettavat teot (lohko 3 ja 4).

b) *Yleisiä huomautuksia epävarsinaisten laiminlyöntirikosten ja tekemisrikosten moitittavuuseroista.* - Tekijä voidaan asettaa vastuuseen epävarsinaisesta laiminlyöntirikoksesta vain, jos hänellä on ollut erityinen oikeudellinen velvollisuus toimia: vaaditaan *vastuuasemaa*.[134] Vastuuaseman synnyttämät velvol-

[133] Asetelma ja käytetyt termit on valittu tämän tutkimuksen tarpeisiin. Muista ratkaisuista ks. *Palmén* 1978 s. 6-21.

[134] Vastuuasema-termiä on käytetty sekä saksalaisissa (''Garantenstellung'') että poh-

lisuudet voidaan sisältönsä puolesta jakaa *suojaamis-* ja *valvontavelvollisuuksiin.*[135] Henkilö asetetaan vastuuseen laiminlyönnistä sen vuoksi, että hän on velvollinen suojelemaan joitakin tai jotakuta erityyppisiä vaaroja vastaan. Perusteena saattavat olla luottamus- ja riippuvuussuhde (mm. läheinen yhteiselämä). Valvontavelvollisuustilanteissa laiminlyöjä vastaa vaaroista, jotka ovat syntyneet vahinkoa edeltävästä omasta tai toisten (valvontavelvolliseen usein käskynalaisuussuhteessa olevien) toiminnasta, sekä vaarasta, joka periytyy muusta vaaralähteestä, josta laiminlyöjän otaksutaan huolehtivan (*Jareborg* 1984 s. 214-224 ja kotimaisesta oikeuskäytännöstä *Palmén* 1978 s. 65-99).

Vaikka vastuuasemaan perustuvien velvollisuuksien luetteloinnilla katsotaan annettavan toimimisvelvollisuuden sisällöllinen kuvaus (*Palmén* 1978 s. 60 ja 64-65), ei luettelo kuitenkaan vastaa kysymykseen, *mikä on vastuuaseman todellinen aineellinen perustelu. Miksi* laiminlyönti rinnastetaan aktiiviseen toimintaan? Rangaistavuuden viimekätisenä perustana voi Jareborgin mukaan olla vain, että henkilön laiminlyönti katsotaan yhtä moitittavaksi kuin aktiivinen tekeminen.[136] Tällä ei kuitenkaan asiaa viedä eteenpäin. Eräänä osaselityksenä sille, *miksi* kussakin konkreettisessa tilanteessa laiminlyönti rinnastetaan moitittavuudeltaan aktiiviseen tekemiseen lienee, että elämisen järjestäminen on käytännöllisempää ja mukavampaa, kun ihmiset voivat luottaa määrätyssä asemassa olevien ihmisten toimivan tietyllä tavalla.

Jos epävarsinaisen laiminlyöntirikoksen rankaiseminen perustuu tekotapojen moitittavuuden samanarvoisuuteen,[137] seuraa tästä kuitenkin kysymys, kuinka olosuhteella voisi sitten olla mittaamisessa merkitystä. Voidaan tietysti noja-

---

joismaisissa esityksissä (''garantställning'' mm. *Jareborg* 1984 s. 211, ks. tarkemmin *Palmén* 1978 s. 29). Vastuuasema viittaa niihin seikkoihin, jotka perustavat velvollisuuden toimia (esimerkiksi läheinen sukulaisuussuhde). Tällaisessa asemassa olevalla on ''erityinen oikeudellinen toimimisvelvollisuus'' (ks. tarkemmin *Palmén* 1978. 30).

[135] Ks. *Palmén* 1978 s.60-62 ja *Jareborg* 1984 s. 214 ss, velvollisuuksien muodollisista jakoperusteista ks. tarkemmin *Palmén* 1978 s. 54-64.

[136] ''. . .(p)likten skall vara så framträdande, att den som inte handlar i enlighet med vad som åligger honom är lika klandervärd som den, som med uppsåt respektive kulpa till en viss följd själv sätter igång en kausalkedja som leder till följder'' (*Jareborg* 1984 s. 214).

[137] Samanarvoisuusvaatimus perustuu Saksan liittotasavallan ja Itävallan järjestelmissä jo suoraan rikoslakiin. Epävarsinaisen laiminlyöntirikoksen rankaisemiseksi edellytetään, että ''das Unterlassen der Verwirklichung des gesetzlichen tatbestandens durch ein Tun entspricht'' (ks. *Haft* 1980 s. 149) tai, että laiminlyönnein tehty rikos ''der Verwirklichung des gesetzlichen tatbildes durch ein Tun gleichzuhalten ist'' (ks. *Pallin* 1982 s. 44). Samanarvoisuuden vahvistaminen on kuitenkin jäänyt oikeustieteen ja käytännön tehtäväksi (ks. *Palmén* 1978 s. 105-106 viitteineen).

ta yleiseen Grenzwert-logiikkaan, ja katsoa, että samanarvoisuus koskee vain rangaistavuuden ehtoja, ei sen aste-eroja (näin esim. *Pallin* 1982 s.44). Tilannetta on myös tulkittu siten, että milloin samanarvoisuus todella toteutuu, ei lain suomaa lievennysmahdollisuutta tulisi käyttää (esimerkiksi *Haft* 1980 s. 149). On myös huomautettu, ettei laki sanamuotonsa mukaan vaadi täydellistä samanarvoisuutta, vaan ainoastaan jonkinlaista "vastaavuutta" (näin Saksan liittotasavallassa *Jescheck* 1978 s. 496). Avainkysymyksestä, milloin teot ovat samanarvoisia ja millä perusteella, eivät nämä esitykset sano mitään.[138] Kysymystä onkin syytä tarkastella yksityiskohtaisemmin tahallisten ja tuottamuksellisten rikosten kannalta erikseen.[139]

c) *Tuottamukselliset komissiivideliktit.—Tuottamuksessa* tekijä on ottanut oikeudettoman riskin ja laiminlyönyt huolellisuusvelvollisuutensa. Tuottamuksellisena syyksiluettava seuraus olisi voitu - ja se olisi pitänyt - välttää ryhtymällä tiettyihin toimenpiteisiin (joko suoraan jättämällä tietty teko tekemättä tai ryhtymällä teon yhteydessä vaadittaviin varotoimenpiteisiin). *Epävarsinaisessa laiminlyöntirikoksessa* tekijä laiminlyö erityisen toimintavelvollisuuden. Tämä velvollisuus liittyy säännönmukaisesti tietyn seurauksen estämiseen. Erityisen toimimisvelvollisuuden täyttääkseen tekijän olisi tullut ryhtyä toimiin tuon seurauksen estämiseksi. Tuottamuksessa noudatettavan huolellisuusvelvollisuuden täyttävän toimenpiteen, samoin kuin laiminlyöntirikoksessa vaikuttavan erityisen toimimisvelvollisuuden täyttävän toimenpiteen lähemmän luonteen määräävät aina asianomaisen yksittäistapauksen olosuhteet (*Palmén* 1976 s. 114-115). Aiheen

---

[138] Kiinnostavin ehdotus perustuu "puhtaiden aiheuttamisrikosten" ja muiden rikosten erottamiseen. Ensin mainituissa toimintavääryyttä ei ole sen tarkemmin määritelty, vaan se tyhjentyy pelkkään seurauksen aiheuttamiseen (esimerkiksi kuolemantuottamus). Vastakohtana olisivat rikokset, joiden toimintavääryys ja tekotapa on tarkemmin säädelty (erehdyttäminen petoksessa). Puhtaissa aiheuttamisrikoksissa rikollisen tahdon intensiteetti oikeuttaisi laiminlyöntirikosten lievempään rankaisemiseen. Jälkimmäisen ryhmän tapauksissa ei sillä, kuinka tunnusmerkistön ehdot ovat täyttyneet, olisi merkitystä, eikä laiminlyönnin lievempään kohteluun niin muodoin olisi aihetta (*Haft* 1980 s. 149-150 viitteineen, vrt. kuit. *Jescheck* 1978 s. 496). Suositus tuo kuitenkin esille vain sen sosiologisen säännönmukaisuuden, että mitä tarkemmin tunnusmerkistön täyttymisen edellytykset on säädetty, sitä vähemmän tilaa jää *minkäänlaisille* vapaaharkintaisille arvottamisperusteille. Löyhästi määritelty tekotapa - esimerkiksi kuolemantuottamus - sen sijaan sallii moitittavuudeltaan hyvinkin eriasteiset toteuttamistavat. Laiminlyönti *saattaa* tällöin olla lievennyksen peruste, välttämättä se ei sitä kuitenkaan ole.

[139] Todettakoon, että seuraava esitys koskee käytännössä lähinnä tilanteita, joissa tekijä jättää estämättä henkeen ja terveyteen kohdistuvien vahinkojen syntymisen (näin myös *Jareborg* 1984 s. 121). Epävarsinaiselta laiminlyöntirikokselta edellytetäänkin usein, että tunnusmerkistön täyttymiseen kuuluu seurauksen syntyminen (ks. *Palmeń* 1978 s. 16-17).

kannalta on oleellista, että useassa tapauksessa *samat toimenpiteet johtavat molempien velvollisuuksien täyttämiseen.*[140]

Tuottamuksellisen epävarsinaisen laiminlyöntirikoksen törkeysarvostelu vastaa siis olennaisilta osiltaan objektiivisen tuottamuksen arvottamista. Ratkaisevana ovat huolellisuusvelvollisuuden (suojaamis- ja valvontavelvollisuuden) laatu ja vaadittava taso sekä tästä tasosta poikkeaminen, tapauksen ulkoiset olosuhteet, toimenpiteen sosiaaliadekvaatti-luonne, kausaalikulun eteneminen jne. Nämä seikat määräävät toteutetun vääryystunnusmerkistön vakavuuden. Sillä, onko velvollisuus rikottu aktiivisella tekemisellä tai passiivisella suhtautumisella ei sinänsä ole itsenäistä merkitystä. Vaihdemies, joka huolimattomuuttaan kytkee väärän vaihteen päälle ja aiheuttaa siten vaaran rautatieliikenteelle, ei syyllisty tekoon sisältyvän aktiivisen toiminnan vuoksi välttämättä sen moitittavampaan menettelyyn kuin tekijä, joka huolimattomuuttaan unohtaa kokonaan velvollisuutensa (näin myös *Bruns* 1974 s. 458). Tuottamuksellisten rikosten törkeysarvostelussa ei sillä, toteutetaanko rikos suoraan aktiivisella toiminnalla vai laiminlyönnillä, ole itsenäistä merkitystä.[141]

d) *Tahalliset laiminlyöntirikokset.*—Tahallisten rikosten toteuttamiseen tähtäävien pyrkimysten suurempi tai pienempi aktiviteetti vaikuttaa kiistatta syyllisyysarvosteluun. Toisaalta epävarsinaiset laiminlyöntirikokset tulevat oikeuskäytännössä harvoin rangaistaviksi tahallisina. Laiminlyönti on käytännössä ajattelemattomuudesta tapahtuvaa eikä harkittua (näin *Palmén* 1978 s. 97-98). Niissäkin teoreettisissa konstruoitavissa tapauksissa, joissa tahallinen rikos olisi toteutettavissa aktiivisin tekemisin ja laiminlyönnein, laiminlyönnin vähempi moitit-

---

[140] Vastuuaseman konstituoimisella onkin Jareborgin mukaan samanaikaisesti ratkaistu myös kysymys, onko laiminlyönti perustanut tuottamusvastuun kannalta välttämättömän oikeudettoman riskinoton. Vaikka kyse asiallisesti on samoihin kriteereihin pohjaavasta ratkaisusta, on ne oikeussystemaattisista syistä pidettävä erillään (näin *Jareborg* 1984 s. 231). Palménin mainitsemassa esimerkissä itseään vahingoittaneen lapsen vanhemmilla on erityinen velvollisuus ryhtyä vamman laadun tarkemmin määrittelemiin hoito-ja avustustoimenpiteisiin. Samat toimenpiteet - hoito, lääkäriin vieminen jne - täyttäisivät myös seurauksien ehkäisemiseksi vaadittavan objektiivisen tuottamuksen mukaisen huolellisuusvelvollisuuden. Erityinen toimintavelvollisuus ja huolellisuusvelvollisuus samaistuvat siten tuottamuksellisissa laiminlyöntirikoksissa (näin *Palmén* 1978 s. 40).

[141] Tähän olisi tietysti tultu myös alussa esitettyjen syyllisyysperustelujen kautta. Laiminlyönnin lievemmän kohtelun perustana oleva "rikollisen tahdon vähäisempi intensiteetti" ei ymmärrettävästikään ulotu tuottamuksellisiin rikoksiin. Oletetusta "esteiden raivaamisesta" ja "päämäärään pyrkimisen sinnikkyydestä" ei tuottamuksellisissa rikoksissa juurikaan saata olla kysymys (näin myös *Bruns* 1974 s. 458 ja *Metzen* 1977 s. 167-168). Ottaen huomioon rikollisella tahdolla operoivien perustelujen epämääräisyyden, on tekstissä käyty laajempi keskustelu kuitenkin puolustettavissa.

tavuus on varsin epävarmaa.[142] Se, kuinka varsinainen tekijäntoimi muodollisesti määritellään, ei sano vielä mitään itse tekotavan julmuudesta ja raakuudesta tai siitä, kuinka suuressa määrin tekijä rikkoo erityisiä velvoitteitaan vastaan[143]. Se, että jokin menettelytapa määritetään laiminlyönniksi suhteessa tiettyyn tunnusmerkistöön, ei toisin sanoen kerro, kuinka sinnikästä ja pontevaa toiminta on *jossakin muussa suhteessa ollut*. Laiminlyönnin kategorinen kytkeminen vähemmän intensiiviseen rikolliseen tahtoon samastaa virheellisesti rikosoikeudellisesti relevantin laiminlyönnin ja passiivisuuden. Sillä, mitä henkilö tietyllä hetkellä tekee, ei välttämättä ole mitään merkitystä sen suhteen, laiminlyökö hän samalla jonkin teon suorittamisen. Tekijä saattaa syyllistyä laiminlyöntiin ja olla samalla hyvinkin aktiivinen (*Jareborg* 1969 s. 97 ja 1984 s. 117 sekä *Palmén* 1978 s. 6).[144] Laiminlyönti tunnusmerkistön tarkoittamassa mielessä voi olla sosiaalisessa merkityksessä hyvinkin ponnekasta pyrkimystä kiellettyyn tulokseen. Henkilö, joka kieltäytyy poistumasta kotirauhan piiristä ja voimakeinoin toteuttaa tahtonsa, syyllistyy lain tarkoittamassa mielessä laiminlyöntiin (”jättää noudattamatta käskyä. . .”, RL 24:1), kun taas henkilö, joka kenenkään konkreettisesti estämättä, tunkeutuu luvatta kotirauhan alueelle toteuttaa rikoksensa aktiivisella tekemisellä.

Ratkaisevaa *tahallisten rikosten* arvostelussa on mm. se, kuinka intensiivisesti tekijä on pyrkinyt päämääräänsä, kuinka varma hän on ollut sen saavuttamisesta ja kuinka piittaamattomasti hän suhtautuu toisten oikeudellisesti suojattuihin etuihin. Sikäli kuin laiminlyönti tai aktiivinen tekeminen antavat tietoa näistä seikoista, on asialla merkitystä törkeysarvostelussa. Pelkästään se, arvostellaanko suhtautuminen määrätyn tunnusmerkistön kannalta laiminlyönniksi tai aktiiviseksi tekemiseksi, ei vaikuta moitearvosteluun.[145] Epävarsinaisia laiminlyöntirikoksia ei ole mahdollista asettaa in abstracto tekemisrikoksista erotettavaan moitekategoriaan, eikä Saksan liittotasavallan mallin mukaista säännöstä ole tarpeen täällä ottaa rikoslakiin.

[142] Vrt. tapausta, jossa äiti antaa lapsensa nääntyä nälkään sen sijaan, että aktiivisella toimella ottaisi tämän hengiltä (ks. esimerkiksi *Bruns* 1974 s. 458).

[143] Lapsensa nälkään näännyttävä äiti (Vrt. av. edellä) joutuu todennäköisesti huomattavasti pitempään taistelemaan ja olemaan piittaamatta hänelle läheisen sukulaisuussuhteen perusteella kuuluvista velvoitteistaan, mikä oikeuttaa pitämään tekoa keskimääräistä törkeämpänä.

[144] Rikosoikeudellinen laiminlyönti on sosiaalinen ilmiö ja sidoksissa määrättyyn tunnusmerkistöön. Sitä saattaa ympäröidä joukko aktiivisia primääritekoja. Käsitteet ovat kuitenkin - kuten jo todettu - osa erilaista todellisuutta (ks. edellä jakso 1.3.2. ja *Jareborg* 1984 s. 114-115).

[145] Näin myös kysymystä Saksan liittotasavallan oikeuden kannalta perusteellisesti pohtinut *Timpe* 1983 s. 151 ss, 197 ja 217.

e) *Laiminlyönnin törkeysarvostelusta - täydentävä huomautus.*—Kysymys *laiminlyönnin itsensä* törkeysarvostelusta on toinen asia, eikä esitys varsinaisesti ole ottanut siihen toistaiseksi kantaa kuin ohimennen. Kuten edellä todettiin, rangaistaan epävarsinaiset laiminlyöntirikokset säännönmukaisesti tuottamuksellisina (ks. edellä jakso c). Laiminlyöntiominaisuuden törkeysarvostelu samastuu tällöin suureksi osaksi yleiseen tuottamusarviointiin, eikä kaipaa uutta esittelyä. Eräät täydentävät näkökohdat ovat kuitenkin paikallaan.

On selvää, että erityinen oikeudellinen toimimisvelvollisuus esiintyy eriasteisena. Milloin vastuun ehdoksi asetettava velvollisuus on konstruoitavissa, mutta tämä velvollisuus on *vahvuudeltaan vähemmän sitova*, on tällä merkitystä mittaamisessa. Yleisen "Grenzwert-teorian" pohjalta voidaankin asettaa periaate: *mitä lähempänä ollaan tilannetta, jossa ei enää voida varmuudella puhua tekijällä olevasta erityisestä toimimisvelvollisuudesta, sitä lievemmin on laiminlyönnistä rangaistava.*

Laiminlyönnin yhteydessä tulevat luonnollisesti arvioitaviksi myös muut tekijän lainnoudattamiskykyyn vaikuttavat seikat, aivan samalla tavoin kuin aktiivisessa tekemisessä. Laiminlyönnin rankaiseminen edellyttää toisin sanoen, että tekijällä olisi ollut sekä tilaisuus että kyky täyttää hänelle asetettu toimimisvelvollisuus (ks. esimerkiksi *Palmén* 1978 s. 30-31 viitteineen). Nämä saattavat paitsi puuttua (jolloin vastuu ei tule kysymykseen), myös esiintyä eriasteisina, jolloin olosuhteilla on vaikutus moitearvosteluun.

3.3.3. *Velvollisuuksien loukkaus yleisenä (tahallisia tekemisrikoksia koskevana) mittaamisperusteena*

Ensimmäisenä tarkastellaan tilanteita, joissa tekijän *ammattiin tai asemaan* liittyy joukko teon syyllisyys- ja vääryyssisältöä korottavia erityisvelvoitteita. Tätä tarkoittavana erityisryhmänä ovat virkamiehet. Toisena pääryhmänä ovat tilanteet, joissa teon erityinen velvollisuudenvastaisuus perustuu *tekijän ja uhrin väliseen suhteeseen.*

a) *Tekijän ammatillinen ja sosiaalinen asema.*—Tekijän ammatti saattaa edellyttää erityistä pidättyvyyttä määrätyistä lainrikkomisista. Taustaperusteiden systematisointi on sen sijaan jo vaikeampaa.[146]

---

[146] *Brunsin* edellyttämä aseman ja rikoksen välinen "sisäinen yhteys" ("innere Zusammenhang", *Bruns* 1980 s. 165) ei vielä paljoa kerro soveltamistilanteiden ehdoista. Systematisointiyrityksistä ks. *Horn* 46 § 73 ja *Bruns* 1974 s. 486-487 sekä sama 1980 s. 166. Kuten Bruns yleisesti toteaa: "Die Rechtssprechung lichtet also vorlaufig ein wenig abgeklärtes Bild" (*Bruns* 1974 s. 488 ks. myös mts. 486). Perusteen "Abuse of Position" tulkinnasta Englannin oikeudessa ks. *Walker* 1985 s.46.

1. Rikos voidaan tehdä *ammattiasemaa suoraan väärin käyttäen*. Esimerkkeinä olisivat vaikkapa lääkärin suorittamat laittomat abortit. Kovennuksen rationa ovat lähinnä lääkäreitä sitovat ylimääräiset eettiset normit[147] (ja viime kädessä se, että tekijä käyttää vääriin tarkoituksiin niitä taitojaan, joihin yhteiskunta on hänet kouluttanut).

2. Tähän liittyvät läheisesti tapaukset, joissa koventamisen perusteluksi esitetään yksinkertaisesti *kohonnutta syyllisyyttä*. Rikokseen ryhtyminen on juuri tämän henkilön aseman vuoksi edellyttänyt erityisten ylimääräisten motivaatioesteiden raivaamista. Esimerkkeinä mainitaan liikenne- ja poliisitoimesta vastaavien henkilöiden syyllistyminen rattijuoppouteen.[148]

3. Kohonneen velvollisuudenvastaisuuden tai syyllisyyden sijasta näyttäisi usein käytännöllisemmältä kytkeä kvalifiointi suoraan siihen, että tällaista asemaa hyväksikäyttäen tehdyt rikokset ovat aseman vuoksi omiaan *onnistumaan paremmin* tai niillä muutoin on *keskimääräistä laajemmat seuraukset*. Ammatillinen tai sosiaalinen asema ja siihen liittyvä luottamussuhde vaikuttaisivat siis *suoraan teon tunnusmerkistön mukaiseen törkeyteen*. Tästä on esimerkkinä ammattijuristin oikeudessa antama perätön lausuma (*Horn* 1977 46 § 73). Rikoksentekijän odotetaan jo ammattinsa vuoksi pysyvän po. tilanteessa totuudessa. Hänen asemaansa luotetaan ehkä tavallista vankemmin. Näin myös annettu perätön lausuma on omiaan vaikuttamaan asian käsittelyyn kenties enemmän, kuin jonkun toisen antama vastaava lausuma.

Tekijän aseman vuoksi teolla voi olla *seurausvaikutuksia myös ohi tunnusmerkistön ydinalueen*. Tätä näkökohtaa soveltaen olisi perusteltua suhtautua eri tavoin esimerkiksi korkean poliisiviranomaisen ja vastaavassa asemassa olevan verovirkamiehen rattijuoppouteen. Ensin mainittu teko on omiaan heikentämään yleisön uskoa niihin toimiin, joita poliisi rikollisuuden vähentämiseksi harjoit-

[147] Ks. myös KKO 1974 II 86. Asevelvollinen oli varastanut puolustuslaitokselle kuuluneen rynnäkkökiväärin luovuttaakseen aseen hyvin tuntemalleen huumausainerikokseen syyllistyneelle henkilölle. Koska varastamisesta siihen nähden, että ase saattoi joutua rikollisten käsiin, oli aiheutunut erityistä vaaraa ja aseen anastusta oli pidettävä *vakavana sotilaalle kuuluvien velvollisuuksien vastaisena tekona*, varastaminen katsottiin törkeäksi. Teko sisälsi ylimääräisen—tiettyä ryhmää koskevien—velvollisuuksien loukkauksen (asevelvollisen erityisvelvoitteena on nimenomaan pitää huoli aseesta ja siitä, ettei se joudu vääriin käsiin).

[148] Ks. *Horn* 46 § 73. Syyllisyysperustelu on tarpeen sen vuoksi, että oikeuskäytäntö on yleisesti tunnustanut liikenteessä kulkijoille samat velvollisuudet (ks. *Bruns* 1974 s. 488 ss. ja 1980 s. 166 ss.). Kovennuksen ratiota ei näin ollen ole mahdollista hakea vääryystunnusmerkistön puolelta. Täällä henkilön virheellinen toiminta merkitsee asemasta riippumatta samanlaista oikeudenloukkausta.

taa.[149] Tällainen rikos on toisin sanoen tunnusmerkistön ulkopuolisilta vahingoiltaan keskimääräistä tuntuvampi. Sen sijaan yhtäläisessä luottamusasemassa olevan verovirkamiehen rikoksella ei ole vastaavaa haittavaikutusta, eikä tällaisen teon ankarampaan arviointiin ainakaan tällä perusteella ole aihetta.

> Eräät rikoslakiprojektin kvalifiointiehdotukset ovat ehkä luontevimmin yhdistettävissä juuri tähän ajatukseen. Ensimmäisessä osamietinnössä esitetään petoksen ja varkauden kvalifiointiperusteiksi "erityisen vastuullista asemaa" sekä vastuullista luottamusasemaa.[150] Tällaisen aseman käyttämistä petosrikoksen tekemiseen (esimerkkeinä mainitaan pankkiliikkeet, asianajotoiminta tai hyväntekeväisyys) olisi ehdotuksen mukaan rangaistava ankarammin, koska muussa tapauksessa murenisi kansalaisten luottamus tarkoitettujen -usein julkisen valvonnan alaisten instituutioiden toimintoihin. Tämän luottamuksen säilyttäminen siten edellyttää, että mahdollisiin väärinkäytöksiin voidaan tarvittaessa puuttua (Rikoslakiprojekti I s. 243).

Kyse ei siis ole pelkästään sen vahingon arvioimisesta, minkä teko säännöksen suojeluobjektina oleville välittömille omaisuusarvoille aiheuttaa. Huomioon otetaan myös ne vahingot, jotka mainitun aseman käyttäminen puheena olevilleinstituutioille ja niiden toiminnalle tuottaa (tunnusmerkistön ulkopuoliset seuraukset). Toiseksi rikoksen toimeenpano on näissä tilanteissa myös tavallista helpompaa (luottamusta nauttiva henkilö ei ole vastaavan kontrollin alainen kuin epäluotettava henkilö). Rikos on siten keskimääräistä todennäköisemmin omiaan johtamaan tavoiteltuun tulokseen. On edelleen otaksuttavissa, että tällaisten henkilöiden vallinnassa olevat omaisuusarvot tekevät rikokset tavallista tuntuvammiksi.[151]

---

[149] Tämänkaltaisesta tilanteesta on osittain kysymys ratkaisussa THO 1961/1982. Syytetty jätti verovuosilta 1974-1978 ilmoittamatta osuuskunnan talletuksista saamiaan korkotuloja kaikkiaan 181 000 mk. Hovioikeus tuomitsi teon jatkettuna törkeänä veropetoksena, ottaen huomioon pidätetyn veron määrän, sekä ". . . *syytetyn aseman osuuskunnan hallintoneuvoston puheenjohtajana säästökassan hallinnossa*. . .". Kyse on siis menettelystä, jonka lainmukaisuus oli ihmisille yleensä jonkin verran epäselvä. Asioiden oikeasta laidasta kiistatta perillä olevan osuuskunnan hallintoneuvoston puheenjohtajan olisi erityisesti tullut kiinnittää huomiota oman toimintansa lainmukaisuuteen. Kvalifiointi voi perustua myös suoraan kohonneeseen syyllisyyteen.

[150] Perusteen sisällyttäminen varkauteen johtuu esinekavalluksen ja varkauden yhdistämisestä (vastaa siten nykyistä RL 29:2:n kvalifiointiperustetta). Sama ajatus halutaan toteuttaa petoksen yhteydessä (perusteluista ks. teksti) joskin käyttäen sanamuodoltaan erilaista ilmaisua (Rikoslakiprojekti I s. 68 ja 243). Nykyisestä laista ks. RL 29:2 ja 45:16.

[151] Rikoslakiprojektin perustelut eivät kaikilta osin tue tässä esitettyä. Ehdotuksessa korostetaan, että "tekijän" on katsottava käyttäneen hyväkseen erityisen vastuullista asemaansa ainoastaan silloin, kun luottamus häneen perustuu hänen *henkilöönsä* (Rikoslakiprojekti I s. 68) ja tekijä väärinkäyttää tätä luottamusta. Lienee kuitenkin selvää, ettei henkilöön pe-

b) *Virkamiesten erityisasemasta.—Virkamiehille* asetettu korostettu lainnoudattamisvelvollisuus ilmenee RL 40:22:sta: "Jos virkamies virkaansa toimittaessaan tekee yleistä lakia vastaan muun rikoksen kuin tässä luvussa mainitun, ja jos rikos ei ole virkavirhe, on se seikka, että se on virassa tapahtunut, kuitenkin katsottava raskauttavaksi."

Yleisen rikoksen tekeminen virassa on siis koventamisperuste.[152] *Viljanen* perustelee kovennuksen ratiota seuraavasti: ". . . pelkkä ulkoinen yhteys viran hoitamisen ja rikoksen välillä riittää jo vahingoittamaan ao. julkisyhteisön arvovaltaa tavalla, joka edellyttää normaalia ankarampaa reaktiota" (*Viljanen* 1984 s.101). Vastaavasti *Koskisen* mukaan ". . . virkamies virassa tekemällään yleisellä rikoksella *aina* loukkaa *jossain mielessä* virkamiehen noudatettavia nuhteettomuusnormeja, vaikkei rikoksella olisikaan asiallista yhteyttä virkatehtäviin" (*Koskinen* 1973 s.271). Saksalaisella kielialueella kovennuksen ratioksi on edelleen esitetty korkeiden virkamiesten tekemiin rikoksiin liittyvä yleisön mielenkiinto, joka oikeuttaisi rangaistusten kovennuksiin *yleispreventiivisin syin* (*Hirsch* LK 46 § 61 ja *Welzel* 1969 s.259). Tämän ohella on yksinkertaisesti katsottu, että virkamiesten tulisi olla "esimerkkinä muille" (*Hirsch* LK 46 § 63 ja *Bruns* 1974 s.484-488).[153] Eri perustelut voivat johtaa osin poikkeaviin lopputuloksiin. Jos kvalifiointi kytketään suoraan rikoksen ominaisuuteen järkyttää "julkisyhteisön arvovaltaa", tulisi perusteen soveltamisen määräytyä sen mukaan, kuinka vahingollinen teko tältä kannalta on. Jos koventamisen rationa on nuhteettomuusnormin rikkominen sinänsä, ei tällaista vertailua tarvitsisi tehdä. Voidaan tietysti kysyä "nuhteettomuusnormien" ratiota ja tavoitteita. Jos tällaisiksi katsotaan julkisyhteisön arvovallan säilyttäminen, vastaa lopputulos ensimmäistä. Todennäköisempää kuitenkin on, että normien tehtävänä on myös - tai jopa ensisijassa - *taata virkatehtävien tehokas ja tunnollinen hoitaminen*. Tällöin kovennusta harkittaessa olisi myös otettava huomioon, missä määrin teko - ja vastaavien toistuminen - olisi vaaraksi *näiden tavoitteiden* kannalta. Joka

---

rustuva luottamus yksin riitä. Luotettavien ihmisten tekemät rikokset eivät sinänsä ole tavallista törkeämpiä. Vaaditaan myös asema. Perustelut viittaisivat siis siihen, ettei asemakaan yksin riitä. Vaaditaan lisäksi, että asemanhaltija on henkilönä luotettava.

[152] Tässä ei siis tarkastella varsinaisten virkarikosten törkeyteen vaikuttavia seikkoja. Niiden arvostelussa virka-asemalla on luonnollisesti keskeinen sija (esim. HHO 1297/1986, jossa RL 40:1[1]:n mukaista sijaisrangaistusta perusteltiin ottaen huomioon ". . .V:n vastaanottamien lahjomien lukumäärä ja arvo sekä hänen vaikutusvaltainen virka-asemansa").

[153] Vetoaminen muille annettavaan "esimerkkiin" ei osoita varsinaisesti miksi tällaista mallia tulisi pitää yllä. Tausta-ajatuksena lienee jo mainittu erityisten "nuhteettomuusnormien" noudattaminen.

tapauksessa tuntuisi tässäkin järkevämmältä kytkeä törkeysarvostelu abstraktisten nuhteettomuusnormien sijasta suoraan teon haitallisuuteen.

c) *Vastuuasemasta sekä tekijän ja uhrin välisestä suhteesta.*—Viimeisenä tulevat useista erityissäännöksistä tutut tilanteet, joissa tekijän ja uhrin välinen suhde on katsottu vuoroin raskauttavaksi, vuoroin lieventäväksi perusteeksi.[154] Oikeussystemaattisena yläkäsitteenä voidaan hyödyntää epävarsinaisten laiminlyöntirikosten yhteydestä tuttua vastuuasemaa ja siitä johdettavia erityisvelvoitteita. Olisihan prima facie oletettavaa, että seikka, joka oikeuttaa rinnastamaan laiminlyönnin tekemiseen, vaikuttaa arvosteluun myös tilanteissa, joissa teko toteutetaan aktiivisella tekemisellä. Tekijäähän rangaistaan, paitsi seurauksen aiheuttamisesta, myös hänelle asetetun ylimääräisen velvollisuuden rikkomisesta. Vastuuasemassa olevan henkilön voidaan myös olettaa olevan tilanteessa, jossa hänen on murrettava ylimääräisiä psyykkisiä esteitä rikokseen ryhtymiseksi, mikä vuorostaan on osoituksena hänen erityisestä *syyllisyydestään* (rikollisen tahdon voimakkuudesta *Horn* 1977 46 § 62). Ehkä luontevampaa olisi katsoa suoraan, että inhimillinen yhteiselämä pohjautuu paljossa erilaisiin luottamussuhteisiin, joiden säilyttäminen ja vaaliminen on sinänsä arvokas asia.

Nyt tarkoitettuihin tilanteisiin voidaan lukea suojaamisvelvollisuuden rikkomisesta seurannut rangaistuksen kovennus, milloin tekijä on *huoltovastuussa* uhrista[155]. Suojaamisvelvollisuuden ohella arvosteluun vaikuttaa tässä henkilölle myönnetyn erityisen *auktoriteettiaseman* ja siihen liittyvän vallanalaisuussuhteen väärinkäyttäminen. Tätä suhdetta on mahdollista käyttää koventamisperusteena myös määrättäessä rangaistusta sanotussa riippuvuusasemassa olevaan uhriin kohdistuneesta väkisinmakaamisrikoksesta (ks. myös *Nousiainen* 1961 s. 264-265). Omaisuusrikoksissa suojaamisvelvollisuuden rikkominen saattaa aktualisoitua erilaisissa tehtäväksiottamistilanteissa. Tästä voisivat olla esimerkkeinä vaikkapa varkausrikokset, joiden toteuttajana on vartiointiliike, joka on ottanut tehtäväkseen liikkeiden suojelemisen varkausrikoksia vastaan.[156] Tällöin tullaan jo varsin lähelle tilanteita, joissa rangaistuksen koventaminen on perusteltavissa erityisen luottamussuhteen rikkomisella (*Hirsch* LK 46 § 40). Liikenne-

[154] Vrt. *Nousiainen* 1961 s.124 , "Tekijän suhteesta objektiin johtuvat perusteet".

[155] Vrt. esim. nuoreen henkilöön kohdistuva haureus tilanteissa, joissa tekijä asemaansa hyväksikäyttäen on sukupuoliyhteydessä uhriin, "joka on hänen huollettavanaan taikka koulussa, muussa laitoksessa tai muuten hänen käskyvaltansa tai valvontansa alainen", RL 20:5.

[156] THO 2217/1984. Myymäläetsiväliikken johtajina toimivat henkilöt olivat kavaltaneet vartioimiensa kuljetusten yhteydessä omaisuutta 48 744 mk:n arvosta. Syytetyt tuomittiin törkeästä kavalluksesta (10 kk vankeutta). Teko katsottiin törkeäksi paitsi omaisuuden arvon perusteella, myös ottaen huomioon, että ". . . kavaltaminen on tapahtunut *käyttäen hyväksi rikoksentekijän luottamuksellista ja vastuullista asemaa*".

rikoksissa suojaamisvelvollisuuden rikkominen saattaa tulla kysymykseen tilanteissa, joissa matkustajiensa turvallisuudesta vastaava linja-autonkuljettaja syyllistyy rattijuoppouteen (ks. myöhemmin jakso V.D.4.2.1.).

Tilanteita arvioitaessa on huomattava, että lopputulos määräytyy aina useamman mittaamisperusteen yhteistuloksena. Mitä korkeammalla abstraktion tasolla ongelmaa käsitellään, sitä vähäisemmät ovat mahdollisuudet ottaa huomioon todellisuudessa esiintyvien mittaamisperusteiden yhdistelmiä. Vastuuaseman ulkoisesti perustavaan suhteeseen voi käytännössä liittyä piirteitä, jotka *muista syistä* vaikuttavat lieventävään suuntaan. Niinpä *sukulaisuussuhde* perustaa eräissä tilanteissa *rangaistuksen kovennuksen*. Tästä on esimerkkinä vanha tappoa koskeva säännös, joka määräsi ankarammin rangaistavaksi rikoksen, jossa "tapettu on sukulainen suoraan ylenevää polvea taikka aviopuoliso" (ks. *Serlachius* 1924 s. 6). Toisissa rikoksissa vastaava suhde perustaa taas *rangaistuksen lievennyksen* (esimerkiksi pesänkavallus RL 30, ks. myös RL 16:10[2], 16:19[2] ja 16:20[2]).

Tämänkaltaiset näennäiset ristiriitaisuudet lienevät osaselityksenä sille, ettei Nousiainen ole kytkenyt säännöksiä laajempiin yhteyksiin.[157] Se, että sama suhde lieventää rangaistuksia omaisuusrikoksissa ja koventaa henkeen ja terveyteen kohdistuvissa rikoksissa, on kuitenkin sopusoinnussa erityistä toimimisvelvollisuutta koskevien oppien kanssa. Erityinen oikeudellinen toimimisvelvollisuus ei yleensäkään ulottunut omaisuutta koskevien vahinkojen torjumiseen. On loogista, että suhde, joka laiminlyöntitapauksissa perustaa vastuun vain henkeen ja terveyteen kohdistuvien vaarojen torjumisessa, rajoittuu myös tekemisrikosten kvalifioinnissa vastaaviin seurauksiin. Se, että sama suhde toisissa rikoksissa johtaa lievennykseen, perustuu vuorostaan jo *toisiin näkökohtiin*. Vangin vapauttamisen, rikoksen ilmoittamatta jättämisen tai rikoksen suosimisen tapauksissa (RL 16:10, 19 ja 20) on kyse tilanteesta, jossa tekijä toimii häneen sanotussa suhteessa olevan henkilön *hyväksi*. Näitä ei tule rinnastaa tilanteisiin, joissa tekijä rikoksen tekemällä rikkoo häneen sanotussa suhteessa olevaa henkilöä *vastaan*.[158] Ensin mainitussa tapauksessa lievennyksen perustaa perheenjäsenten ja sukulaisten välillä vallitseva solidaarisuussuhde, joka luo ristiriidan rikoslain normien asettamien käyttäytymisvaatimusten kanssa. Jälkimmäisessä rangaistusta koventaa tuo sama suhde, joka edellyttää, etteivät sukulaisuussuhteessa olevat henkilöt riko toisiaan vastaan (vrt. vanha isäntappoa koskeva säännös).

[157] "Periaate ei tässä tarjonne analogisesti tulkintamahdollisuuksia"; *Nousiainen* 1961 s. 264.

[158] Tapaus on oiva esimerkki siitä, kuinka puhtaasti reaalimaailman ilmiöihin pohjaava systematisointi saattaa tuottaa kirjoittajalle ongelmia tulkintasuositusten jäsentämisessä (ks. *Nousiaisen* esitystä 1961 s. 264-665).

Myös ristiriita eräiden omaisuusrikosten kanssa on näennäinen. Pesänkavallussäännösten privilegioinnin perusta ei näet ole sukulaisuussuhteessa sinänsä, vaan siihen liittyvässä *omaisuuden yhteisyydessä*. Lievennystä voidaan perustella muun muassa sillä, että omaisuuden erottaminen toisen omasta ei näissä olosuhteissa ole aivan riidatonta.[159] Tilanteet voivat toisin sanoen lähennellä tosiasiaerehdystä. Pyrkimys rajoittaa valtion puuttumista perheen sisäisiin asioihin ilmenee myös siinä, että useissa tapauksissa tämäntyyppiset rikokset on säädetty asianomistajarikoksiksi.

Läheinen sukulaisuussuhde reaalimaailman ilmiönä kätkee taakseen siis *useampia erisuuntaisia normatiivisia näkökohtia*. *Omaisuuden yhteisyys* saattaa johtaa rangaistuksen lievennykseen (*Schönke-Schröder* 46 § 23), *luottamussuhteen rikkominen* ja omistajan hyväuskoisuuden luomat ylimääräiset motivointiesteet rangaistuksen kovennukseen (*Horn* 46 § 61). Kaksisuuntaisuus koskee myös henkeen ja terveyteen kohdistuvia rikoksia. Vanha tappoa koskeva säännös oikeutti rangaistuksen kovennukseen vain, mikäli *lapsi* rikkoi vanhempiaan vastaan. Sukulaisuussuhde ei sen sijaan koidu *vanhemman* vahingoksi, joka rikkoo lastaan vastaan. Päinvastoin, vanhempien - nyttemmin jo kumottu -kuritusoikeutta koskeva säännös oikeutti aikaisemmin lievään pahoinpitelyyn. Ratkaisevana ei siten ole *sukulaisuussuhde sinänsä*, vaan *sen mukanaan tuomat oikeudet ja velvollisuudet*. Autoritäärisen ja patriarkaalisen yhteiskunnan normien mukaan oikeudet perheessä jakaantuivat vanhemmille (isälle) ja velvollisuudet lapsille. Lastaan pahoinpitelevä isä harjoitti kasvattajan oikeutta, isäänsä pahoinpitelevä lapsi loukkasi vastoin yhteisesti hyväksyttyjä pieteettisääntöjä.[160]

---

[159] Olosuhteen merkitystä havainnollistaa seuraava oikeustapaus: KKO 1978 II 78: Syytetty oli anastanut asunnosta, jossa hän oli jonkin aikaa asunut yhdessä asianomistajan kanssa, irtainta omaisuutta (mm. väritelevision) kaikkiaan 3150 mk:n arvosta. HO tuomitsi omaisuuden arvon perusteella törkeästä varkaudesta (huom. vuosi). KKO totesi päätöksessään äänin 3-2, "ettei varkautta *siihen nähden, että syytetty oli jonkin aikaa asunut yhdessä asianomistajan kanssa ole, huomioon ottaen rikokseen johtaneet ja siitä ilmenevät seikat kokonaisuudessaan pidettävä törkeänä*".

[160] Isäntapposäännöstä tulkinnut *Serlachius* esiintyy aikansa tulkkina pohtiessaan, miksi laki puhuu vain sukulaisuudesta suoraan *alenevassa* polvessa. Hänen mukaansa sanonta puoltaa ajatusta, jonka mukaan avioliiton ulkopuolisesta raskaudesta syntyneen lapsen ja hänen isänsä välillä vaadittua suhdetta ei vallitse, sillä ". . . tässä on nähtävästi kysymys siitä kunnioituksen tunteesta, minkä lainsäätäjä edellyttää lapsessa ja lapsenlapsessa vanhempiaan ja isovanhempiaan kohtaan. Ja sangen epäilyttävältä tuntuu, olemmeko todella oikeutetut vaatimaan lapselta, joka ei ole isälleen kiitollisuuden velassa mistään muusta kuin äpärälapsen kurjasta kohtalosta, samanlaista kunnioituksen tunnetta velvollisuutensa kokonaan laiminlyönyttä isäänsä kohtaan, kuin katsomme luonnolliseksi, kun on kysymys isän ja aviolapsen välisestä" (*Serlachius* 1924 s. 7).

Nyt tarkasteltu peruste on yhtäältä hyvä osoitus siitä, kuinka konkreettinen mittaamisperuste kätkee taakseen useita periaatteita. Toiseksi erilaisten moraalisten velvoitteiden rikkomisen lukeminen osaksi moitearvostelussa vaikuttavaa materiaalia osoittaa havainnollisesti, kuinka mittaamisperusteiden ala jää aina enemmän tai vähemmän avoimeksi. Nyt kuvattujen tyyppitilanteitten ohella voidaan nimetä lukuisiakin moraaliperiaatteita, jotka eivät ole riittäneet kriminalisointien perustaksi, mutta joiden rikkominen tekee teon moraalisesti moitittavammaksi. Yksi näistä on *kiitollisuudenvelka*. Intuitiomme sanoo, että on väärin rikkoa hyväntekijäänsä vastaan. Rikos, johon sisältyy tällaisia elementtejä koetaan moraalisesti erityisen alhaiseksi.[161] Siltä osin kuin nämä moraaliset arvot kestävät kriittisen tarkastelun ja ovat siis edistettäviä, on niiden huomioiminen mittaamisessakin luvallista.[162]

4. Syyllisyysarvostelua II - Motiivit ja motivointi

4.1. Motiivitermit ja moitearvostelu - yleisiä huomautuksia

Teon motivaatiotaustaa kuvataan varsin monenkirjavin termein. Puhutaan vuoroin motiiveista, vaikuttimista tai tavoitteista.[163] Myös termeille annetut mer-

[161] Ks. esim. KKO 1984 II 96. Uhriaan kukkaruukulla lukuisia kertoja päähän lyönyt ja tämän lopulta kuristanut tekijä tuomittiin KKO:ssa murhasta, koska surmaaminen oli tapahtunut vakaasta harkinnasta ja omanvoitonpyynnöstä sekä erityistä raakuutta ja julmuutta osoittaen (ään.). Perusteluissa todetaan teon taustasta mm. "T:n ja L:n välillä *ei ole ollut riitaa eikä T ole millään tavalla antanut L:lle aihetta käydä hänen kimppuunsa. Päinvastoin T on osoittanut L:ää kohtaan ystävällisyyttä sallimalla hänen, kuten jo kerran aikaisemminkin oli tapahtunut, yöpyä luonaan. Tästä huolimatta L on surmannut nukkuvan T:n...*". Sama ajatus on tuotu esiin ratkaisussa HHO 1603/1984. Tekijä oli anastanut uhrin asunnosta 6000 mk. Varastamisen teki törkeäksi, paitsi omaisuuden arvo se, että teko "*. . . oli kohdistunut 75-vuotiaaseen vanhukseen hänen osoitettuaan ystävällisyyttään asunnossaan yöpynyttä tekijää kohtaan*".

[162] Mitä kiitollisuudenvelkaan tulee, sellaisen kunnioittaminen ja hyvän palkitseminen hyvällä on keskeinen sosiaalisen kanssakäymisen ehto. Sen pettäessä - jos siis rikkomisen hyväntekijää kohtaan olisi yleinen käytäntö - sosiaaliset suhteet ja suhtautuminen kanssaihmisiin sekä sen myötä elämisen laatu kokisivat dramaattisen ja tuhoisan muutoksen.

[163] Mittaamissäännöstön esitöissä kirjoitetaan motiiveista: "Myös rikoksen motiivit vaikuttavat syyllisyysarviointiin. Rikoksen tekeminen palkkiota vastaan mainitaan 2 §:ssä koventamisperusteena, kun taas eräät rikoksen vaikuttimet on mainittu lieventämisperusteina 3 §:ssä" (HE 125/1975 II vp. s.10). Vastaavia määräyksiä löytyy useiden maiden mittaamissäännöstöistä. Tanskan rikoslain 80 § asettaa rangaistuksen mittaamisperusteeksi tekijän vaikuttimet ("bevaeggrunde" ks. *Hurwitz-Waaben* 1971 s.255), Saksan liittotasavallan StGB 46 § mainitsee samassa yhteydessä myös tekijän tavoitteet ("die Beweggrunde und die

kityssisällöt vaihtelevat. Etenkin vanhempi oikeuskirjallisuus tuntui ymmärtävän motiivilla tekoon johtaneita *kausaalisyitä*. *Forsman* puhui aikaisemmassa kirjoituksessaan "vaikuttimesta, joka on johtanut rikokseen" (*Forsman* 1884 s. 22). Myöhemmässä oppikirjassaan hän jo samastaa motiivin teon tarkoitukseen; voimaan, joka yhtäältä saattaa subjektin liikkeeseen, mutta joka samanaikaisesti muodostaa myös teon lopullisen päämäärän.[164] *Serlachius* määritti vaikuttimen rikoksen tekemiseen ulkoapäin vaikuttavaksi tekijäksi ja samasti sen motiiviin (*Serlachius* 1919 s. 212-213). *Honkasalo* ei käytä motiivin käsitettä, vaan puhuu "päämääristä, joista teko saattaa olla lähtöisin".[165] *Kekomäki* erotti selvästi kausaalisen ja finaalisen näkökulman. Motiivit liittyvät kausaaliseen selvitykseen ja teon vaikuttimiin. Ne ovat syitä, "jotka ovat panneet ihmisen liikkeelle". Motiivi on "sisäinen" liikkeelle paneva voima (*Kekomäki* 1933 s. 35 ss. ja alav. 3). Vanhempien kotimaisten kirjoittajien käsitykset olivat siis kutakuinkin yksimielisiä siinä, että motiivi viittaisi tekoa kausaalisesti selittäviin seikkoihin. Se saattoi olla joko ulkoinen (Serlachius) tai sisäinen (Kekomäki). Toisaalta aina ei tehty eroa lähikäsitteisiin. Motiivi samastettiin vuoroin päämäärään (Forsman), vuoroin vaikuttimiin (Serlachius).

Uudemmat pohjoismaiset oppikirjaesitykset eivät selvennä tilannetta paljoakaan. *Andenaes* ja *Bratholm* puhuvat motiivista ja sen suuremmasta tai pienemmästä hylättävyydestä[166] viitaten tällä lähinnä niiden *päämäärien sosiaalieettiseen arviointiin, joihin tekijä teollaan on tähdännyt*. *Hurwitz-Waaben* katsovat motiivin vastaavan yleisessä kielenkäytössä paremmin termiä "vaikutin" (bevaeggrund). Se antaa *psykologisen selityksen* teolle ja liittyy *tekoa ympäröivien olosuhteitten sosiaalieettiseen arvottamiseen* (*Hurwitz-Waaben* 1971 s. 251 ja 255).

Kysymystä meillä laajemmin pohtinut *Nousiainen* siteeraa lukuisia *vanhem-*

Ziele des Täters" ks. *Schönke-Schröder* 46 § 13, *Hirsch* LK 46 § ja *Bruns* 1974 s.549 ja 1980 s.183). Itävallan rikoslain yleissäännöksen mukaan on huomio kiinnitettävä siihen, missä määrin tekoon ovat vaikuttaneet ulkoiset olosuhteet ja vaikuttimet ("äussere Umstände oder Beweggrunde", ÖstGB 32 § 2 st). Erityisinä lieventämis- ja koventamisperusteina mainitaan vuoroin kunnianarvoisat ("achtenswerten") ja paheksuttavat ("verwerflichen") vaikuttimet (ÖStGB 33 § 5 st ja 34 § 3 st). Samansuuntaiset määräykset sisältyvät Kuuban rikoslakiin (Art. 47 ja 52 h). Samoin Neuvostoliiton rikoslain art. 39 3 kohdan mukaan rikoksen tekeminen alhaisista tai kaupallisista motiiveista on raskauttavaa (*Berman* 1972 s.139). Puolan rikoslain 50 § 2 mainitsee niin ikään teon motiivit mittaamista koskevassa yleissäännöksessä.

[164] "Ändamålet eller motivet är . . . det, som sätter subjektet i värksamhet och tillika utgör det slutliga resultatet af handlingen" (*Forsman* 1930 s.183).

[165] Ks. *Honkasalo* III s.267, jossa lisäksi erotetaan päämääristä teon vaikuttimet.

[166] "Den mer eller mindre forkastelige karakter av *motivet* . . ." *Andenaes* 1974a s.416, ks. myös *Bratholm* 1980 s.596.

pia saksalaisia motiivimääritelmiä. Motiivi on ''sieluntila, jossa toimintapäätös syntyy'', ''tahdontila, affekti, luonteentaipumus tai temperamenttitila'', ''päämäärä'', ''tahtoon vaikuttava mielle'', ''mielle siitä hyvänolontunteesta, minkä teon suorittaminen tekijässään tuottaa'', ''luonne'', ''mielentila'' jne.[167] *Uudempi saksalainen mittaamisoppi* samastaa motiivit ja teon vaikuttimet (''beweggrunde'') sekä erottaa ne teon tarkoituksesta.[168] Motiivilla tarkoitetaan sitä *sisäistä voimaa, joka on johtanut tekoon.* Motiivin syyt saattavat olla joko sisäisiä tai ulkoisia, mutta ne ovat kuitenkin aina erotettavissa teon tarkoituksesta (''Ziele''), jolla ymmärretään sitä *konkreettista tulosta,* johon teolla pyritään (*Bruns* 1974 s. 549-550 ja 1980 s. 183.)

Anglosaksisen kirjallisuuden motiivimääritelmät ovat yhtä lukuisat. Etenkin vanhempiin esityksiin on vaikuttanut *Austinin* luonnehdinta motiivista ''toiveena tai haluna'' (desire), tunteena tai ''teon synnyttäneenä sisäisenä voimana''.[169] Erotuksena *tekojen tarkoituksista ja tavoitteista yleensä,* motiivit on myös määritelty konkreettisen tavoitteen (short- range purpose) taustalla vaikuttavaksi *kaukaisemmaksi (long-range purpose) tavoitteeksi* (*Brett* 1963 s. 91). Suhteessa *tunnusmerkistön sisältämiin erityisiin tavoitteisiin* (''spesific intent'') se on määritetty tätä etäisemmäksi *tunnusmerkistöön kuulumattomaksi tavoitteeksi* (Glanville *Williams* 1983 s. 75). Useita käsitemäärittelyjä läpikäynyt *Hall* määrittelee motiivin lyhyesti käyttäytymisen ''syyksi tai aiheeksi''.[170]

Uudempi saksalaisen kielialueen mittaamisoppi pyrki tekemään selvän eron motiivin ja konkreettisen päämäärän välillä. Anglosaksisissa esityksissä korostetaan niin ikään eroa konkreettisen tavoitteen ja motiivin välillä. Käytännössä eron säilyttäminen on vaikeata, sillä molemmista tunnutaan käytettävän samaa termiä.[171] Kirjoituksissa ei myöskään tehdä eroa teon vaikuttimiin. Lyhyt käsiteanalyysi on siten tarpeen.

---

[167] Ks. *Nousiainen* 1961 s.105-112. Kirjoittajan oman määritelmän mukaan motiivi on ''se sisäisten persoonallisuustekijöiden tai sanottujen ja ulkonaisten tekijöiden yhdessä synnyttämä mielenvire, joka silmälläpitäen määrättyä ulkonaista seurausta antaa aiheen sanottuun seuraukseen johtavaan tai pyrkivään tahdontoimintaan'' (mts. 113-114). Määritelmässä peilautuu selvästi ajatus erillisistä ''tahdon toimista'' (''Mental acts'', kritiikistä analyyttisen filosofian piirissä ks. esim. *Jareborg* 1969 s.70 ss).

[168] Molemmista käsitteistä puhutaan tosin usein yhteisnimellä (ks. *Bruns* 1974 s.551).

[169] Ks. *Hall* 1960 s.83 ss., Glanville *Williams* 1961 s.48 ja *Gross* 1979 s.108.

[170] ''Reason or ground of any given conduct'', *Hall* 1960 s.89-90, samoin *Gross* 1979 s.109.

[171] Ks. edellä alaviite 164. Käsitesekaannuksista on esimerkkinä muun muassa anglosaksisen kielialueen dogmin ''Motive does not affect liability'' virhetulkinnat sen vuoksi, ettei olla selvillä, mitä ''motiivi'' tässä tarkoittaa (ks. *Jareborg* 1969 s.130, toisaalta myös ''liability'' voi viitata paitsi vastuun ehtoihin, myös sen määrään, ks. *Fizgerald* 1962 s.120-121).

Excurs: **Motiivit, tavoitteet ja vaikuttimet - hieman käsiteanalyysia**

1. Motiivit ja käyttäytymisen tulkinta

a) Motiivit ja tosiasiat

Ensimmäinen tehtävä on tehdä ero motiivien ja tapausfaktojen välillä. Motiivit onkin erotettu teon konkreettisista tavoitteista. Yhtälailla ne eroavat tekojen välittömistä, tosiasioiden maailmaan kuuluvista syistä. Asian havainnollistavat seuraavat Jareborgilta lainatut esimerkit (*Jareborg* 1969 s. 119 ss):

a) A surmaa B:n. Tapausfaktoina lisäksi, että A anastaa B:n rahat.
b) C surmaa D:n. Tapausfaktoina lisäksi, että D on surmannut C:n veljen.
c) E surmaa F:n. Tapausfaktoina lisäksi, että F on E:n vaikeasti sairas vaimo.

Kysyttäessä selitystä tapahtuneelle on mahdollista vastata joko:

a) A surmasi B:n ottaakseen tämän rahat,
b) B surmasi D:n, koska D oli surmannut B:n veljen ja
c) E surmasi F:n tämän kärsimysten lopettamiseksi,

tai vaihtoehtoisesti:

a) A surmasi B:n rahanahneudesta,
b) C surmasi D:n kostaakseen veljensä kuoleman ja
c) E surmasi F:n myötätunnosta.

Kielellinen intuitio vahvistaa vain jälkimmäisen ryhmän vastaukset motiiveiksi. Kosto, myötätunto ja rahanahneus ovat vastauksia kysymykseen, "mikä oli teon motiivi ?", eivät niinkään selitykset "hän surmasi veljeni", tai "hän kärsi niin paljon".

Vastauksia ei erota niinkään selitysten finaalisuus/ kausaalisuus. Motiivien tulkitseminen yksinomaan kausaalisiksi on perin ongelmallista; normaalistihan motiivit viittaavat oikeusteoriassa finaaliseen selittämiseen. On lisäksi kielellisesti aivan mahdollista puhua sekä eteen- että taaksepäin suuntautuneista motiiveista (vrt. kosto ja mustasukkaisuus sekä ahneus ja voitonhimo). Sen sijaan tarkasteltavaa eroa voi Jareborgia seuraten luonnehtia siten, että motiivia koskevaan kysymykseen annettu vastaus merkitsee teon *tulkitsemista tiettyyn tyyppiluokkaan* kuuluvaksi. Motiivia koskeva vastaus viittaa aina yleisiin (luokka)termeihin, kyse on käyttäytymisen luonnehtimisesta *tietyntyyppiseksi* (mustasukkaisuudeksi, kateudeksi, ahneudeksi ja niin edelleen). Sen sijaan milloin vastauksessa viitataan konkreettisiin tekoihin, tekijän tavoitteisiin ja niihin liittyviin yksittäisiin faktoihin, on kyse teon *perusteiden* - syiden (skäl) - esittelystä. Erona on muun muassa, että henkilö, jolla on peruste (syy tai aihe) tiettyyn tekoon, on aina tästä perusteesta selvillä. Sen sijaan aina ei suinkaan vaadita, että tekijä tiedostaa omat motiivinsa (*Jareborg* 1969 s.

119-120). Teon selittäminen esimerkiksi ahneudesta tapahtuneeksi saattaa tulla tekijälleen hyvinkin yllätyksenä, eikä ole lainkaan varmaa, että tekijä suostuu tämän tulkinnan hyväksymään.

Motiivista tämä teon "peruste" tai "aihe" eroaa siinä, että perusteet selittävät ihmisten käyttäytymistä tiettyihin tosiasioihin viittaamalla.[172] Sen sijaan motiivin esittäminen ei tapahdu välittömästi faktoihin vetoamalla.[173] Tapauksen tosiasialliset piirteet ovat kyllä selityksessä mukana, mutta niiden ohella selityksessä nojaudutaan tavallaan määrättyyn teon *malliin*. Ajatus on, että "kun tekoon liittyy näitä ja näitä piirteitä, on sen katsottava tulleen tehdyn ahneudesta tai mustasukkaisuudesta jne". Yhtä lailla olisi myös mahdollista sanoa teon olevan *osoituksena* ahneudesta tai mustasukkaisuudesta. Motiivia esitettäessä on mielessä tietty teon malli määrättyine piirteineen, ja tarkasteltavana teon piirteiden sopivuus tähän malliin. Jos ne vastaavat toisiaan, voimme selittää teon tyydyttävästi käytetyn mallin ja motiivin avulla. Tämä ei kuitenkaan oikeuta samastamaan motiivia (esimerkiksi Othellon tuntemaa mustasukkaisuutta) niihin faktoihin, jotka osoittavat teon kuuluvan puheena olevan motiivin edustaman tyyppiluokan alaan (siihen, että Othello luuli Desdemonan olleen uskoton).[174]

Motiivin, faktojen, tavoitteiden ja syiden yhteys on siten tiivistettävissä lausein: "Koska A surmasi B:n sen vuoksi (syy), että B rakasteli salaa A:n vaimon kanssa (faktat), oli teon motiivina mustasukkaisuus." ja "Koska A surmasi B:n anastaakseen tämän rahat (tavoite) oli motiivina ahneus (rahanhimo, hyötymistarkoitus jne.)."

Ne tosiasiat, joihin motiivitulkinta liitetään saattavat kuulua menneisyyteen tai tulevaisuuteen. Tämä selittää taipumuksen puhua eteen- tai taaksepäin suuntautuvista motiiveista (*Gross* 1979 s. 107, ks. myös *Jare-*

[172] "Ett skäl för en handling av en viss typ är ett faktum, i ljuset av vilket någon under vissa omständigheter övertygas om att en handling av ifrågavarande typ bör utföras" *Jareborg* 1969 s.109. Vakuuttaessaan näin tekijänsä teon tarpeellisuudesta, tieto perusteesta tekee teon myös ulkopuoliselle ymmärrettäväksi.

[173] Motiivit eivät toisin sanoen ole tekojen syiksi kelpaavia faktoja ja tapahtumia. *Ryle* kirjoittaa: ". . .to explain an action as done from a specified motive or inclination is not to describe the action as the effect of a specified cause. Motives are not happenings and are not therefore the right type to be cause." *Ryle* 1976 s.109. Ks. tämän johdosta myös *Jareborg* 1969 s.116 ss.

[174] Ks. tarkemmin *Jareborg* 1969 s.120-122. Samaa ajatusta heijastanee *Grossin* esitys hänen erottaessaan motiivit tavoitteista (intentions) sillä perusteella, että motiivit ovat kestoltaan tavoitteita pitempiä. Tavoite ikään kuin "katoaa" sen tultua saavutetuksi. "Motiivin lakkaaminen" tuntuu ajatuksena sen sijaan vieraalta (*Gross* 1979 s.107). Ero selittynee juuri sillä, että tavoitteet liittyvät konkreettisiin tekoihin ja näiden tekojen kohtalo määrää tavoitteiden olemassaolon. Motiivin kannalta konkreettinen teko on vain yksi monien tähän tyyppiluokkaan kuuluvien tapausten joukossa. Sen toteuttamisella tai toteuttamatta jäämisellä ei siten ole ratkaisevaa merkitystä motiivin edustaman abstraktion pysyvyyden kannalta.

borg 1969 s. 118 viitteineen). Jopa sama motiivitulkinta voi perustua vuoroin eteen-, vuoroin taaksepäin suuntautuviin faktoihin.[175] Kielenkäyttömme mukaista on nimittää eteenpäin viittaavia tosiasioita *tavoitteiksi* ja menneen ajan faktoja teon *syiksi*.

b) Motiivit moraaliargumentteina

Jos motiivit ovat palautettavissa konkreettisten tekojen tavoitteita ja syitä koskeviksi tosiasiaväittämiksi, voidaan kysyä, onko tällä epämääräisellä ja käsitteellisesti moniselitteisellä väliportaalla mitään järkevää itsenäistä tehtävää.[176]

Motiivien tehtävää ja funktiota etsittäessä on muistettava, että motiiviin viitataan silloin, kun haetaan *selitystä*. Kysymme, "mikä sai A:n tekemään siten, *miksi* hän menetteli siten".[177] Motiivia etsitään toisin sanoen tilanteissa, jotka jollakin tavalla poikkeavat normaalista ja odotetusta käyttäytymisestä. Emme kysy tavaratalosta savukkeita tai leipää ostavalta, mikä on hänen motiivinsa. Motiivia tarjotaan jollakin tavalla poikkeavan, ei-rutiiniluontoisen käyttäytymisen yhteydessä.[178]

Toisaalta kyse ei ole *pelkästä selityksestä*. Esittämällä käyttäytymiselle ymmärrettävän motiivin pyrimme säännönmukaisesti *puolustamaan* toimintaamme. Motiiveista keskusteltaessa teot tavalla tai toisella ovat arvosteltavina, joko juridisesti tai moraalisesti. Motiivit ovat siten usein osa käyttäytymisen moraalista justifikaatiota, tai joka tapauksessa osa käyttäytymisen *moraalista arviointia*.[179] Motiivista puhuminen tuo kes-

[175] Henkirikos tehdään mustasukkaisuudesta sekä silloin, kun se tehdään asianomaisten henkilöiden vastaisen kanssakäymisen estämiseksi, kuin myös silloin, kun se tehdään jo menneiden tapahtumien herättämän tunnekuohun vallassa. Kateus voi olla motiivina, milloin rikoksen konkreettisesti synnytti jälkikäteen saatu tieto kilpailijan menestyksestä tai pyrkimys ennakolta hankaloittaa kilpakumppanin menestystä.

[176] *Jareborgin* mukaan ei sillä, että faktat ovat jälkikäteen käännettävissä motiivitermeiksi olisi sen suurempaa asiallista merkitystä (*Jareborg* 1969 s.132).

[177] *Hurwitz-Waaben* määrittelevätkin motiivin "psykologisiin tekijöihin viittaavaksi selitykseksi" (*Hurwitz-Waaben* 1971 s.251). Ks. myös *Gross* 1979 s.110. "Motives attach only to conduct that is in some way a deviation and that *calls for* an explanation. . ." (painotus alkup.). Seuraavan esityksen johdosta yleisesti ks. *Peters R.S.* 1958 s.28-38 ja *Gross* 1979 s.109-111.

[178] Avioliittoon mennään (yleensä) rakkaudesta ja joululahjoja annetaan (yleensä) ilman takaa-ajatuksia. Jos kuitenkin joudumme kysymään avioliittoon pyrkivän tai lahjoja tarjoavan motiiveja, herättää kysymyksemme välittömästi ajatuksen, että tilanteeseen liittyy jotain epätavallista ja moraalisesti epäilyttävää (ks. *Peters R.S.* 1958 s.30-31). Ks. myös *Ryle* 1976 s.106-107, jossa hän erottaa motiiveista ja pelkästään tavan tai tottumuksen voimasta tehdyt teot toisistaan.

[179] "A motive answers the question why, neither in terms of causation nor in those of a further ulterior objective, but in terms that give a *reason which is the subject of an ethical appraisal*. For when we ask questions about a person's motives, we are asking for data relevant to evaluation of his *character or at least of the morality of a particular act*" (kursiv. tässä). *Hall* 1960 s.93.

kusteluun moraalisen sävyn, joka ei vielä sisälly tavoitteita ja syitä koskeviin faktaväittämiin.[180] Altruismi, egoismi, kateus, ilkeys, voitonhimo, mustasukkaisuus, kostonhimo jne. liittävät teon johonkin luokkaan, jolla on moraalinen väritys. Pidämme kateudesta ja vahingoittamishalusta tehtyjä tekoja intuitiivisesti moitittavampina kuin altruistisista motiiveista tehtyjä rikoksia. Kysyttäessä edelleen syytä tähän, joudutaan konkreettisten tekojen tasolle ja niiden piirteiden pohtimiseen ja erittelyyn, jotka oikeuttavat liittämään tietyn teon egoistisiin, ja toisen altruistisiin motiiveihin. Toisaalta on myös kyettävä selittämään, *miksi* nämä piirteet ansaitsevat kiitosta/moitetta. Selityksenä saattaisi olla esimerkiksi, että altruistisista motiiveista tehty teko pyrkii ihmisten auttamiseen ja yhteisen hyvän lisäämiseen, egoistiset motiivit tähtäävät tekijän oman hyvinvoinnin kasvattamiseen muiden kustannuksella. Näin *motiivien taustaselitykset kääntyvät vähitellen rationaalisiksi, tosiasioihin ja määrättyihin perusperiaatteisiin nojaaviksi väittämiksi*, joista voidaan keskustella intuitioon vetoamatta.

Motiivitermit edustavat toisin sanoen intuitiivisen tason moraaliargumentteja. Ne täyttävät tekojen arvostelussa saman funktion kuin intuitiiviset moraaliperiaatteet yleisessä moraalisessa keskustelussa. Molemmat ovat verraten yleisiä ja yksinkertaisia. Ne ovat syntyneet tilanteiden moninaisuuden hallitsemiseksi. Tämän vuoksi niiden on katettava varsin laaja tapausjoukko, ja tämän tehdäkseen ne saattavat kiinnittää huomiota vain verraten harvoihin tapauspiirteisiin. Intuitiivisen tason "työvälineenä" voidaan motiivein kätevästi ilmaista johonkin tekoon (tekotyyppiin) kohdistettava arvostelma ilman, että täytyy edetä tapauksen kaikkinaisiin yksityiskohtiin ja eritellä niiden merkitys yleisen hyvinvoinnin ja elämisen laadun kannalta. Jos tämä intuitio (tietyn motiivin hyväksyttävyys/paheksuttavuus) riitautetaan, on edettävä niihin piirteisiin, jotka johtavat motiivin käyttöön ja kysyttävä, mikä näissä piirteissä ja millä perusteella oikeuttaa moitteeseen tai siitä luopumiseen. Argumentaatioteknisesti tämä merkitsee siirtymistä intuitiiviselta kriittiselle tasolle.[181]

---

[180] Hieman samaan tapaan *Gross* 1979 s.111 erottaa motiivin tavoitteesta. Ensin mainittu tekee teon ymmärrettäväksi ja tarjoaa selityksen kun taas jälkimmäinen sisältää teon kuvauksen (". . .motive. . .as an explanation of an act and not a description of it") ks. myös *Hall* 1960 s.93.

[181] Intuitiivisen moraalin periaatteet ja motiivit ovat toistensa kaltaisia myös siinä, että ne ovat verraten epämääräisiä, emmekä aina tiedä, mitä periaatteemme edellyttävät ja mikä motiivi on ollut johtamassa tekoon. Moraaliperiaatteet saattavat asettua ristiriitaan juuri sen vuoksi, että ne yleisinä poimivat vain osan tapauspiirteistä. Samat piirteet saattavat lukeutua myös toisen periaatteen kannalta relevantteihin kriteereihin. Myös motiivit saattavat olla kilpailevia, eikä motiivia koskaan voida suoraan "objektiivisesti" havainnoida; se on tulkittava. Kuten *Shwayder* kirjoittaa: "Patterns for explaining human behaviour are legion, and they do in fact frequently compete" (*Shwayder* 1965 s.195, ks. myös *Jareborg* 1969 s.124).

c) Tiivistelmä

Motiivit eroavat konkreettisista tekojen tavoitteista ja syistä eritoten seuraavien piirteittensä vuoksi.

a) Motiivin esittely tarjoaa perusteita käyttäytymisen selittämiseksi ja justifioimiseksi. Motiivista puhuminen on tarpeellista ja järkevää kuitenkin vain milloin on jotakin selitettävää ja/tai justifioitavaa, eli milloin käyttäytyminen jollakin tavalla poikkeaa odotetusta ja tavallisesta.[182] Kun kysymys motiivista herätetään vain tilanteissa, joissa on kyse teon moraalisesta arvioinnista, on selvää, että tarjotut perusteet (motiivit) ovat myös sellaisia syitä, joilla on relevanssia teon moraalisen arvon punnitsemisessa. Motiivit ovat deontologisia oikeudenmukaisuusargumentteja.

b) Yksittäisen teon tavoitteesta tai aiheesta motiivi eroaa siinä, että se viittaa aina määrättyyn tekojen luokkaan. Motiivin antaminen merkitsee yksittäisteon tulkitsemista tuon luokan jäseneksi tekoon liittyvien faktojen perusteella. Teko on tehty rahanahneudesta (kateudesta, mustasukkaisuudesta), koska siihen liittyy määrättyjä piirteitä, joiden perusteella olemme valmiita suhtautumaan tekoon positiivisesti tai negatiivisesti. Näiden piirteiden yksityiskohtainen läpikäyminen on tarpeetonta, milloin ne kerätään kokoavasti määrätyn motiivin alle. Motiivit ovat tässä mielessä tekojen arvottamisessa käytettyjä, intuitiivisen tason moraalisia leimasimia.

Milloin intuitiivisen tason argumentaatio ei tyydytä, edellyttää motiivien hyväksyminen mittaamisperusteeksi motiiviargumenttien rationaliteetin tutkimista (ja intuitiivisen moraalin alistamista kriittisen tason tarkasteltavaksi). Konkreettiset tavoitteet viittaavat sen sijaan usein jo suoraan pragmaattis-rationaalisiin syihin.

c) Motiivit ovat tekojen tyyppiluonnehdintoina *yleisiä*. Ne kuvaavat tekojen *luokkaa* . Tällaisena ne eivät välttämättä liity mihinkään konkreettiseen tunnusmerkistöön, ja ovat siten luonteva osa mittaamisopin yleistä osaa. Tavoitteet liittyvät konkreettisiin rikoksiin. Mainintoja niistä sisältyy siten usein yksittäisiin tunnusmerkistöihin, mikä siirtää näiden tarkastelun suureksi osaksi erityisen osan puolelle.

2. Motiivit, vaikuttimet ja motivointitilanne

Motiivin ja teon tavoitteiden erottaminen heijastelee eroa motiivien ja faktojen välillä. Arkikieli on varannut motiivin rinnalle tavoitteiden ja päämäärän ohella käytettäväksi myös termin "vaikuttimet". Kahden eri

[182] Ei ole toisin sanoen tarpeen erikseen kysyä myymälävarkaan motiivia, koska odotusarvoina, jotka eivät vaikuta teon arvosteluun, ovat joko jännityksen hankkiminen elämään tai taloudelliset motiivit. Sen sijaan vaimonsa surmanneen - ja ylipäänsä henkirikoksiin syyllistyneiden motiiveista kaivataan tietoa -koska ihmisten surmaaminen jokseenkin kaikissa oloissa poikkeaa odotetusta ja totutusta käyttäytymisestä, joka vaatii selityksen.

termin käyttö kielii myös asiallisten merkityserojen mahdollisuuksista. Oikeuskirjallisuudessa käsitteitä ei kuitenkaan eroteta toisistaan, vaan motiivit ja vaikuttimet mainitaan yhdessä tekemättä eroa näiden välillä.

Kielellisesti "vaikutin" vittaa rikoksentekopäätökseen ulkoapäin "vaikuttaneisiin" voimiin. Tavoitteet ja tarkoitukset ovat tavallaan sisällä teossa. Vaikutteet otetaan sen sijaan tarkasteltaviksi tekoon kuulumattomina, tekijän motivaatioon vaikuttaneina seikkoina. Vaikuttimista puhuttaessa mielissä on siten ensisijaisesti teon kausaalinen selittäminen. Tämän näkökulman voi myös sanoa kiinnittävän huomionsa pikemminkin itse *tekopäätökseen* kuin tuon teon arviointiin kokonaisuudessaan. Kyse on siitä, missä määrin tekopäätökseen vaikuttaneiden seikkojen valossa on oikeutettua moittia tekijää tekemänsä teon vuoksi. Kun moitteen ehtona on toisintoimimismahdollisuus, johtaa vaikuttimien tarkastelu usein juuri tekijän käytössä olleiden mahdollisuuksien (ja kyvyn) tarkasteluun. Näin vaikuttimet ovat yhteydessä itse motivointitilanteeseen ja normatiivisen syyllisyyskäsityksen korostamaan oppiin "normaaleista motivointimahdollisuuksista". Vaaditaan, että tekijällä on ulkoiset mahdollisuudet vapaasti tehdä toimintaansa koskevat päätökset. Dogmaattisesti tämä toteutettiin muun muassa sisällyttämällä "normaalinen motivointimahdollisuus" tai "vallitsevat olosuhteet" syyllisyyden elementiksi (ks. esimerkiksi *Hiltunen* 1951 s. 209-210 ja *Utriainen* 1984 s. 117 ss).

Tämän kanssa on sopusoinnussa myös mittaamissäännöstön tapa liittää vaikuttimet juuri lainnoudattamiskyvyn arviointiin ja tilanteisiin, joissa tekopäätökseen ovat vaikuttaneet poikkeukselliset ulkoiset tekijät. Erotukseksi tapauksista, joissa tekoon ovat "vaikuttimina" olleet painostus, uhka tai houkutus, motiiveista toimiminen on aina toimimista *jonkin vuoksi, jotakin saavuttaakseen*. Se, joka surmaa henkilön tämän aikaisempien tekojen vuoksi, surmaa kosta*akseen*. Motiiveista toimivan ihmisen käyttäytymiselle on luonteenomaista päämäärähakuisuus, silloin kun motiivien "aiheet" tuntuisivat viittaavan menneisyyteen ja kausaalisiin syihin.[183] Fyysisen pakon edessä toimivan käyttäytymistä on mahdollista selittää kausaalisesti viittaamalla ulkoisiin syihin (pakkoon, sen laatuun ja määrään), mutta olisi väärin väittää niitä pakotuskeinoja tekijän motiiveiksi. Pakon edessä rikokseen suostuvan motiivina on esimerkiksi itsesäilytysvaisto (hengissäpysymisen halu, pyrkimys tuskan välttämiseen jne.), *vaikuttimena* itse tekopäätökseen vaikuttanut uhka ja *syynä* esimerkiksi ohimoa vasten painettu ase. Siltä osin kuin tilanne sallii puhua teon *tavoitteista* määräytyisivät ne konkreettisen rikostyypin mukaan.

[183] Vaikka motiivi siis viittaisikin teon taustalla olevaan "psyykkiseen energiaan", on selitys motiiviselityksenä pätevä vain, jos henkilö tuon energian voimalla ja vaikutuksesta tahtoo päätyä johonkin: "Thus fear is linked with the *desire* to escape and therefore it can serve as a motive term" (*Taylor* 1964 s.38 av. tässä, ks. myös *Peters R.S.* 1958 s.31-32).

3. Motiivit ja mielenlaatu

Moraaliarvostelmien kohteena ei ole yksin teko vaan myös sen tekijä, hänen luonteensa ja persoonallisuutensa. Myös motiivit tekojen arvoa mittaavina viittaavat usein tekijän ominaisuuksiin. Näin on asia etenkin, milloin motiiveiksi tarjotaan tunnetermejä (kateus, ylpeys, pahansuopuus jne.) (*Jareborg* 1969 s. 122). Teko, joka on tehty mustasukkaisuudesta, isänmaallisuudesta ja ahneudesta on myös osoituksena samoista luonnetta määrittävistä ominaisuuksista.[184] Teon motiiveista tehdään tällöin päätelmiä esimerkiksi tekijävaarallisuudesta.[185] Myös teon vaikuttimia saatetaan käyttää samaan tarkoitukseen. Niistä saatetaan tehdä päätelmiä tekijän vastaisen sopeutumisen mahdollisuuksista ja uusimisalttiudesta.[186] On kuitenkin toinen kysymys, missä määrin luonnetta koskevat moraalikäsitykset ja arvostelmat saadaan siirtää perusteiksi, joiden nojalla päätetään rikosoikeudellisen rangaistuksen käytöstä (tähän palataan jaksossa IV.C.1.).

a) *Motiivit* liitetään ensi sijassa tekojen moraalisen arvon punnintaan intuitiivisella tasolla. Motiivin nimeäminen merkitsee jollakin tavalla tavallisuudesta poikkeavan käyttäytymisen (finaalista) selittämistä ja käyttäytymisen tulkintaa määrätyn mallin mukaiseksi - teon liittämistä määrättyyn tyyppiluokkaan. Intuitiivisen tason moraalisina leimasimina motiivit on mahdollista alistaa kriittisen rationaalisista lähtökohdista etenevän tarkastelun kohteeksi.

b) *Tavoitteet* liittyvät konkreettisiin tekoihin ja sisältyvät useimmiten jo teon vääryystunnusmerkistöön. Koska kriminalisointien tarkoituksena on haitallisen käyttäytymisen ehkäiseminen, on luonnollista, että nämä teonkuvauksiin sisällytettävät kriteerit valtaosaltaan määrittävät juuri rikoksen vahingollisuutta ja vaarallisuutta, ja ovat siten perusteltavissa rationaalisin argumentein (esimerkiksi vahingoittamistarkoitus). Mikään ei kuitenkaan estä lainsäätäjää liittämästä tunnusmerkistöihin tavoitteita, joiden justifioiminen törkeysarvoste-

[184] Esimerkiksi *Hedenius* perustaa motiivien merkityksen tekojen moraalisessa arvioinnissa juuri siihen, että motiivit sanovat jotakin tekijän persoonallisuudesta, sillä persoonallisuus (luonne) on yksittäisiä tekoja paljon pysyvämpi ja luotettavampi henkilön moraalisuuden arviointiperusta (*Hedenius* 1972 s.133-135).

[185] "I den mån motivet ur social synpunkt framstår som särskilt klandervärt eller tvärtom tämligen ursäkligt eller rent av respektabelt, kan det ofta indicera en högre resp. lägre grad av samhällsfarlighet hos gärningsmannen" (*Agge* II s.217-218). Myös saksalaisen kielialueen mittaamisoppi tarkastelee usein motiiveihin ja tavoitteisiin liittyviä kysymyksiä sekä tekijän luonnetta ja mielenlaatua (Gesinnung) samassa yhteydessä (ks. *Bruns* 1980 s.181 ja 1974 s.548 ss. Ks. myös *Löfgren-Venoja* 1933 s.217-218).

[186] Ks. *Anttila* 1960 s.44, jossa vanhan EhdL:n osalta todetaan teon tekemisen pääasiassa epäedullisten ulkoisten olosuhteiden vaikutuksesta viittaavan siihen, ettei teko ole tekijälleen luonteenomainen, mikä myös puoltaisi ehdollisen rangaistuksen käyttöä.

lun perusteina käy ensi kädessä luontevimmin päinsä syyllisyysargumentein (esimerkiksi "petollinen aikomus" RL 16:14[2]). Kuuluminen tunnusmerkistöön ei siten ratkaise kysymystä tavoitteen ja motiivin tausta-argumenteista, etenkään sen jälkeen, kun tunnusmerkistön on myönnetty sisältävän myös subjektiivisia elementtejä.[187]

Tavoitteiden ja motiivien raja jää siten häilyväksi.[188] Mitä kiinteämmin keskustelu liikkuu yksittäisen teon ja siihen liittyvien faktojen tasolla, sitä helpompaa on kääntää motiivimääritelmät tosiasioita ja konkreettisia tavoitteita koskeviksi pragmaattis-rationaalisiksi argumenteiksi. Tekojen moitearvosteluun *yleensä* keskittyvässä yleisessä osassa on usein luontevinta operoida motiivitermein.

c) *Vaikuttimien* merkitys kytkeytyy ensi sijassa tekopäätöksen syntyyn ja toisintoimimismahdollisuuteen. Operoidaan siten normatiivisen syyllisyyskäsityksen ja tekijän motivointimahdollisuuksien alueella. Kun *motiivien* arvostelussa on paljolti kysymys siitä, kuinka *paheksuttava* tai *hyväksyttävä* teko sosiaaliselta kannalta on, *vaikuttimien ja toisintoimimismahdollisuuden* tutkiminen antaa valaistusta siihen, missä määrin teko on ollut tekopäätöksen syntyolosuhteet huomioon ottaen *ymmärrettävä*. Arvioinnit liikkuvat siten osaksi moitearvostelun eri akseleilla.

d) Motiivit ovat kiistatta keskeisiä tiedonlähteitä tekijän *luonnetta* ja mielentilaa arvosteltaessa. Sen sijaan ei ole lainkaan yhtä selvää, että nämä persoonallisuuspiirteet tulisi hyväksyä sellaisenaan mittaamisperusteiksi. Mielentilaa ilmaisevien motiivien arvo mittaamisperusteena ratkeaa samojen näkökohtien mukaan kuin tekijäpersoonallisuuden merkitys yleisemminkin.

4.2. Motiivit

4.2.1. Motiivit ja sosiaaliadekvanssi

Motiivit ja vaikuttimet yhteen kytkevä saksalainen mittaamisoppi arvioi niiden merkityksen yhtäältä perusteiden moraalisen arvon (kunnianarvoisa/paheksuttava) ja toisaalta niiden vaikutusvoiman (voimakas/heikko) mukaan (*Bruns* 1974 s. 550-551 ja 1980 s. 182 sekä *Schönke-Schröder* 46 § 13). Erotettaessa käsitteet toisistaan, kytkeytyy vaikutusvoiman arvio teon vaikuttimiin

[187] Klassisen kahtiajaon subjektiivinen/objektiivinen pohjalta tilanne oli sikäli selkeä, että teonkuvaus käsitti ulkoisen puolen. Jotta tunnusmerkistöön kuulumattomalla motiivilla saattaisi olla jokin merkitys, olisi se kanavoitava syyllisyyden kautta.

[188] Ks. myös *Brett* 1963 s.91: "There is no acid test for distinquishing between motive and intention."

ja toisintoimimismahdollisuuteen, kun taas motiivien tarkastelu tapahtuu moraalisista lähtökohdista.[189]

Moraalisesti hylättävinä motiiveina kirjallisuudessa mainitaan mm. rikoksen tekeminen voitonhimosta, kostosta, vihasta, mustasukkaisuudesta ja itsekkyydestä. Hyväksyttäviä motiiveja olisivat vastaavasti esim. myötätunto, sääli ja altruismi (*Pentti* 1922 s. 46, *Walker* 1980 s. 132). Siitä, että motiivit vaikuttavat teon moitearvosteluun ollaan yksimielisiä eikä suosituksia ole yleensä edes pyritty perustelemaan.[190] Käytettyjen motiivimääritysten laatu huomioon ottaen nämä ovatkin tarpeettomia. Väite, että rikoksen tekeminen "alhaisista motiiveista" on moitittavampaa kuin teon tekeminen "kunnianarvoisista motiiveista" ei juuri eroa väitteestä: "Alhaisen teon tekeminen on moitittavampaa kuin kunnianarvoisan teon tekeminen." Lause on analyyttisesti tosi.[191] Todellisten ratkaisuperusteiden löytämiseksi on kysyttävä, *mikä* teossa on "alhaista", mikä "kunnianarvoista" ja *miksi* ?

"Kunnianarvoisten ja paheksuttavien" motiivien luetteloiden (ks. esimerkiksi *Bruns* 1974 s. 550-551) tarkastelu vahvistaa käsitystä, jonka mukaan moraalinen arviointi liittyy enemmän tai vähemmän kiinteästi tekojen *sosiaaliadekvanssiin* —siihen mikä on teon yhteiskunnalle tuottama hyöty suhteessa sillä aiheutettuun haittaan.[192] Tämä koskee etenkin moitearvostelua lieventäviä mo-

---

[189] Näin menetellään tässä tekstissä (ks. myös *Walker* 1980 s.132 ja *Bruns* 1974 s.551). Kirjoittajan perusfilosofiasta riippuen tässäkin saattaa ilmetä eroja. Niinpä esimerkiksi *Benthamin* utilitarismi arvotti motiivit hylättäviksi ja paheksuttaviksi yksinomaan motiivien hyvien tai vastaavasti vältettävien seurausten perusteella (ks. *Bentham* 1982 X.29 ja kritiikistä *Levenbook* 1980 s.244 alav. 14). *Gross* kytkee motiivien merkityksen teon moraalisen paheksuttavuuden sijasta sen vaarallisuuteen. Ulkoisesti sama teko saattaa olla hänen mukaansa vaarallisuudeltaan eri asteinen sen mukaan, mitkä motiivit ovat olleet johtamassa tekijän toimintaa (*Gross* 1979 s.104-105).

[190] Kyse on perusteista, joiden yhteydessä vallitsee "almost universal agreement" (*Levenbook* 1980 s.234).

[191] Termien epämääräisyydestä ja mitäänsanomattomuudesta ovat esimerkkinä Itävallan mittaamissäännöstön lainvalmistelutyöt. Näiden mukaan erityisen paheksuttavia olisivat motiivit, jotka herättävät "inhoa". Kunnianarvoisat vaikuttimet vuorostaan määritellään paheksuttavien vaikuttimien vastinepariksi. "Besonders verwerchlich" sind Bewegrunde die mit einer wertverbundenen Einstellung ein für allemal so unvereinbar sind, dass sie Abscheu hervorufen" (Dokumentation ÖStGB s.87 ja sama 88). *Pallin* (1982 s.37) toteaakin lain perustelujen vain korvanneen yhden epämääräisen käsitteen toisella vähintään yhtä tulkinnanvaraisella termillä (jonka oikeutuksesta voi sitä paitsi olla eri mieltä). Ks. myös *Bruns* 1974 s.551, jossa motiivien argumentoinnin kuvataan jääneen edelleen "vulgääris-moraaliselle" tasolle.

[192] Ks. esimerkiksi Honkasalon kuvaus Pyhästä Crispinuksesta, joka varasti nahkaa tehdäkseen lapsille kenkiä (*Honkasalo* III s.267). Samaan ryhmään kuuluvat myös Ande-

tiiveja. Lievempi rankaiseminen on tällöin eräänlainen tunnustus sosiaalisesti hyväksytyille päämäärille. Ihmisiä rohkaistaan periaatteessa toimiin, jotka koituvat yleensä yhteiseksi hyväksi. Tekoon liittyvät muut piirteet ovat tosin juuri tässä tapauksessa syynä siihen, että teko johtaa rangaistukseen. Muissa olosuhteissa nämä samat pyrkimykset olisivat sen sijaan saaneet osakseen kiitosta.

Sosiaaliadekvanssia on mahdollista tarkastella sekä *rikostyypin* että *konkreettisen teon* tasolla. Ensin mainitussa tapauksessa käyttäytymiseen *yleensä* liittyvät sosiaaliadekvaatit piirteet otetaan huomioon tunnusmerkistöä ja rangaistuslatitudia vahvistettaessa. Niinpä liikenteessä kuolee vuosittain moninkertainen määrä ihmisiä verrattuna huumausainekaupan välittömiin uhreihin. Ensin mainittuun liittyvien rikosten sanktiotaso on kuitenkin huomattavasti jälkimmäistä alhaisempi. Sitä vahvistettaessa on täytynyt ottaa huomioon, että liikenne palvelee yhteiskunnan vitaalisia intressejä, huumausainekauppa ei. Määrättäessä rangaistusta yksittäisestä liikenteen vaarantamisesta ei tuomioistuin tietenkään voi ottaa huomioon niitä yhteiskuntaa hyödyttäviä vaikutuksia, joita *liikenteellä yleensä* on. Toisaalta lainsäätäjä ei ole saattanut ottaa huomioon *konkreettisen yksittäisteon poikkeuksellisia sosiaaliadekvaatteja piirteitä* (esimerkiksi sairaankuljetuksen yhteydessä tapahtunut liikenteen vaarantaminen). Näin huomioiminen on tuomarin tehtävänä.

Konkreettisten tekojen tasolla taustaoletuksiin kuuluu ajatus toista vahingoittamaan tai ainakin itseään hyödyntämään tähtäävästä rikoksentekijästä. Asteikkoja rakennettaessa ei ole ajateltu rikoksentekijää, joka pyrkii teollaan toisia hyödyttäviin ja sosiaalisesti hyväksyttäviin päämääriin. Jos sellainen pyrkimys jostain syystä on osoitettavissa, vaikuttaa se säännönmukaisesti rangaistusta lieventävästi. Seuraavassa otetaan lähemmin tarkasteltavaksi kaksi tätä tarkoittavaa erityistilannetta.

Sosiaaliadekvanssin käsite on rikosopillisesti toistaiseksi avoin, eikä sen paikkaa rikoksen rakenneosien joukossa ole tässä yhteydessä tahdottu lähemmin pohtia (kehitelmistä ks. *Schmidhäuser* 1982 s. 170). Saksalainen kirjallisuus tasapainoilee kahden perusratkaisun välissä pyrkien joko sisällyttämään puheena olevat näkökohdat yleisiksi tunnusmerkistötekijöiksi (sosiaaliadekvaatti teko ei siten täyttäisi tunnusmerkistöä), tai muodostamaan sallitusta riskistä yleisen oikeuttamisperusteen (teko on tunnusmerkistön mukainen, mutta sallitun riskin sisältävänä se ei ole oikeudenvastainen, pohdinnoista ks. lyhyesti *Haft* 1980 s. 81-83 ja edellä jakso 3.3.1. alav. 128). Tarkasteltiin käsitettä sitten tunnusmerkistöte-

naesin esimerkki varkaasta, joka anastaa ystäväänsä auttaakseen ja rikoksentekijästä, joka syyllistyy samaan tekoon juomisensa rahoittaakseen (*Andenaes* 1974a s.416 ja edelleen *Bratholm* 1980 s.556).

kijänä tai oikeuttamisperusteena, kattaa se asiallisesti lukuisat muut sisällöltään täsmällisemmät rikosoikeudelliset systeemikategoriat. Jos arviointikriteerinä on "teon yhteiselämälle tuottama hyöty suhteessa sen aiheuttamaan haittaan",[193] on käsite ulotettavissa useammankin rikosoikeudessa jo vakiintuneen nimityksen saaneen vastuuvapausperusteen alueelle (esimerkiksi pakkotila ja hätävarjelu).Ne sosiaaliadekvanssin periaatetta heijastelevat muut tilanteet, joita varten toimiva käsitteistö jo vanhastaan on käytössä, käsitellään omissa yhteyksissään (esimerkiksi pakkotila, hätävarjelu, teon pitäminen oikeutenaan jne.).[194]

4.2.2. Esimerkkejä hyväksyttävistä motiiveista

a) *Kansalaistottelemattomuus.*—Ensimmäisen muista erottuvan ryhmän muodostavat *poliittisista tai yhteiskuntapoliittisista vaikuttimista* tehdyt rikokset.[195] Milloin puheena olevat tavoitteet ja syyt kuuluvat rikoksen normaalimuotoon - ja ovat siten vaikuttaneet jo asteikkoon (lähinnä poliittiset rikokset)— ei niiden erityiseen huomioimiseen ole perustetta (*Andenaes* 1974a s.416). Toisaalta myös konventionaalisiin rikoksiin on mahdollista syyllistyä motiiveista, jotka selvästi poikkeavat normaalitilanteesta. Esimerkkinä tästä ovat kansalaistottelemattomuusliikkeet, joihin osallistuvat henkilöt saattavat mm. kulttuuri- ja ympäristöarvoja puolustaessaan syyllistyä muodollisesti vahingontekoina tai eriasteisina virkamiehen vastustamisrikoksina arvosteltavaan menettelyyn. Sikäli kuin tavoitteiden hyväksyttävyyttä ei sinänsä käy kiistäminen (ja moitittavuus kohdistuu lähinnä vain valittuihin keinoihin), tulisi sosiaaliadekvaatit

---

[193] Ks. *Schmidhäuser* 1982 s. 170, jossa teko katsotaan sosiaaliadekvaattina oikeutetuksi, ". . .wenn es nach der Art seiner Vornahme unter den Gesichtspunkten moderner Zivilisation und in einem weiten Sinn verstandener Lebensfreude der Gesellschaft mehr Nützen als Schaden bringt".

[194] Tämä vastaa asiallisesti *Baumannin* tapaa jättää sosiaaliadekvanssin arviointi viimeiseksi teon rangaistavuutta määrittäväksi kriteeriksi (tunnusmerkistön muiden ehtojen jälkeen, ks. *Baumann-Weber* 1985 s.181 ss). Se, otetaanko teon motivaatiotaustaa koskevat sosiaaliadekvaattiset piirteet huomioon syyllisyys- vai vääryystunnusmerkistöön kuuluvina, on lopputuloksen kannalta samantekevää. Tietenkään niitä ei tule ottaa huomioon kahteen kertaan (kaksinkertainen kvalifiointi). Sosiaaliadekvanssinäkökohta saattaa tulla huomioiduksi myös syyksilukemismuotojen yhteydessä (esimerkiksi piittaamattomuuden ja tuottamuksen astetta määritettäessä). Motiivien moraalisen arvioinnin yhteydessä on luonnollista puhua syyllisyystermein. Tavoitteet ja tekojen tahallisuus liittyvät jo vääryystunnusmerkistön puolelle.

[195] Vrt. myös valtiorikoksista tuomittujen erityiskohtelu rangaistuksen täytäntöönpanossa. Teemasta "Überzeugungsverbrecher" Saksan liittotasavallan oikeudessa ks. *Bruns* 1974 s.557—561.

päämäärät huomioida rangaistuksen lievennyksenä.[196] Ongelma on hiljakkoin tullut esiin niin sanotussa Koijärvi-jutussa:

> Tapauksessa KKO perusteli syyksilukevaa päätöstä sillä, että "ojitussuunnitelma, jonka täytäntöönpanon tuomitut pyrkivät estämään, oli hyväksytty lainmukaisessa järjestyksessä, eivätkä syytetyt ole siten voineet toimia RL 3:10:n tarkoittamassa rangaistavuuden poistavassa pakkotilassa." On kuitenkin kyseenalaista, edellyttääkö laki pakkotilan ohella "hyökkäykseltä" oikeudenvastaisuutta, kuten asia on hätävarjelustapauksessa. Syytettyjen vetoomukseen sen puolesta, että teko joka tapauksessa jäisi anteeksiantoperustein rankaisematta korkein oikeus, myöntäen ensin, että oikeusjärjestyksen säännösten ja niihin perustuvien ratkaisujen oikeudenmukaisuudesta ja tarkoituksenmukaisuudesta voidaan olla useaa mieltä ja että säännökset osittain voivat olla vanhentuneita, jatkoi: ". . .oikeusjärjestykseen sisältyviä säännöksiä muutetaan siten kuin perustuslaissa säädetään. Yhteiskuntarauhan kannalta ei voida puolustaa sellaista sääntöä, että yksilö tai ryhmittymä säädettävän lain kannalta ehkä yleisestikin hyväksyttävän perusteen tai päämäärän mukaisesti ryhtyisi oikeusjärjestyksen syrjäyttämällä toimimaan ikään kuin tuo peruste tai päämäärä olisi jo lainsäädännössä hyväksytty" (KKO 1983 II 159).

Sosiaaliadekvaateista päämääristä ei tilanteessa siis ollut vastuuvapausperusteiksi. Ainakaan päätösperusteluissaan ei KKO katsonut tarpeelliseksi pohtia asiaa mittaamisen kannalta. Ulkomaisesta oikeuskirjallisuudesta ja käytännöstä on löydettävissä lukuisia joustavampia kannanottoja, joista tässä on syytä viitata Norjan korkeimman oikeuden ratkaisuun niin sanotussa Mardola-jutussa. Siinä oikeus lievensi rangaistusta luonnonsuojelutarkoituksessa tehdystä omankädenoikeudesta, ottaen huomioon tekijän "epäitsekkäät ja idealistiset motiivit, sen sympatian, jonka oikeus tuntee syytetyn luontoa puolustavaa toimintaa kohtaan, sekä hänen tällä toiminnalla saavuttamansa positiiviset vaikutukset (yleisön mielipiteen herääminen).[197]

b) *Myötätunto ja sääli - RL 6:3 2-kohdan tulkintaa.*—Kriminalisointien taustaoletuksiin kuului ajatus toista vahingoittamaan tai ainakin itseään hyödyntämään pyrkivästä rikoksentekijästä. Altruistiset ja muita yhteiskunnan jäse-

[196] Tapaukset olisi periaatteessa mahdollista arvioida myös suoraan pakkotilasäännöksen kautta, jolloin on mahdollista päätyä myös rangaistusvastuusta vapautumiseen (ks. kuitenkin mitä tekstiä seuraavassa petiittikappaleessa on todettu).

[197] On syytä siteerata (vaikkapa vain vertailun vuoksi) Norjan korkeimman oikeuden mittaamisperusteluja in extenso (NRt 1972 s.1126):. . ."Ved straffeutmålingen er hensyn tatt til at tiltalte ikke kan sees å ha opptrådt som noen bestemt leder av aksjonen men riktignok vaert en av initiativtakerne. I formildende retning er saerlig lagt vekt på at tiltalte har handlet ut ifra helt uselviske og idealistiske motiver og at man ikke kan unngå å ha sympati for det arbeide han og andre idealister har gjort for natur og miljovern. Den aksjon som ble foretatt i Sandgrovbotn har utvilsomt hatt sin betydning i positiv retning både ved å vekke den alminnelige opinion og intresse blant almenheten og ved overfor myndighetene å peke på de problemer som oppstår ved at den alminnelige mann ikke alltid forstår de bestemmende organers handlemåte når det gjelder kraftutbygging og lignende."

niä hyödyttävät teot poikkeavat oletuksista ja ovat siten yleisesti lievemmin rangaistavia. Tähän kuuluvat myötätunnosta ja säälistä tehdyt rikokset.[198] Ajatus on ilmaistu jo pyynnöstä surmaamista koskevassa säännöksessä (RL 21:3). Tähän määräykseen on nojattu laajennettaessa mittaamisperustetta analogian nojalla muihin rikoksiin.[199] On edelleen pidetty selvänä, että silloinkin kun säännöksen edellyttämä nimenomainen ja vakaa pyyntö puuttuu, olisi lievennys paikallaan.[200] Kun tarkasteltava näkökohta on sijoitettu rangaistuksen lieventämisperusteeksi RL 6:3 2-kohtaan yhdessä rikokseen johtaneen houkutuksen kanssa, analogiaan turvautuminen on vastaisuudessa tarpeetonta. Lainkohdan mukaan rangaistusta lieventää "rikokseen johtanut voimakas inhimillinen myötätunto . . . (joka on ollut omiaan heikentämään tekijän kykyä noudattaa lakia)".

Esimerkkinä myötätunnosta tehdyistä rikoksista hallituksen esityksessä mainitaan "ns. armeliaisuusmurhat, jolloin joku esimerkiksi surmaa vaikeasti sairaan omaisensa tämän äärimmäisten kärsimysten lopettamiseksi". Sääli rikoksen vaikuttimena oikeuttaisi vuorostaan rangaistuksen lieventämiseen myös silloin, kun äiti anastaa ruokatavaroita puutteessa eläville lapsille (HE 125/1975 II vp. s. 14). Sen arvioimiseksi, milloin kyse on lainkohdan "voimakkaasta inhimillisestä myötätunnosta" joudutaan viime kädessä arvioimaan yleisen elämänkokemuksen perusteella.

Myötätunto on mainittu yhdessä painostuksen ja uhan kanssa. Niille on ominaista, että po. olosuhteet ovat olleet omiaan heikentämään tekijän kykyä noudattaa lakia. Lain sanamuoto liittää heikentyneen lainnoudattamiskyvyn kuitenkin ainoastaan painostukseen ja uhkaan.[201] Myötätunto ja sääli poik-

---

[198] Myötätunto mainitaankin säännönmukaisesti esimerkkinä rangaistusta lieventävästä "kunnianarvoisasta" vaikuttimesta, ks. *Pentti* 1922 s.46, *Bratholm* 1980 s.569, *Schönke-Schröder* 46 § 13, *Hirsch* LK 46 § 66, ja *Walker* 1980 s.132.

[199] Tilannetta voi tarkastella myös suostumusopin näkökulmasta (ks. esitystä jaksossa 5.2.).

[200] Ks. *Honkasalo* E I s. 26. Huomattakoon lisäksi, että aikoinaan jo Serlachius puolsi tapolle erikseen säädettävää privilegioitua asteikkoa, milloin tuomittavana olisi esimerkiksi "köyhälle äidille apuna oleva naapurinvaimo, joka huomaa vastasyntyneen lapsen aivan epämuotoiseksi raajarikoksi ja säälistä niin hyvin lasta itseään kuin sen äitiä kohtaan surmaa sen" (*Serlachius* 1924 s.10, ks. myös *Honkasalo* E I s.21).

[201] Kysymys on jossain määrin tulkinnanvarainen. Lain sanamuoto kuuluu: "Rikokseen johtanut voimakas inhimillinen myötätunto taikka poikkeuksellinen ja äkkiarvaamaton houkutus tai muu vastaava seikka, joka on ollut omiaan heikentämään tekijän kykyä noudattaa lakia." Jos ensimmäisen "taikka" sanan edessä olisi pilkku, tekstissä esitetty kanta olisi varmistettu. Sen puuttuessa voi ehkä puoltaa näkemystä, jonka mukaan heikentyneen lainnoudattamiskyvyn tulee ulottua kaikkiin lainkohdassa esitettyihin tilanteisiin. Tekstissä

keavatkin RL 6 luvun tuntemista muista, toisintoimimismahdollisuuksiin kytketyistä lievennysperusteista. Houkutus, painostus tai uhka lieventävät rangaistusta sen vuoksi, että pidämme tällaiseen tekoon ryhtymistä jossain määrin *ymmärrettävänä,* joskaan emme saata tekoa moraalisesti *hyväksyä.* Kun teko tehdään säälistä, myötätunnosta tai auttamishalusta, liitämme tekoon *myös positiivisia* moraalisia kvaliteetteja. Teko on *paitsi ymmärrettävä, myös* tiettyyn pisteeseen saakka *hyväksyttävä.* Sosiaaliadekvanssi tuo mukanaan sosiaalisen *justifikaation* piirteitä erotukseksi pelkästä ymmärtävästä anteeksiannosta.

Myötätunnosta tehdyt rikokset ovatkin hyvä esimerkki siitä, kuinka vaikea on puristaa konkreettisia mittaamisperusteita yhden ainoan kriminaalipoliittisen periaatteen alle. Tässä tapauksessa mukana ovat ainakin seuraavat periaatenäkökohdat. (1) Sosiaaliadekvanssin ohella lievennysperusteluina voidaan esittää *tekijäpersoonallisuutta.* Pidämme myötätuntoista henkilöä paitsi hyvänä -ja siis hyvän kohtelun ansaitsevana - ihmisenä, myös vähemmän vaarallisena ja antisosiaalisena. Tekijän *vaarallisuus* ja *uusien rikosten riski* ei siis edellytä erityisen ankaraa rangaistusta. (2) Myötätunnosta tehdyt rikokset liittyvät säännöllisesti tilanteisiin, joissa uhri pelastetaan suuremmilta kärsimyksiltä. Tilanne voidaan rinnastaa yhtäältä *pakkotilaan* ja olemme lähellä oikeuttamisperustetta. (3) Tapaukseen on sovellettu myös *conditio sine qua non* teoriaa ja katsottu, että milloin kohdetta olisi joka tapauksessa varmuudella kohdannut vahinko, ei teko ollut vahingon syntymisen välttämätön edellytys, mikä myös lieventää rangaistusta (*Bruns* 1974 s. 402 ja *Spendel* 1969 passim). (4) Kysymystä voidaan lähestyä myös *syyksiluettavuusjaksossa* esitellyistä näkökohdista. Tilanteellehan on ominaista, että määrätyt vahinkoseuraukset olivat joka tapauksessa odotettavissa. Tekijä saattoi vain valita niistä pienimmän. Tapausten kulku *ei* siten ollut kokonaisuudessaan hänen *kontrolloitavanaan.* Lähinnä sattuma saneli sen, että juuri asianomainen henkilö on joutunut tarvittavan valintaratkaisun eteen. Toisissa olosuhteissa hänen tilallaan olisi saattanut olla joku muu. (5) Uhri, jonka kärsimyksiä myötätunnosta tehdyn teon kautta pyritään poistamaan, saattaa itse olla hyvinkin tyytyväinen rikoksentekijän ratkaisuun ja voi sitä jopa itse pyytää (vrt. pyynnöstä surmaaminen RL 21:3). Hänellä ei toisin sanoen ole *oikeussuojan tarvetta.* Teko ei loukkaa hänen intressejään ja johtaa siten kokonaisuudessaan normaalia pienempään oikeudenloukkaukseen. (6) On edelleen mahdollista, että rikoksentekijä on tilanteessa voimakkaasti samastunut uhrin kärsimyksiin ja haluaa vapauttaa tämän niistä, siitä huolimatta, että samanaikaisesti tahtoisi noudattaa lakia ja pidättäytyä rikoksesta. Tekoon liittyvät piirteet saattavat toisin sanoen *vaikeuttaa tekijän kykyä toimia normien mukaisesti.* Lievennystä voidaan puolustaa vetoamalla suoraan myötätuntoon lievennyksen ansaitsevana moraalisena hyveenä, osoittamalla, että tällaisista motiiveista toimiva henkilö on vähemmän

---

esitetystä selvinnee kuitenkin, ettei myötätunnon lieventävä vaikutus perustu välttämättä konformiteettiperiaatteeseen, joskin tätä voi pitää tietysti *lisäargumenttina* lievennyksen määrää harkittaessa.

vaarallinen, hänen tekonsa lähentelee pakkotilaa (ja on vähemmän oikeudenvastainen), tapahtumain kulku on ollut normaalia vähemmän tekijän hallinnassa (teko on vähemmän syyksiluettava), teko loukkaa puuttuvien intressien vuoksi keskimääräistä vähemmän säännöksellä suojattuja oikeushyviä, tekijän syyllisyys (normatiivisena syyllisyytenä) on vaikean motivointitilanteen vuoksi alentunut jne. Nämä ovat syitä, joihin intuitiivinen moraalikannanottomme perustuu. Konkreettisissa tilanteissa ne esiintyvät erilaisina yhdistelminä ja erilaisin painotuksin.

4.2.3. Hylättävät motiivit

Hylättäviä motiiveja kuvaavien konkreettisten ja yleistämiskelpoisten esimerkkien löytäminen on huomattavan vaikeata. Vahingoittamistarkoitus - vaikkapa myötätunnon vastakohtana - ei tällaiseksi kelpaa, sillä ajatus toiselle tuotettavasta vahingosta sisältyy jo sellaisenaan useiden tunnusmerkistöjen taustaoletuksiin (rikokset ovat toisten oikeushyvien *loukkauksia*). Ongelmat tulevat parhaiten esiin tarkasteltaessa tavallisimpia kirjallisuuden mainitsemia esimerkkejä.

a) *Esimerkkejä oikeuskirjallisuudesta.*—Rikoksen tekeminen yksinomaan *ajanvietteeksi* ja *huvittelunhalusta* on eräs kirjallisuuden ja osaksi lainsäädännönkin tuntema rangaistusta koventava motiivi.[202] Perusteen esittäjillä lienevät mielessä lähinnä erilaiset väkivaltarikokset, joissa ulkopuolisia pahoinpidellään ilman mitään näkyvää syytä. Yksinomaan omaksi iloksi ja ajankuluksi tehdyt pahoinpitelyt osoittavat erityistä piittaamattomuutta sikäli, että tekijä on asettanut omat objektiivisesti arvoltaan vähäiset intressinsä (huvittelunhalu) huomattavasti tärkeämpien intressien (toisten henki ja terveys) edelle tavalla, joka sotii räikeästi yhteiskunnan muiden jäsenten arvoratkaisuja vastaan. Väkivaltarikosten asteikkorakentelun voi myös otaksua lähtevän ajatuksesta, että teot ovat *jossain mielessä rationaalisesti perusteltavia agression ilmauksia* (tekijä on esimerkiksi riitautunut uhrin kanssa, häntä on ärsytetty jne.). Kun tällaiset rikosta edes jossain määrin selittävät tekijät puuttuvat, on teko myös keskimääräistä moitittavampi.

Kovin suurta painoa ei po. perusteelle kuitenkaan tule antaa. Siihen liittyy ensinnäkin selviä tekijärikosoikeuden vaaroja. Toiseksi sen soveltaminen esimerkiksi omaisuusrikoksiin on varsin kyseenalaista. Varasteleminen puhtaasta ajanvietteestä ilman ansaitsemistarkoitusta on tuskin keskimääräistä moitittavampaa, pikemminkin päinvastoin. Kyse on ts. jälleen melko lailla tunnusmerkistösidonnaisesta perusteesta.

---

[202] Esimerkiksi *Levenbook* 1980 s.234 ja Amerikan osavaltioiden lainsäädäntöön otetuista maininnoista *Jareborg-von Hirsch* 1984 s.186.

Pentti mainitsee raskauttavien motiivien joukossa edelleen teon tekeminen *vihasta, kostosta* tai *mustasukkaisuudesta* (*Pentti* 1922 s. 46). Näiden nimeäminen hylättäviksi vaikuttimiksi perustunee useimmiten puhtaasti moraalisiin kannanottoihin. Viha, kostonhimo ja mustasukkaisuus ovat negatiivisesti arvostettuja tunteita,[203] ja ne paljastavat myös jotakin tekijän luonteesta. Yhtenä osoituksena koston hylättävyydestä voitaneen pitää määräystä, jonka mukaan virkamiehen surmaaminen "virkatoimen vuoksi" rangaistaan murhana.[204] On epävarmaa, oikeuttaako se yleisesti pitämään kostotarkoituksessa tehtyjä rikoksia erityisen ankarasti rangaistavina. Säännöksen tarkoituksena on ensi sijassa virkamiesten oikeussuojan korostaminen. Koston erityisen sanktioinnin kautta luodaan takeet sille, etteivät esimerkiksi virkaa toimittavat poliisit koston pelossa jättäisi virkatoimiaan suorittamatta (ks. myös *Honkasalo* E I s. 23). Koston kvalifiointi lienee kriminaalipoliittisesti tukevammalla pohjalla, jos se kytketään näiden rikosten tavallisesti edellyttämään *harkintaan ja suunnitelmallisuuteen* (samoin *Ashworth* 1983 s. 169).[205] Näin on myös mahdollista erottaa tilanteet, joissa rangaistusta enentävän koston sijasta on kyse pikemminkin moitearvostelua lieventävästä provokaatiosta. Jos kosto kvalifioi tekoon sisältyvän harkinnan vuoksi, provokaatiossa juuri harkinnan puuttuminen selittää, miksi muussa suhteessa niin samantapaiset teot saavat erilaisen käsittelyn.[206]

Toisena motiivina oikeuskirjallisuus on maininnut *mustasukkaisuuden*. Vaikka pitäisimme mustasukkaisuutta hylättävänä luonteenpiirteenä, ei siitä ole yleisesti raskauttavaksi motiiviksi. Mustasukkaisuusrikoksiin liittyy sitä paitsi

---

[203] "Revenge is sweet, but wicked" (*Walker* 1980 s.132) ja mustasukkaisuus on yksi "seitsemästä kuolemansynnistä".

[204] *Honkasalo* katsookin lainkohdan soveltuvan (ilmeisesti) juuri tapauksiin, joissa teko "tapahtuu kostotoimenpiteenä tekijään tai hänelle läheiseen henkilöön kohdistuneen virkatoimen vuoksi", joskin Honkasalon mukaan sanonta "virkatoimen vuoksi" saattaa viitata muihinkin kuin kostotarkoituksessa tehtyihin tekoihin (*Honkasalo* E I s.24).

[205] Koston erityinen paheksuminen on mahdollista perustaa myös samoihin sosiaalisiin tarkoituksenmukaisuusnäkökohtiin, jotka aikoinaan kanavoivat yksityisen koston muuntumisen sovintomenettelyn kautta rangaistukseksi. Koston harjoittaminen käy loppujen lopuksi yhteisön omien intressien vastaiseksi, ks. verikoston syrjäyttämisen selityksistä *Lappi-Seppälä* 1982a s.15 ss.

[206] Ratkaisussa KOHO 1785/1983 alioikeus tuomitsi syytetyn törkeästä pahoinpitelystä perustellen ratkaisuaan sillä, että "pahoinpitely oli tehty erityistä raakuutta ja julmuutta osoittavalla tavalla eli päähän jatkuvasti kenkäjalalla potkimalla ja *sitä oli lähdetty vartavasten suorittamaan kostamistarkoituksessa*. . ." (kursiv. tässä). Hovioikeus ei kuitenkaan "huomioon ottaen, rikokseen johtaneet ja siitä ilmenevät seikat kokonaisuudessaan" pitänyt tekoa törkeänä.

usein lainnoudattamiskykyä heikentäviä piirteitä.[207] Moitearvostelun kannalta olennaista ei niinkään ole motiivien eettinen arvo, vaan motivointivaikeudet ja lainnoudattamiskyky.

b) *Rikoksen tekeminen palkkiota vastaan—RL 6:2 3-kohdan tulkintaa* . - Rikoksen tekeminen palkkiota vastaan on säädetty koventamisperusteeksi RL 6:2 3-kohdassa. Hallituksen esityksen mukaan kyse on syyllisyysarvosteluun vaikuttavasta motiivista (ks. HE 125/1975 II vp. s. 10). Perusteesta todetaan: "Erityisen paheksuttavana on pidetty rikoksen tekemistä palkkiota vastaan. Palkkiota vastaan tehtyihin rikoksiin suhtaudutaan tuomitsevasti, koska palkkiosta toimivalla ei useinkaan ole rikokseen mitään sellaisia vaikuttimia, jotka ehkä muuten voisivat tehdä rikoksen ymmärrettäväksi" (HE 125/1975 II vp. s. 12).

Perustelut nojaavat ensi sijassa oikeudenmukaisuussyihin ja viime kädessä sosiaaliadekvanssin puutteeseen. Jos teon ainoana kannustimena on sen suorittamisesta saatava taloudellinen korvaus, muut tekoa mahdollisesti puolustavat sosiaalisesti hyväksyttävät tarkoitusperät sulkeutuvat jo ennakolta pois.[208] Jos tekoon kuitenkin tällaisia positiivisia vaikuttimia liittyy, on ne luonnollisesti otettava arvostelussa huomioon.

Palkkion arvosteluun koventamisperusteena vaikuttaa olennaisesti sen merkitys tekijän motivaatiossa. Jos asia on tekijälle tässä suhteessa yhdentekevä ja teon vaikuttimet ovat siis muualla, ei pelkkä palkkion tosiasiallinen vastaanottaminen saisi enää vaikuttaa teon arvosteluun.[209] Tämän kanssa sopusoinnussa on esitöiden vaatimus, jonka mukaan säännöksen soveltaminen edellyttää, että palkkiosta on joko sovittava ennakolta tai tekijän on voitava pitää palkkiota aikaisempien kokemustensa perusteella todennäköisenä (HE 125/1975 II vp. s. 12). Vain näissä tilanteissa palkkio on saattanut vaikuttaa tekijän motivaatioon.

---

[207] Mustasukkaisuus - samoin kuin kosto eräissä tapauksissa - havainnollistaa yhdessä ja samassa tilanteessa sitä eroa, joka vallitsee yhtäältä motiivin hylättävän moraalisen laadun ja toisaalta teon ymmärrettävän luonteen välillä. Tässä on myös justifikaation ja anteeksiannon välinen ongelma pähkinänkuoressa.

[208] Tästä käy esimerkkinä hallituksen esityksessä mainittu palkkiota vastaan tehty perätön lausuma poliisitutkinnassa tai tuomioistuimessa. Näihin rikoksiin liittyy usein lieventävänä intressiristiriita (tekijä suojaa lausunnollaan myös omia intressejään), halu sukulaisten tai ystävien auttamiseen, ulkopuolinen painostus ja uhka ja niin edelleen (ks. näistä *Grönvall* 1973 s.28-31). Palkkiosta tehtynä tekoon ei sen sijaan juurikaan saata liittyä nyt mainittuja piirteitä.

[209] Ks. myös *Peters R.S.* 1958 s.34, jossa motiivin erääksi tunnusmerkiksi asetetaan, että juuri *se* on ollut teon syynä "The motive must be *the* reason why he did whatever he did". (painotus alkuperäistekstissä)

Rikoksen törkeys ei sinänsä vaikuta perusteen soveltamiseen. Sen sijaan esityöt rajaavat sen koskemaan vain tahallisia tekoja (HE 125/1975 II vp. s. 12). Itsetiedottoman tuottamuksen (ajattelemattomuuden) kannalta tämä onkin ymmärrettävää. Milloin tuottamukseen sisältyy harkittua riskin ottamista - etenkin liikuttaessa törkeän tuottamuksen ja piittaamattomuuden alueella - rajaus tuntuu perusteettomalta. On hyvin ajateltavissa, että henkilö syyllistyy korvausta vastaan esimerkiksi törkeään liikenteen vaarantamiseen. Tällöinkin tilannetta tulee tarkastella kokonaisuutena. Joka tarjotun rahasumman saadakseen ajaa huomattavalla ylinopeudella kaupungin keskustan halki, ei tekonsa puolustukseksi voi tarjota muuta motiivia kuin rahanahneuden ja mahdollisesti jännityksen hankkimisen. Molemmat ovat huonoja puolustuksia, kun vastassa on toisten ihmisten turvallisuus. Jos tekijä sen sijaan on ottanut palkkion kuljettaakseen kiireiset matkustajat määränpäähän, on teolla jo osittainen sosiaalisesti hyväksyttävä selitys. Vielä suotuisammaksi tilanteen tekee, jos ajon tarkoituksena oli loukkaantuneen kuljettaminen sairaalahoitoon. Sosiaaliadekvaatit päämäärät lieventävät tässä tapauksessa arvostelua. Palkkion ottaminen vuorostaan hillitsee tätä lievennystä, koska se osoittaa, ettei tekijä toimi yksin epäitsekkäästä auttamishalusta, vaan myös taloudellisen edun toivossa. Mitä tietoisempaa tekijän toiminta on, sitä suurempi on mahdollisuus, että myös palkkiolla on sijansa tekopäätöksessä. Koska tahallisten ja tuottamuksellisten rikosten raja ei osu yksiin tiedostetun ja tiedostamattoman toiminnan välisen rajan kanssa, tekopäätökseen vaikuttanut palkkio käy myös tuottamuksellisten rikosten arvosteluperusteesta.

c) *Palkkiosta koventamisperusteena—eräitä ongelmia ja jatkopohdintoja.* - Palkkioon rikoksen koventamisperusteena liittyy kuitenkin eräitä periaatteellisia ongelmia. Jo hallituksen esityksen perustelut osoittavat, että kyse on jossain mielessä epäitsenäisestä koventamisperusteesta. Sen merkitys ei toisin sanoen perustu itse palkkion ottamiseen, vaan siihen, että palkkio osoittaa, ettei tekoon liity *muita* asianhaaroja, jotka tekisivät teon tavallista lievemmin arvosteltavaksi. Samaan lopputulokseen olisi päästy luettelemalla muut teon ymmärrettäväksi tekevät vaikuttimet, ja toteamalla, etteivät ne sovellu puheena olevaan tapaukseen.

Ehkä pulmallisinta RL 6:2 3-kohdan arvioinnissa kuitenkin on, että teosta luvattu palkkio on saattanut muodostua tekijälleen niin suureksi *houkutukseksi*, ettei hän ole voinut vastustaa kiusausta. On toisin sanoen mahdollista, että palkkio muodostaa RL 6:3 2-kohdassa tarkoitetun "poikkeuksellisen ja äkkiarvaamattoman houkutuksen tai muun vastaavan seikan, joka on ollut omiaan heikentämään tekijän kykyä noudattaa lakia". Palkkio saattaa siis *hei-*

kentää syyllisyysmoitetta.[210] Sosiaaliadekvanssi- ja syyllisyysnäkökohdat voivat siten vetää eri suuntiin. Tämä ei kuitenkaan estä niiden molempien samanaikaista arvottamista mittaamisessa. Näkökohtien jännitteessä voidaan johtoa hakea esimerkiksi siitä, onko tekijä oma-aloitteisesti vaatinut palkkiota, vai onko sitä hänelle pyytämättä tarjottu. Ensin mainittua menettelyä voitaneen pitää yleisesti moitittavampana.

Myös *palkkion suuruuden ja rikoksen törkeyden suhde* voi olla relevantti. Vakavan rikoksen tekemisestä tarjottu vaatimaton palkkio ei muodosta sellaista motivointiin vaikuttavaa tekijää, jonka tulisi lieventää syyllisyysmoitetta. Vähäpätöisen rikoksen tekeminen suuren korvauksen houkuttelemana voi motivointiprosessia tarkasteltaessa tuntua jo ymmärrettävämmältä.

Rikoksen tekeminen rahasta ja siihen liittyvät moraaliset kysymykset eivät tule kartoitetuksi vain viittaamalla teon vähäisempään sosiaaliadekvanssiin ja tekijän mahdollisiin motivointivaikeuksiin. Palkkion ottaminen kertoo näet jotakin myös *itse tekijästä* ja hänen *luonteenpiirteistään*. Se, että tekijä suostuu rikkomaan yhteiskunnan normeja vastaan - kunhan vain saa siitä korvauksen - osoittaa erityistä piittaamattomuutta muiden intressejä kohtaan. Hän on valmis asettamaan omat taloudelliset etunsa esimerkiksi muiden terveydellisten intressien edelle. Tekijän motiivit ovat tässä mielessä poikkeuksellisen itsekkäät. Kuvaamme tällaista henkilöä negatiivisin luonnemäärityksin (rahanhimoinen, itsekäs jne.). Toisaalta luonteenpiirteiden sisällyttäminen tarkasteluun problematisoi myös teon törkeyden ja palkkion suuruuden suhteen. Pieni palkkio ei voi motivoida tekijää törkeään rikokseen, ja palkkio on toisin sanoen vaikutusta vaille. Suuren palkkion vaatiminen on osoitus erityisestä ahneudesta, ja tällainen palkkio saattaa toimia myös varsinaisena motiivina. Toisaalta voidaan sanoa, että rikokseen suostuminen vain pientä korvausta vastaan on vuorostaan osoitus erityisestä piittaamattomuudesta - henkilö toisin sanoen arvottaa toisten intressit rahallisessa suhteessa huomattavan "halvoiksi".

Palkkiosta tehdyt rikokset ovat meillä harvinaisia, eikä palkkiolla ole juuri käytännön merkitystä mittaamisperusteena.[211] Näitä rikoksia tehdäänkin esitöiden arveluiden mukaan paljon lähinnä maissa, joissa liigarikollisuuttakin on runsaammin. Liigan jäsenten toimistaan saama korvaus olisikin yleensä luet-

[210] Esimerkiksi Pentti katsoi syyllisyyttä lieventäväksi sen, että tekijä on saatettu tekoon "viettelyksillä, lahjoilla, lupauksilla tai uhkauksilla" (*Pentti* 1922 s.45).

[211] Palkkio on mainittu rangaistuksen koventamisperusteena muun muassa eräässä laajaa julkisuutta saaneessa ja hyvin suunnitellussa murhapolttorikoksessa (Juntusrannan saha Oy, KKO 4534/1981). Varsinaisen polttotyön suorittaneen rangaistusta (4 v 10 kk) kovennettiin palkkion ottamisen (30 000 markkaa) perusteella. Yllyttäjistä toisen rangaistusta (5 v) kovennettiin vuorostaan teon suunnitelmallisuuden (RL 6:2 1-kohta) perusteella.

tava lain tarkoittamaksi palkkioksi (HE 125/1975 II vp. s. 12). Palkkion säätäminen koventamisperusteeksi onkin nähtävä osana taistelua järjestäytynyttä rikollisuutta vastaan. Tämä kytkee perusteen myös pragmaattis-rationaalisiin näkökohtiin ja antaa keskustelulle pitävämmän pohjan. Toisaalta päädytään myös kysymään, onko tilanteessa, jossa liigoittuminen jo itsessään on mainittu laissa omana koventamisperusteenaan tarpeen säätää käytännössä kovin harvinaisesta palkkiosta erikseen omana lainkohtanaan (tarpellisuutta epäili myös Lahti asiantuntijalausunnossaan, *Lahti* 1977a s.63). Lainsäätäjän ratkaisua puolustaa osaksi se, ettei palkkion ottamista ole sidottu järjestäytyneeseen rikollisuuteen. Toisaalta, jos tämän käytännössä niin harvinaisen perusteen rationa on taistelu liigarikollisuutta vastaan, sama perusajatus tulee otetuksi huomioon liigoittumistapauksissa kahteen kertaan kahtena eri koventamisperusteena.[212]

Kaiken kaikkiaan palkkio on lakiin otetuista koventamisperusteista kiistanalaisin ja joka tapauksessa sovellutusalueeltaan kapein. Sen sijoittamista samalle tasolle esim. uusimisen ja suunnitelmallisuuden kanssa voi kritisoida. Lain valmistelutyössä on itse pääasia, palkkion tarjoajan menettelyn moitittavuus jäänyt liiaksi taka-alalle (näin myös *Lahti* 1977a s.63). Palkkion sijaan olisikin ehkä tullut pohtia mahdollisuuksia ottaa lakiin koventamisperuste tilanteita varten, joissa yksi tekijöistä on painostanut muut rikokseen, joko rahaa tarjoamalla tai käyttämällä muutoin hyväksi toisten hänestä riippuvaa tai muutoin alisteista asemaa. Kysymykseen palataan uudestaan jaksossa 6.2.1.

4.3. Toisintoimimismahdollisuus ja motivointitilanne

4.3.1. Toisintoimimismahdollisuus ja RL 6:3:n lieventämisperusteet

Normatiivinen syyllisyyskäsitys asettaa vastuun ehdoiksi normaalit motivointimahdollisuudet. Tätä periaatetta edustavat rikoslain hätävarjelua ja pakkotilaa koskevat yleissäännökset,[213] samoin kuin eräät yksittäiset tunnusmerkis-

[212] Siis sekä Rl 6:2 2- ja 3-kohtien mukaan. Koska liigan toiminta usein on suunnitelmallista, saattaa tilanteeseen soveltua lisäksi suunnitelmallisuutta koskeva RL 6:2 1-kohta.

[213] RL 3:8 ja 3:10. Säännösten pohjalta on *Honkasalo* katsonut lainsäätäjän hyväksyneen sen käsityksen ". . . että syyllisyysmoitteen täytyy vaieta silloin, kun yleiseen elämänkokemukseen katsoen keneltäkään keskimääräiseltä ihmiseltä ei voida odottaa oikeudenmukaiseen toimintaan johtavaa motivointia, toisin sanoen että syyllisyyteen kuuluu paitsi psykologinen myös niin sanottu normatiivinen aines" (*Honkasalo* I s. 163-164 ja sama s. 175). Oikeuskirjallisuutemme on yleensä kuitenkin asettunut Honkasaloa varauksellisemmalle linjalle siltä osin, kuin kysymys on normaaleista motivointimahdollisuuksista syyllisyyden edellytyksinä (ks. *Lahti* 1974 s. 287 viitteineen). Siitä, että periaatteella on oikeutuksensa syyllisyyden *määrän* arvioinnissa ei sen sijaan ole erimielisyyttä (ks. lisäksi *Nousiai-*

töt.[214] Lainnoudattamiskyky vahvistetaan syyllisyysarvostelun olennaiseksi elementiksi myös mittaamissäännöstön lieventämisperusteissa sekä lain esitöissä. Jälkimmäisten mukaan ". . . syyllisyyttä on tarkasteltava sen sosiaalisen tilanteen pohjalta, jossa tekijä toimii", sillä "syyllisyysmoitteeseen vaikuttaa se, missä määrin tekijällä katsotaan olleen mahdollisuuksia toimia toisin kuin hän toimi . . .".[215] Toisintoimimismahdollisuuden arviointia ohjaavat RL 6:3:n 1 ja 2 kohtien lieventämisperusteet. Ensin mainitun lainkohdan mukaan rangaistusta lieventää "rikoksen tekemiseen vaikuttanut huomattava painostus, uhka tai muu sen kaltainen vaikutin". Jälkimmäisessä mainitaan lieventämisperusteena "rikokseen johtanut voimakas inhimillinen myötätunto, poikkeuksellinen ja äkkiarvaamaton houkutus tai muu seikka, joka on ollut omiaan heikentämään tekijän kykyä noudattaa lakia".

Toisintoimimismahdollisuuden teoreettinen erittely paljasti kahdenlaisia vaatimuksia. Henkilöllä tulee olla sekä *subjektiivinen kyky* toimia toisella tavalla, että myös tietyt *ulkoiset mahdollisuudet* tuon kyvyn käyttämiseen. Niin haluttaessa tästä erottelusta löytyy myös selitys lieventämisperusteiden sijoittelulle eri lainkohtiin.[216] Ensimmäinen kohta tuntuu viittaavan enemmänkin toisintoimimismahdollisuutta rajoittaviin ulkoisiin seikkoihin,[217] kun taas jälkim-

nen 1961 s. 263-264). Mittaamissäännöstön perustelujen jälkeen (ks. teksti) on lupa entistä paremmin perustein katsoa Honkasalon tavoin normatiivisuuden vaatimus myös yleiseksi rangaistavuuden ehtoja määrittäväksi kriteeriksi.

[214] Ks. esimerkiksi lapsentappoa koskeva privilegiointi (RL 21:5) ja surmaamisrikoksia koskevat vanhat provokaatiosäännökset.

[215] HE 125/1975 II vp. s. 9 ja s. 10. Sotaväen rikoslain uudistaminen vahvisti sekin normatiivisen syyllisyysajattelun asemaa. Niinpä uuden SRL 32³:n mukaan kurinpitoseuraamusta on mahdollista lieventää, ". . . jos teko on aiheutunut siitä, että esimies on siinä tilaisuudessa, jossa rikos tehtiin, moitittavalla menettelyllä rikoksentekijän vihastuttanut". Vastaavasti esimiehen käsky saattaa RL 3:10a:n mukaan johtaa rangaistuksen tuomitsematta jättämiseen, milloin teko on tehty ". . . sellaisissa olosuhteissa, ettei käskynalainen ole voinut niiden vuoksi olla käskyä täyttämättä".

[216] Ainakin perusteluissa on tehty selvä ero kyvyn ja mahdollisuuden välillä: ". . . normaaliasteikon mukaan rangaistavalle rangaistusta mitattaessa on kiinnitettävä huomiota tekijän *kykyyn* noudattaa lakia. Samoin syyllisyysmoitteeseen vaikuttaa se, missä määrin tekijällä katsotaan olleen *mahdollisuuksia* toimia toisin kuin hän toimi, vaikka kysymys ei olisikaan varsinaisesta pakkotilasta taikka kokonaan rikosoikeudellisen vastuun poistavasta fyysisestä pakosta. Sekä seikat, jotka ovat *heikentäneet tekijän kykyä noudattaa lakia*, että esimerkiksi ulkopuolinen painostus, joka on tosiasiallisesti *vaikuttanut tekijän toimimismahdollisuuksiin* mainitaan lieventämisperusteina 3 §:ssä". (HE 125/1975 II vp. s. 10, kursiv. tässä)

[217] Tätä tukee 1-kohdan lisäperustelut, joiden mukaan puheena olevalla perusteella tarkoitettaisiin ensisijaisesti tilanteita, "joissa yleisen lainkuuliaisuusvelvollisuuden rinnalle syntyy sen kanssa ristiriitainen käyttäytymisodotus, jonka rikkomisesta tekijä pelkää joutuvansa

mäinen kohta painottuu subjektiivisen kyvyn arviointiin. Välitöntä merkitystä säännösten tulkinnalle ei erottelulla kuitenkaan ole.

4.3.2. Painostus ja uhka (RL 6:3 1-kohdan tulkintaa)

Lainkohdan mukaan rangaistusta lieventävät rikoksen tekemiseen vaikuttanut huomattava a) painostus, b) uhka ja c) muu sen kaltainen vaikutin. Näissä tilanteissa tekijällä ei ollut täyttä valinnanvapautta. Psykologisen syyllisyyskäsityksen perustein voidaan myös sanoa, ettei teko ole syntynyt tekijän omasta aloitteesta tai halusta.[218]

Lieventämisperuste koskee ensinnäkin tilanteita, joissa tekijän toimimismahdollisuuksia kavennetaan suoraan fyysisin keinoin, edellyttäen, ettei kyse ole vastuusta vapauttavasta absoluuttisesta pakosta. Fyysisen pakon ohella ulkoiset tekijät saattavat luoda *normiristiriidan*, jolloin tekijä tuntee olevansa velvollinen seuraamaan lain kanssa ristiriidassa olevaa toista normia. Esitöissä mainitaan tästä tapauksesta esimiehen alaiselleen antama käsky rikoksen tekemiseen. Esitöiden mukaan perustetta olisi mahdollista soveltaa esimerkiksi tarjoilijaan, joka ravintolan omistajan käskystä kieltäytyy palvelemasta vierasrotuista asiakasta ja syyllistyy näin työpaikan menettämisen pelosta syrjintään (HE 125/1975 II vp. s. 14).

Välittömän painostuksen ohella saattavat lievennyksen perustaa tietyt *velvoittaviksi koetut odotukset*. Vaikka työnantaja ei suoraan käskisi työntekijää syrjintään, voivat hänen käsityksensä olla niin tunnettuja, että työntekijä toimii niihin sisältyvän odotuksen mukaisesti. Tällaisista tilanteista hallituksen esitys mainitsee esimerkkinä myös perheenisän auktoriteetin, johon taipuvina perheen muut jäsenet ottavat osaa ensin mainitun rikoksiin.[219]

---

jonkun *ulkopuolisen* aiheuttaman epämiellyttävän seuraamuksen kohteeksi". (HE 125/1975 II vp. s. 14)

[218] Näin myös HE 125/1975 II vp. s. 14. Vastaava lievennysperuste löytyy Itävallan rikoslain 34 § 4-kohdasta, jossa puhutaan teon tekemisestä pelosta, kuuliaisuudesta tai kolmannen vaikutuksesta, "die Tat unter der Einwirkung eines Dritten oder aus Furcht oder Gehorsam verübt" (ks. *Dokumentation* ÖStGB s. 88 ja *Pallin* 1982 s. 43). Ruotsin mittaamisehdotus säätää lieventämisperusteeksi tilanteet, joissa on ollut alttiina "för osedvanlig stark påverkan som varit ägnad att minska hans förmåga att följa lagen" (Ehdotus 31:5 § 1-kohta).

[219] HE 125/1975 II vp. s. 14. Sama ajatus löytyy rikoslakiprojektin kätkemisrikoksia koskevasta ehdotuksesta, joka sulkisi rangaistusvastuun ulkopuolelle tapaukset, joissa rikoksentekijän kanssa samassa taloudessa asuva henkilö käyttää tai kuluttaa rikoksentekijän yhteistalouden tavanomaisiin tarpeisiin rikoksella hankkimaa omaisuutta (ks. URL 32:6²).

Lieventämisperusteen soveltaminen edellyttää, että painostus, uhka tai muu vastaava vaikutin on huomattava. Rajoitus on perusteltu, sillä esimerkiksi erilaisissa nuorisoryhmissä ja muissa osakulttuureissa esiintynee säännönmukaisesti ryhmäpaineita, jotka johtavat lain ja osakulttuurin normit ristiriitaan.[220]

Seuraavista tapauksista ensimmäisessä tekijä on todennäköisesti ollut suorastaan uhkaavassa tilanteessa. Jälkimmäisessä hän on mitä todennäköisimmin kokenut olevansa vähintään painostettuna.

> HHO 1176/1984. Syytetyt A ja B olivat A:n ehdotuksesta menneet uhrin asuntoon, jossa A ja B ryöstivät väkivaltaa käyttäen uhrilta omaisuutta 1625 mk:n arvosta. Tapahtumain kulku ja A:n väkivaltaisuus oli tullut B:lle yllätyksensä. B:lle törkeästä ryöstöstä langetettu rangaistus alennettiin alle minimin (tuomio 1 v 6 kk) perusteluin: "A:n väkivaltainen käyttäytyminen ei ole ollut B:n etukäteen arvattavissa. *B on yrittänyt rauhoittaa A:ta ja estää A:ta pahoinpitelemästä C:tä.* . . . B:llä on ollut *perusteltua aihetta pelätä A:ta, joka kerran aikaisemmin oli käyttäytynyt B:tä kohtaan väkivaltaisesti lyömällä häntä puukolla silmäkulman seutuun.* Mainituilla perusteilla törkeää ryöstöä koskevan rangaistusasteikon soveltaminen johtaisi B:n osalta kohtuuttomaan rangaistukseen".
>
> KOHO 958/1981. Tapauksessa yksi törkeään varkauteen osallisista tuomittiin 60 päiväsakkoon seuraavin hovioikeusperusteluin: ". . .T on vasta matkalla anastuspaikalle saanut tietää, että matkan tarkoituksena oli anastuksen suorittaminen. Tässä vaiheessa hänen on ollut muun muassa *oman turvallisuutensa vuoksi vaikea luopua avustamasta* anastettujen minkinnahkojen kuljetuksessa. T:n *henkilöllisyydestä esitetyt tiedot puoltavat sakkorangaistuksen tuomitsemista* (v. 1962 syntynyt opiskelija) hänen syykseen luetusta rikoksesta . . . eikä yleisen edun ole katsottava muuta vaativan".

Ensimmäisessä tapauksessa moitearvostelua on uhan ohella lieventänyt tekijän pyrkimys estää ja vähentää rikoksen seurauksia (ks. tästä myöhemmin jakso IV.D.).

4.3.3. Houkutus (RL 6:3 2-kohdan tulkintaa)

Lainkohdan mukaan rangaistusta lieventävät rikokseen johtanut (a) voimakas inhimillinen myötätunto, (b) poikkeuksellinen ja äkkiarvaamaton houkutus, tai (c) muu vastaava seikka, joka on ollut omiaan heikentämään tekijän kykyä noudattaa lakia. Näistä myötätuntoa voidaan tarkastella sekä (sosiaaliadekvaattina) motiivina että lainnoudattamiskykyä heikentävänä vaikuttimena. Tutkimuksessa on menetelty ensinmainituin tavoin, joten tarkasteltavaksi tässä jää houkutuksen vaikutus tekijän lainnoudattamiskykyyn. "Muita" lainnoudattamiskykyyn vaikuttavia seikkoja tarkastellaan omina jaksoinaan.

Lain sanamuoto edellyttää, että kyse on poikkeuksellisesta ja äkkiarvaa-

---

220 Tämä ei sinänsä tietenkään estä lieventämisperusteen soveltamista myös tällaisissa tilanteissa, kunhan vain yleiset ehdot täyttyvät (näin myös HE 125/1975 II vp. s. 14).

mattomasta houkutuksesta. Tämä saattaa lain soveltamisedellytykset esimerkiksi Itävallan rikoslain vastaavaa perustetta tiukemmiksi.[221] Edellytettäessä houkutukselta äkkiarvaamattomuutta, on lievennys tahdottu rajata vain "päähänpistosta tehtyihin rikoksiin, joiden olennainen aihe on houkutteleva ja suotuisa tilaisuus" (HE 125/1975 II vp. 14). Harkitsevakin rikoksentekijä pyrkii tekemään rikoksensa suotuisissa olosuhteissa, ja saattaa odotella näitä hyvinkin pitkään. Tällaisen tilaisuuden sitten koittaessa ei sitä ennakolta odotettuna voida enää pitää lain tarkoittamassa mielessä "äkkiarvaamattomana".

Toteutuksen helppous ei sekään yksin riitä. Esimerkiksi valintamyymälästä anastava ei yleensä voi vedota tähän perusteeseen, sillä jokainen tällaiseen myymälään menevä on jo ennakolta selvillä vallitsevista olosuhteista. Normaali tavaranasettelu ei perusta "poikkeuksellista" houkutusta lain tarkoittamassa mielessä. Henkilö, joka kokeiltuaan useiden autojen lukkolaitteita lopulta osuu lukitsemattomaan ajoneuvoon, jää yhtälailla vaille perusteen tuomaa lievennystä. Tällainen tilaisuus ei ole enää äkkiarvaamaton (HE 125/1975 II vp. s. 14).

Esitöiden esimerkit kelvollisista soveltamistilanteista tuntuvat rajaavan perusteen soveltamisalan varsin kapeaksi. Lainkohta sopisi muun muassa "virastossa asioivaan, joka odottamatta löytää toimiston pöydältä nipun rahaa, tai vankiin, joka karkaa sattumalta auki jääneen kuljetusvaunun ovesta" (HE 125/1975 II vp. s. 14). Toisaalta tarkat rajanvedot ovat mahdottomia. Lieventämisperusteiden taustalla olevat näkökohdat voivat vaatia huomiota osakseen silloinkin, kun lain muodolliset ja varsin tiukat edellytykset jäävät täyttymättä. Oikeuskäytännössä onkin vedottu tilanteen luomaan houkutukseen, mainitsematta kuitenkaan RL 6:3 2 kohtaa:

> HHO 42/1985. AO tuomitsi syytetyn jatketusta rikoksesta, joka käsitti yksin teoin tehdyt moottoriajoneuvon luvattoman käyttöönoton, törkeän rattijuopumuksen, ajokortitta ajon ja liikenteen vaarantamisen 8 kk:n vankeusrangaistukseen HO alensi rangaistuksen 6 kuukaudeksi perusteluin: "Siihen nähden, että *teko on tapahtunut hetken mielijohteesta auton avainten oltua F:n asunnon pöydällä asunnossa ainoana valveilla olleen I:n nähtävissä ja että ajomatka on ollut lyhyt. . .*"
>
> THO 1096/1972. Syytetyt olivat ottaneet luvatta käyttöönsä C:n henkilöauton ajaen sen liiallista nopeutta käyttäen ulos tieltä seurauksin, että auto oli vaurioitunut. AO tuomitsi syytetyt nuorina henkilöinä mm. moottoriajoneuvon omavaltaisesta käyttöönottamisesta kuljettajan 40 ja matkustajan 30 päiväsakkoon. HO tuomitsi törkeästä luvattomasta käyttöönottamisesta (muun ohessa) kuljettajan 70 ja matkustajan 30 päiväsakkoon huomioon ottaen sen, että ". . . C oli auton käyttöönoton tapahtuessa ollut *yhteisellä saunamatkalla A:n ja B:n kanssa* ja *jättänyt auton lukitsematta ja virta-avaimen paikallaan saunan edustalle* sekä että A ja B olivat *viipymättä korvanneet C:lle auton vahingot kokonaan. . .*"

[221] Itävallan rikoslain 34 §:n 9 kohtaa voinee pitää mittaamisperusteen jonkinlaisena esikuvana. Lainkohdassa säädetään lievennysperusteeksi teon tekeminen "pikemminkin huokuttelevan tilanteen johdattelemana kuin ennalta harkiten", ks. tarkemmin *Pallin* 1982 s. 46.

Vantaan Ko 665/1983. Syytetty tuomittiin yksin teoin tehdystä törkeästä rattijuopumuksesta, moottoriajoneuvon luvattomasta käyttöönottamisesta ja liikennerikkomuksesta kahden kuukauden ehdolliseen vankeusrangaistukseen (sekä 20 päiväsakkoa oheissakkoa) perusteluin: "*Vaikka sitä seikkaa, että auto on ollut lukitsematon ja käynnissä, ei voida pitää sellaisena poikkeuksellisena ja äkkiarvaamattomana houkutuksena, joka olisi ollut omiaan heikentämään A:n kykyä noudattaa lakia, se on kuitenkin otettu huomioon rangaistusta mitattaessa.*"

Ottaen huomioon kuinka taajaan esimerkiksi uusiminen koventaa rangaistuksia ohi RL 6:2 4-kohdan soveltamisedellytysten, on oikeuskäytännön kehittyminen tähän suuntaan lain lieventämisperusteidenkin tulkinnassa hyvin perusteltavissa.

4.3.4. Provokaatio

a) *Lievennyksen perusteista.* — RL 6:3 2-kohdan esityöt mainitsevat "muusta vastaavasta seikasta" esimerkkinä provokaation, eli tilanteen, jossa tekijä joko ärsytetään tai houkutellaan rikokseen.[222] Normatiiviseen syyllisyyskäsitteeseen tukeutuen myös *Nousiainen* tulkitsee "tekijään kohdistuneen törkeän loukkauksen ja tekijän vihastuttamisen" yleiseksi - etupäässä väkivaltarikoksiin - soveltuvaksi lievennysperusteeksi (*Nousiainen* 1961 s. 265-266). Tätä vanhoista RL 21 luvun säännöksistä tukensa saavaa periaatetta olisi hänen mukaan mahdollista soveltaa analogisesti myös kunnianloukkausrikoksissa ja etenkin vahingoittamistarkoituksessa tehdyissä omaisuusrikoksissa (mts. 266).

Provokaatio ymmärrettäneen usein juuri Nousiaisen tarkoittamana ärsyttämisenä.[223] Kyseessä on ts. tilanne, jossa tekijän mielenmalttia koetellaan är-

---

[222] HE 125/1975 II vp. s. 14. Ulkomaisista rikoslaeista mm. Tanskan rikoslaki säätää uhrin taholta tapahtuneen loukkauksen tai provokaation lievennysperusteeksi ("retstridigt engrep eller grov fornaermelse" SL 84 § 5, ks. *van Greve* ym. 1976 s. 314). Ruotsin ehdotuksen mukaan rangistusta lieventää toisen syvästi loukkaava käytös, milloin se on ollut omiaan heikentämään tekijän lainnoudattamiskykyä (SOU 1986:15, BrB 31:5, 1). Englannissa provokaatio on mainittu vain tappoa koskevassa säännöksessä. Siitä huolimatta se tunnustetaan yleiseksi mittaamisperusteeksi (*Cross* 1981 s. 161). Vähäisemmissä rikoksissa se toimii jopa vastuuvapauden perusteena ("defence" *Ashworth* 1983 s. 167).

[223] Rikokseen voidaan provosoida muutoinkin kuin tekijä vihastuttamalla, esimerkiksi houkutuksin. Tämä vaihtoehto mainittiin myös mittaamissäännöstön esitöissä (ks. edellä alav. 222.). Houkutuksin tapahtuva provokaatio eroaa tällöin lainkohdan tarkoittamasta muusta houkutuksesta lähinnä siinä, että ensin mainittu on lähtöisin ihmisen toiminnasta. Lain sanamuodon mukaan ei tällaisen "houkuttelevan provokaation" tarvitse olla välttämättä sen enempää äkkiarvaamaton kuin poikkeuksellinenkaan. Houkutuksin tapahtuva provokaatio voi myös ulottua Nousiaisen, sinänsä hyväksyttäviä, suosituksia laajemmallekin. Tekijä saattaa kokea tulleensa houkutelluksi tilanteeseen, joka synnyttää esimerkiksi väkisinmakaamisrikokselle keskimääräistä ymmärrettävämmän motivaatiotaustan. Houkutuk-

syttävin puhein ja teoin siihen pisteeseen, jossa henkilö ei enää voi kontrolloida käyttäytymistään. Harkitun lainrikkomisen sijasta kyseessä on ". . . a momentary failure to control natural passions which were understanably aroused (but ought to have been controlled)" (*Ashworth* 1983 s. 169).

Heikentyneen lainnoudattamiskyvyn ohella provokaation lieventävä vaikutus voidaan perustaa myös syihin, jotka liittyvät teon *määrätynasteiseen hyväksyttävyyteen*. Asian tämä puoli on tuotu hyvin esiin *von Hirschin* ja *Jareborgin* artikkelissa (*von Hirsch-Jareborg* 1986 passim, johon seuraava esitys perustuu). Kirjoittajien ajatuskulun seuraamiseksi on ensiksi tehtävä ero provokaatioteon ja vihastuksissa yleensä tehtyjen tekojen välillä. Viha, suuttumus ja mielipaha liittyvät ylipäätään tilanteisiin, joissa henkilön toiveet ja odotukset tulevat petetyksi, esimerkiksi tämän hävitessä tärkeän viranhaun tai muun kilpailun. Tällainen tilanne ei kuitenkaan oikeuta kanssakilpailijoiden pahoinpitelemiseen, eikä tällaista pahoinpitelyä myöskään käy tulkitseminen provokaatiosta tehdyksi teoksi. Tilanne kuitenkin muuttuu, jos yksi kilpakumppaneista petkutti muita törkeällä tavalla. Nyt kanssakilpailijoilla on *oikeus tuntea itsensä loukatuiksi* tavalla, joka saa sympatiamme osakseen. Juuri *uhrin taholta tapahtuva loukkaus* erottaa provokaatioteon *muista suuttumuksen vallassa tehdyistä teoista*.

Loukkausta seuraava vastareaktio ei kuitenkaan oikeuta lievempään kohteluun pelkästään siksi, että tekijän toisintoimimismahdollisuus olisi alentunut. Olennaisempaa von Hirschin ja Jareborgin mukaan on, että tuo vastareaktio on joissakin tapauksissa myös *oikeutettu ja odotettu*. Selitys provokaatioteon (osittaiseen) hyväksymiseen löytyy moraalisten tunteitten ja -periaatteiden tehtävästä seuraavasti. Jos henkilö ei koe itseään loukatuksi milloin siihen on aihetta, ei tämä mielestämme ole niinkään osoitus hänen moraalisten ominaisuuksiensa moitteettomuudesta; pikemminkin pidämme hänen käyttäytymistään jollakin tavalla *terveiden moraaliperiaatteiden vastaisena* ja hänen tuntemuksiaan jotenkin *viallisina*. Moraalisten periaatteiden ja omantunnon ainoana tehtävänä ei näet ole hillitä reaktioitamme, milloin ne uhkaavat käydä yli äyräittensä. Päinvastoin, meillä on myös moraalinen *oikeus ja velvollisuus osoittaa* loukatuksi tullessamme jollakin tavalla - ei tietenkään millä tavalla hyvänsä - myös *vastapuolen menettelyn virheellisyys*. Ihmisen käsitys oikeasta ja väärästä on samanaikaisesti sekä loukkaajaa vastaan suunnattujen reaktioitten *lähde ja perusta* että myös *rajoittaja ja kontrolloija*. Moraalinen tajuntamme toisaalta rohkaisee ryhtymään joihinkin toimenpiteisiin, toisaalta se myös hillit-

seen pohjaava provokaatio voi koskea myös aivan tyypillisiä omaisuusrikoksia. Näin ollaan jouduttu lähelle RL 6:3 §:n 2-kohdan soveltamistilanteita.

see liiallisia reaktioita. Tästä kaksijakoisesta roolista peräytyy myös se osittainen hyväksyminen, joka kohtaa provokaatiotekijää - silloinkin hän olisi voinut toimia toisin.[224] Ottaen huomioon sen arvon, minkä annamme ihmisten käsitykselle oikeasta ja väärästä, *jotakin* tuossa loukkaustilanteessa oli toki tehtävä - olkoonkin, että tekijä meni liiallisuuksiin.

Toisintoimimismahdollisuuden ohella arvostelussa vaikuttaa siten "*oikeutetun suuttumuksen ja loukkaantumisen periaate*" ("Principle of Resentment", ks. erityisesti *Murphy* 1982 sekä *Strawson* 1974 s.1 ss). Nämä taustaperustelut kietoutuvat yksittäisissä tilanteissa yhteen ja vaikuttavat samanaikaisesti. Joissakin on painavampana motivointikyvyn aleneminen, joissakin taas tekijällä oli "hyvät syyt" ryhtyä vastatoimiin.[225] Niiden toisistaan poikkeava luonne on hyvä pitää mielissä pohdittaessa provokaatioon liittyviä yksittäisiä tulkintaongelmia. Niistä otetaan seuraavassa esille henkilötahot, provokaation voimakkuus ja vastatoimien pikaisuus, arvottamisen mitta (subjektiivinen/objektiivinen) sekä eräät RL 6:3:n sanamuotoon liittyvät muodollisemmat ongelmat.

b) *Henkilötahot.*—Nousiaisen mukaan vain *tekijään* kohdistunut provokaatio lieventää rangaistusta (*Nousiainen* 1961 s. 265). Rajaus on vaikeasti perusteltavissa, sillä osin samaa ajatusta heijasteleva hätävarjelusäännös sallii myös toisen puolustamisen voimakeinoin. Myös Tanskan vastaavaa säännöstä tulkinnut *van Greve* katsoo, että uhrin kolmanteenkin henkilöön kohdistama loukkaus perustaa rangaistuksen lievennyksen (*van Greve* ym. 1976 s. 314). "Oikeutettu loukkaantuminen" on eräissä tilanteissa hyväksyttävissä myös silloin, kun väärän ja virheellisen kohtelun objektiksi joutuu ulkopuolinen. Tällöin myös provokaatiolievennys on paikallaan. Toiseksi voidaan kysyä, tulisiko lievennyksen osakseen saavan rikoksen kohdistua loukkaajaan itseensä (näin esim. *van Greve* ym. 1976 s. 314). Myös kolmannen taholta tapahtunut loukkaus voi alentaa joissakin tapauksissa tekijän motivointikykyä.[226]

---

[224] "Blame is reduced because the actor transgressed in part *because of, rather than despite of*, his sense of right (*von Hirsch-Jareborg* 1986 s.18, kursiv. tässä).

[225] Von Hirschin ja Jareborgin tekemä ero on anglosaksisella kielialueella ennestään tunnettu. Myös *Ashworth* erottaa provokaatiolievennyksen kaksi taustaperustelua: kyse on yhtäältä *ymmärrettävästä reaktiosta vastapuolen loukkauksen johdosta* ja toisaalta *oman kontrollikyvyn (ymmärrettävästä) menetyksestä*. Ensin mainitussa tapauksessa ratkaisevana on *loukkauksen suuruus*, toisessa *käyttäytymisen kontrolloitavuus*. Ashworth havainnollistaa tekemäänsä eroa painotuksin: "he was *provoked*" ja "*he* was provoked" (*Ashworth* 1983 s.168). Von Hirschin ja Jareborgin esitys kieltämättä täsmentää näillä määreillä vielä viitteenomaiseksi jäävää eroa.

[226] Tästä on myös jonkin verran oikeuskäytäntöä. KOHO 1586/1983. Kahden eri ravintolaseurueen välillä oli illan kuluessa ollut riitaa. Illan päätyttyä seurueiden jäsenet joutuivat sanaharkan jälkeen kadulla tappeluun, jossa A syyllistyi B:n pahoinpitelyyn. Mitat-

c) *Provokaation voimakkuus ja vastareaktion pikaisuus.*—Vaikkei lain sanamuoto edellytä ”muulta seikalta” ”poikkeuksellisuutta ja äkkiarvaamattomuutta” on selvää, että provokaation voimakkuus on ratkaiseva, ja yllättävä provokaatio ärsyttää usein keskimääräistä enemmän. Se, joka menee tilanteeseen, jossa arvaa tulevansa provosoiduksi, ei saa osakseen samaa lievennystä kuin täysin yllättäen provokaation kohteeksi joutuva (huom. myös tekijän ”myötäsyyllisyys”, tästä myöhemmin jakso 5.3.). Provokaation arvattavuus ja toistuvuus ei kuitenkaan estä sen lieventävää vaikutusta. Vuosia jatkuva jo jokapäiväiseksi kokemukseksi muodostunut kiusanteko voi yllättäen laukaista suhteettomalta tuntuvan reaktion. Huomioon on tällöin otettava *ärsytyksen kerääntyminen.* Vastareaktiota ei toisin sanoen tulisi arvioida suhteessa siihen ”viimeiseen pisaraan, joka sai maljan vuotamaan yli”, vaan on tarkasteltava, kuinka paljon ”maljaan oli jo kerääntynyt”.[227]

Nousiainen kytkee lieventävän vaikutuksen provokaatiota vain välittömästi seuranneisiin rikoksiin (*Nousiainen* 1961 s. 265-266). Siltä osin kun provokaation lieventävä vaikutus perustuu ärsytyksen nostattamaan tunnekuohuun ja toimimismahdollisuuksien heikkenemiseen, vaatimus vastareaktion pikaisuudesta on ymmärrettävä (”In Hot anger”, *von Hirsch-Jareborg* 1986 s.1 ss). Sen sijaan ”oikeutetun suuttumuksen periaate” (principle of resentment) ei edellytä välitöntä reaktiota. Suositus lieneekin paremmin muotoiltavissa siten, että *mitä pitempi aika loukkauksen ja vastareaktion välillä on, sitä vähäisempi provokaation rangaistusta lieventävä merkitys on* (näin myös *Hillenkamp* 1981

taessa rangaistusta A:lle otettiin hovioikeuden perustelujen mukaan ”huomioon *B:n seurueen käyttäytyminen A:n seurueen jäsentä kohtaan* aiemmin illalla eräässä ravintolassa ja tuntia myöhemmin kadulla”; THO 380/1984. Uhri oli ennen pahoinpitelyä uhkaillut syytettyä ja aloittanut ärsyttävin puhein ja sanoin sanaharkan. Lisäksi uhrin isä oli lyönyt syytettyä ennen pahoinpitelyä kasvoihin. Pahoinpitelystä (joka suoritettiin tuolinjalalla seurauksena sääriluun murtuma) hovioikeus tuomitsi syytetyn 80 päiväsakkoon ottaen tunnusmerkistön valintaperusteena huomioon ”*asianomistajan ja tämän isän pahoinpitelyä provosoiva käyttäytyminen*”.

[227] Tästä on esimerkkinä KKO V 77/1203. Asianosaiset olivat olleet riidoissa 3 vuoden ajan uhrin syyttäessä tekijää vaimonsa rakastajaksi. Lisäksi uhri oli kohdistanut tekijään tappouhkauksen. Puhelinsoitoin esitettyihin syytöksiin kyllästyneenä tekijä lähti etsimään uhria kolmesta eri paikasta, ja tämän löydettyään ampunut häntä lähestynyttä uhria haulikolla. Korkein oikeus alensi hovioikeuden taposta langettaman 10 vuoden rangaistuksen 7 vuoteen katsoen, että rikos oli tehty erittäin lieventävien asianhaarojen vallitessa ”Koska *. . . surmattu jo on usean vuoden ajan ennen rikoksen tapahtumista syvästi loukkaavalla tavalla aiheettomasti syytellyt syytettyä siveellisesti moitittavasta käyttäytymisestä ja toistuvasti lausunut syytetylle itselleen sekä muille henkilöille syytetyn surmaamista koskevia, vakavasti otettavia uhkauksia sekä muutoinkin vaikeuttanut syytetyn elämää ja vielä rikoksen tapahtumapäivänäkin puhelimitse esittänyt samantapaisia loukkaavia lausuntoja. . .*”

s. 275-276).[228] Aikavälin venyessä saatetaankin jossain vaiheessa siirtyä rangaistusta lieventävästä provokaatiotilanteesta rangaistusta koventavaan, kostotarkoituksessa tehtyyn tekoon.[229] Jos loukattu henkilö toisin sanoen hillitsee mielensä ja odottaa sopivaa hetkeä "antaakseen takaisin", tekijän suunnitelmallisuus ja harkinta oikeuttaa joissakin tapauksissa rangaistuksen korotukseen.[230]

d) *Arvioinnin mitta (subjektiivinen/objektiivinen).*—Viimeinen ongelma koskee käytettävää mittaa ja sitä, tuleeko ärsytyksen merkitys arvioida provosoidun *subjektiivisen käsityksen* mukaan, vai olisiko noudatettava jonkinlaista *objektiivista mittaa*. Kysymykseen Englannissa annettu vastaus myötäilee objektiivista linjaa.[231] Vaihtoehtoinen tulkinta edellyttäisi provokaation ärsyttävyyden arvioimista tekijän subjektiivisten ominaisuuksien (syyntakeisuuden) kannalta. Käyttäytyminen, joka rauhallisessa ja lujahermoisessa ihmisessä ei vaikuta rangaistusta alentavasti, saattaisi siis näin tehdä, milloin kohteena on helposti kiihtyvä henkilö.

Tätäkin kysymystä on tarkasteltava erikseen vaihtoehtoisten taustaperusteitten kannalta. Milloin lievennyksen ratio on heikentyneessä toisintoimimismahdollisuudessa, juuri nuo mahdollisuudet ratkaisevat. Jos tekijä subjektii-

[228] Tästä käy esimerkkinä HHO 1673/1984. Päätöksen liitteenä olevassa Hyvinkään kihlakunnanoikeuden ratkaisussa provokaation merkitys törkeysarvostelussa torjuttiinkin toteamalla, että vaikka asianosaisten "välillä on ollut aikaisemmin tapahtumapäivänä kiistaa, *ei A ole ryhtynyt edellä kuvattuun tekoonsa välittömästi kiistan seurauksena, vaan vasta tavattuaan B:n kadulla*". Teko katsottiin vammojen, vaaran ja kokonaisarvostelun perusteella törkeäksi pahoinpitelyksi. Kokonaisarvostelussa on ilmeisesti vaikuttanut vielä alioikeuden toteama uhrin humalatilasta johtuva avuttomuus.

[229] Ks. esitystä jaksossa 4.2.3. Kuten Ashworth toteaa, useat provokaatiosta tehdyt tapot ovat jokseenkin yhtä lähellä kostotarkoituksessa tehtyjä murhia kuin lieventävien asianhaarojen vallitessa tehtyä tappoa (*Ashworth* 1983 s. 169 viitteineen). Edellä korkeimman oikeuden tapaus osoitti jo tekijältään melkoista sitkeyttä (usean kilometrin ajo ja uhrin sinnikäs etsiskely). Provosoiva elementti painoi kuitenkin ratkaisussa enemmän kuin tekijän päättäväisyys.

[230] Oikeuskirjallisuus on myös pohtinut koston vaikutusta provokaation itsensä sisältämästä rikoksesta tuomittavaan rangaistukseen. Jos kosto tunnustetaan osittain rangaistuksen legitiimiksi funktioksi, on yksityiskoston toteuttaminen jo osaltaan täyttänyt tätä funktiota, mikä oikeuttaisi kostetulle tuomittavan rangaistuksen lievennykseen (näin *Hillenkamp* 1981 s. 276-277 viitteineen). Luontevampaa on kuitenkin katsoa uhrin kosto sellaiseksi rikoksesta aiheutuvaksi muuksi seuraamukseksi, joka otetaan sanktiokumulaatiota koskevan säännöksen nojalla kohtuussyin huomioon seuraamusta määrättäessä (näin myös *Bein* 1975 s. 63).

[231] Lieventävästi vaikuttaa toisin sanoen "understandable or reasonable loss of self control". Yksilökohtaiset erot olisi otettava huomioon muiden perusteiden (esimerkiksi syyntakeisuuden) kautta (näin *Ashworth* 1983 s. 169-170).

visten henkilöön liittyvien seikkojen esim. alentuneen syyntakeisuuden vuoksi ei kyennyt suhtautumaan tilanteeseen rauhallisesti, on objektiivisen mitan asettaminen tavallaan lähes yhtä muodotonta, kuin jos syyntakeettoman henkilön toimet arvioitaisiin "reasonable man" testin kautta. Ongelmat voitaneen tässä välttää ottamalla henkilön persoonaan liittyvät seikat suoraan syyntakeisuusarviota lieventävänä huomioon. Jos lievennys taas perustuu "oikeutettuun loukkaantumiseen", jossa tekijä toimillaan osoittaa myös yhteisössä yleisesti terveiksi koettuja arvostuksia, on jonkinlaisen objektiivisen arvioinnin vaatimus ymmärrettävämpi. Tekijällähän täytyi olla "hyvät syyt" menetellä kuten teki (ks. myös *von Hirsch-Jareborg* 1986 s.21-24).[232]

e) *Muuta oikeuskäytäntöä.*—Oikeuskäytäntöä on kertynyt lähinnä väkivaltarikosten alalta. Provokaatio on vaikuttanut paitsi pahoinpitelyrikoksista tuomittavien rangaistusten mittaamiseen, myös tunnusmerkistön valintaan.

> HHO 2801/1986. HO alensi AO:n törkeästä pahoinpitelystä langettaman 10 kk:n vankeusrangaistuksen 6 kk:ksi, kun uhri ". . . on *joutunut syyttään nuorisojoukon hyökkäyksen kohteeksi* ja . . . ruumiinvamman aiheuttanut lyönti on ollut vain huitaisu uhria kohden".
>
> Tapauksessa HHO 2081/84 kolmas henkilö oli hetkeä aikaisemmin pahoinpidellyt syytettyä. Tästä suuttuneen tekijä oli lyönyt tilannetta selvittänyttä henkilöä puukolla mm. vatsaan ja vasempaan käteen. Hovoikeus totesi teossa käytetyn hengenvaarallista välinettä. Tekijän rikosta "ei kuitenkaan, *ottaen huomioon sitä edeltänyt häneen itseensä kohdistunut pahoinpitely*, ole pidettävä törkeänä".
>
> THO 820/1979: HO alensi alioikeudessa pahoinpitelystä langetetun 12 päiväsakon rangaistuksen 8 päiväsakkoon (!) " ottaen huomioon, että uhri on ensin tahallaan kaatanut pöydän syytetyn päälle ja että "tuo menettely on omiaan heikentämään syytetyn kykyä noudattaa lakia".

Toisen ryhmän muodostavat tilanteet, joissa henkirikoksen tekijä on ärsytetty tasolle, joka oikeuttaa soveltamaan erittäin lieventävien asianhaarojen varalta säädettyä asteikkoa:

> KKO 2335/1978. HO oli tuominnut tekijän täyttä ymmärrystä vailla tehdystä murhasta. KKO katsoi, huomioon ottaen ". . .selvityksen, joka asiassa on esitetty A:n (uhri) käyttäytymisestä ja siitä S:lle (tekijä) aiheutuneesta *raivon laukaisseesta kiihtymistilasta*, sekä muutoinkin rikokseen johtaneet ja siitä ilmenevät seikat kokonaisuudessaan.." ettei surmaamista ole pidettävä erityisen törkeänä (täyttä ymmärrystä vailla olevana tehty tappo, 6 v vankeutta).
>
> KKO 2747/1978. Syytetyllä A:lla oli ollut pitkäaikaista riitaa veljenpoikansa B:n kanssa. B:n herätettyä humalapäissään A:n perheineen, A surmasi B:n syntyneen rii-

[232] Ainakin ratkaisussa KKO 2139/1977 arviointi on ollut subjektiivis-painotteista. Siinä jatkuvan kiusanteon kohteeksi joutunut varusmies ampui lähietäisyydeltä kiusaajaansa. Hovioikeus tuomitsi täyttä ymmärrystä vailla tehdystä taposta 7 vuoden vankeusrangaistukseen. Korkein oikeus alensi tuomiota vuodella katsoen, että tapahtunut "kiusaaminen ja ivaaminen ovat olleet omiaan heikentämään *täyttä ymmärrystä vailla olleen A:n* kykyä noudattaa lakia". Tapauksessa sovellettiin RL 6:3 2 kohdan lieventämisperustetta.

dan päätteeksi ampumalla tätä haulikolla kolmen metrin päästä rintaan. AO tuomitsi taposta 9 vuotta vankeutta. HO: ei muutosta. KKO katsoi teon tapahtuneen erittäin lieventävien asianhaarojen vallitessa ja tuomitsi teosta 7 v vankeutta perusteluin: "Kun teko on kuitenkin tapahtunut A:n kodissa *hänen mielentilansa ollessa . . . riitaisuuksien, tapahtumapäivänä A:n ja hänen perheensä kotirauhaa häirinneen, heidän asuntonsa ympärillä tapahtuneen moottorikelkalla ajelemisen ja A:n tietoon tulleiden B:n lausumien uhkailujen johdosta kireällä ja välittömästi sen jälkeen kun B A:n herättyä yöunesta B:n paikalletulon vuoksi, oli käyttänyt A:n kanssa keskustelemaan ryhtyessään riitaista ja A:ta loukannutta puhetapaa ja jättänyt noudattamatta A:n antaman käskyn poistua talon pihamaalta*, Korkein oikeus katsoo, että surmaaminen on tapahtunut erittäin lieventävien asianhaarojen vallitessa."

Provokaation *kääntöpuolena* on rikoksen kohdistuminen uhriin ilman näkyvää aihetta. Tätä voi pitää nimenomaisesti väkivaltarikoksissa rangaistusta koventavana seikkana sikäli, että rikosten ajateltuun tyyppimuotoon kuuluu jokin järkevän oloinen selitys väkivaltaan turvautumiselle. Kun se puuttuu, poikkeaa teko oletetusta normaalimuodosta. Motivaatiotausta saattaa vaikuttaa mm. siten, että rikoksen tekeminen ilman erityistä aihetta katsotaan erääksi perusteeksi tulkita pahoinpitely törkeäksi. Törkeinä pahoinpitelyinä on tuomittu mm. seuraavat tapaukset:

THO 666/1984. Syytetty tuomittiin AO:ssa törkeästä pahoinpitelystä 1 v 2 kk:n rangaistukseen (lyöty veitsellä rintaan vasemmalle puolelle, n. 1 cm. syvyinen pistohaava). Rikos katsottiin törkeäksi perusteluin: "Pahoinpitelyssä on käytetty hengenvaarallista välinettä. *Teko on kohdistunut ulkopuoliseen henkilöön ilman edeltänyttä riitaisuutta tai muuta syytä.*" (RL 6:2 4k). HO: ei muutosta.

Syytetty löi ja potki maahan kaatunutta uhria (nilkan murtuma). Teko tuomittiin törkeänä pahoinpitelynä (7 kk vankeutta ehdollisena), perusteluin: "*syytetyt olivat käyneet tilanteessa syyttömän henkilön kimppuun* ja pahoinpitelystä oli seurannut vakava vamma", HHO 1618/84 alioikeusperustelut.

Uhria lyötiin nyrkein ja potkaistiin (alaleuan murtuma). Teko katsottiin törkeäksi pahoinpitelyksi (10 kk vankeutta ehdottomana) koska teko oli tapahtunut "*äkkiä arvaamatta*" ja se oli "kohdistunut nuoreen tyttöön *ja tapahtunut ilman syytä*", HHO 772/84 alioikeusperustelut.

4.3.5. Juopumus

RL 3:4[2]:n mukaan juopumusta, "johon rikoksentekijä on itsensä saattanut" ei yksinään tule pitää aiheena rangaistuksen alentamiseen. Tähän vedoten myös mittaamissäännöstön esitöissä torjutaan ajatus päihtymyksestä RL 6:3 2-kohdan tarkoittamana rangaistusta alentavana tekijänä (HE 125/1975 II vp. s. 15). Kanta pohjaa yleispreventiivisiin syihin ja on Pohjoismaiden lainsäädännössä ja oikeuskäytännössäkin yleisesti hyväksytty (NU 1984:2 s. 49). Eräät tarkennukset ovat kuitenkin paikallaan.

a) *Erehtyminen päihteistä ja atyyppinen humala.*—Rikoslain lievennyskielto koskee ensinnäkin vain "itse hankittua humalaa". Joka tietämättään tulee naut-

tineeksi alkoholia, saa vedota sen motivointia heikentävään ja hämärtävään vaikutukseen.[233] Tällaiseen erehdykseen voi rinnastaa tilanteet, joissa tekijä joutuu omatta syyttään alkoholin ja lääkeaineiden yllättävän yhteisvaikutuksen uhriksi (esimerkiksi lääkärin jättäessä sellaisesta potilastaan varoittamatta, ks. tästä *Kantola* 1980 s.68 ss.).

Selvien erehdystilanteiden ja täyden tietoisuuden välillä on lukematon määrä tilanteita, joissa joko nautitun alkoholin määrä, laatu, voimakkuus, tai muut olosuhteet ovat tuoneet mukaan ennakoimattomia yllätyksiä. Usein ne saattavat juontaa juurensa samoista syistä, jotka muutoinkin vaikuttavat lainnoudattamiskykyyn (esim. erilaiset rasitus- ja sairaustilat, mentaaliset defektit jne). Ainakin lääketieteelliset syyt puoltavat tällaisen humalan arviointia eri perustein kuin terveen ja hyväkuntoisen ihmisen juopumustilaa (Oikeuslääketiede 1981 s.89). On edelleen erotettava tilanteet, joissa tekijältä on puuttunut tarvittava kokemus (esimerkiksi 15 vuotiaan ensihumalassa suorittama rikos) tilanteista, joissa henkilö hyvin pystyi arvaamaan tulevan käyttäytymisensä peruspiirteet.[234]

b) *Teon törkeyttä ja tekijävaarallisuutta koskevat presumptiot.* - Rangaistuksen lievennyksen ei tarvitse rajoittua erehdystilanteisiin eikä atyyppiseen humalaan. Tarve normaalia lievempään kohteluun tuntuu intuitiivisesti oikealta myös tilanteissa, joissa yleisesti kunnolliseksi tunnettu henkilö (satunnaisesti) alkoholia nautittuaan suorittaa raa'an rikoksen, joka sotii kaikessa vastoin tietoamme tämän henkilön luonteesta ja käyttäytymisestä. Tuomittavana oleva rikos ei yksinkertaisesti ''vastaa'' henkilön persoonaa ja luonnekuvaa. Tämän tunteen selityksenä on rikosten törkeyttä koskevien ennakkokäsitysten pohjautuminen myös *kokemuksiin ja tietoon tekojen keskimääräisistä tekijöistä, mielentilasta ja vaarallisuudesta*; murhaaja on jotakin muuta kuin näpistelijä. Po-

[233] Itse aiheuttaminen merkitsee tässä lähinnä samaa kuin tuottamus (näin vastaavan säännöksen osalta Norjassa *Andenaes* 1974a s.299—300).

[234] Lievennyksen puolesta myös *Bratholm* 1980 s. 594. Ks. myös *Ashworth* 1983 s. 172-173. Esimerkkinä lievennykseen oikeuttavasta humalasta mainitaan Saksan liittotasavallan oikeuskirjallisuudessa tilanne, jossa tekijä alkoholia nautittuaan yllättäen tapaa vanhan vihamiehensä ja kontrolloimattomassa vihanpuuskassa syyllistyy tämän pahoinpitelyyn (*Schönke-Schöder* 46 § 22, *Bruns* 1974 s. 459 ja *sama* 1980 s. 151). Niin Saksan liittotasavallan kuin Englanninkin oikeuskäytäntö on yleisesti kuitenkin varsin haluton lieventämään rangaistuksia humalan perusteella (ks. viitteet edellä). Tätä käytäntöä on toisaalta myös oikeuskirjallisuus paikoin kritisoinut (esimerkiksi *Cross* 1981 s. 169 sekä *Walker* 1985 s.48). Rikosoikeuskomitea piti lievennystä (erehdystilanteiden ohella) mahdollisena vain, jos kyse on ''riidattomasti arvaamattomasta humalakäyttäytymisestä'' tai ns. patologisesta humalasta. Tällöin lievennys pohjaisi yleisiin syyntakeisuussäännöksiin (Rikosoikeuskomitea 1976 s.115).

tentiaalisen (todennäköisen) rikoksentekijän vaarallisuus on otettu huomioon jo rikoksen perusrangaistusarvoa vahvistettaessa. Jos syytetty selvästi poikkeaa tästä odotusarvosta, on tämä poikkeavuus otettava myös rangaistusta määrättäessä huomioon (ks. tarkemmin *Andenaes* 1974a s.418—419, NU 1984:2 s.49 ja myös *Törnudd* 1980a s. 18).

Humalassa tehty rikos voi tekijävaarallisuuden ohella myös *tekona alittaa tekotyypin presumoidun törkeystason*. Teonkuvaukseen voi sisältyä esimerkiksi oletus taidokkaasti laaditusta ja päättäväisesti loppuunsaatettavasta suunnitelmasta. Tällaisen teon arvioinnissa on otettava huomioon, että humalaisen yrittämänä - ja joskus ehkä loppuunsaattamanakin -teko ei sisällä niitä kvaliteetteja, jotka alun alkaen ovat määränneet rikoksen rangaistusarvon (vrt. esimerkiksi humalaisen päähänpistosta yrittämä pankin pääkonttorin ryöstöyritys, ks. myös NU 1984:2 s. 49). Tässä eri rikokset asettuvat toisistaan poikkeavaan asemaan. Esimerkiksi väkivaltarikosten muotokuvaan voi ehkä omaisuusrikoksia helpommin ennakolta laskea kuuluvaksi jonkinasteisen humalatilan.

c) *Syyksiluettavuus ja humalatila*.—Vaikeimmat ongelmat liittyvät tajuttomuutta lähenteleviin juopumustiloihin. Vakavissa väkivaltarikoksissa, jotka usein tehdään erittäin vahvassa humalatilassa, operoiminen perinteisillä syyksilukemisopeilla on selvässä ristiriidassa todellisuuden kanssa. Olisikin ehkä rehellisempää myöntää suoraan, ettei esimerkiksi kolmen promillen humalassa aiheutettuja vahinkoja ole mahdollista lukea tahallisina tekijän syyksi yleisten syyksilukemisoppien edellyttämin tavoin. Tilanne voitaisiin järjestää myös siten, että aiheutettujen vahinkojen sijasta tekijän syyksi luettaisiin se vahinkojen riski, jonka hän on matkaansaattanut juomalla käyttäytymistaipumuksistaan tietoisena itsensä tiedottomuutta lähentelevään humalaan (näin *Ashworth* 1983 s. 171).[235] Voimakkaassa humalassa suoritettujen rikosten arvostelu keskittyisi näin toimintavääryyden ja aiheutetun riskin arviointiin. Tämä vastaisi Englannissa tehtyjä ehdotuksia korvata tahallisuusvastuu käyttäytymisen huolimattomuutta ja piittaamattomuutta korostavalla vastuulla.[236]

---

[235] Arvostelussa on otettava huomioon erityisesti tekijän tieto ja kokemukset. Jos henkilö on aikaisempien kokemustensa perusteella selvillä humalan epäedullisesta vaikutuksesta hänen käyttäytymiseensä, saattaisi tällöin olla perusteita jopa rangaistuksen koventamiseen (näin esimerkiksi *Bratholm* 1980 s. 594). Mikäli tekijä on päihdyttänyt itsensä tehdäkseen rikoksen syyntakeettomana (ns. actiones liberae in causa tapaukset), katsotaan täytäntöönpanotoimen alkaneen jo nauttimishetkellä. Kuten Honkasalo toteaa, opilla "epäilemättä on suurempi tietoperäinen kuin käytännöllinen merkitys" (*Honkasalo* II s.32).

[236] *Ashworthin* ehdotuksen mukaan syvän humalan tapauksissa tekijää tulisi rangaista Recklesness-säännön mukaan (ks. *Ashworth* 1983 s. 171-172). Jo nykyisinkin tällainen

d) *Päätelmiä.*—Kanta, jonka mukaan RL 3:4²:n säännös estäisi kategorisesti "itse hankitun humalan" huomioon ottamisen rangaistuksen lieventämisperusteena on kriminaalipoliittisesti epätyydyttävä. Laki edellyttää muodollisesti sitä paitsi ainoastaan, ettei tällainen humala *yksin* perusta lievennystä: se voisi siis sellaiseen johtaa yhdessä *muiden* tekijöiden kanssa. Pohdittaessa tällaisen lievennyksen mahdollisuutta, on myös syytä pitää mielessä, että lievennystä vastustetaan lähinnä vain yleispreventiivisin syin. Syvän humalan ja tilapäisen mielenhäiriön luoma motivointitilanne on lääketieteellisesti jokseenkin sama. Preventioargumentti kärsii samoista epävarmuustekijöistä kuin preventioargumentit yleensä. On melko haettua olettaa, että jos tiedottomuutta lähentelevässä humalassa suoritetut teot arvioitaisiin törkeän tuottamusvastuun mukaan tai tekijälleen yllätyksenä tuleva alkoholin ja lääkeaineiden yhteisvaikutus lieventäisi rangaistusta, ihmiset hankkiutuisivat entistä helpommin syvään humalaan esimerkiksi henkirikoksia suorittaakseen.

Vaikkei kaavamaista lievennystä päihtymystapauksissa voikaan puolustaa (näin myös NU 1984:2 s. 49), tulisi alkoholin lainnoudattamiskykyä ja käyttäytymisen kontrolloitavuutta heikentävä vaikutus ottaa yksittäistapauksissa huomioon. Arviointiperusteina olisivat tällöin: (a) teon ja tekijän poikkeavuus presumoidusta keskimääräistilanteesta,[237] (b) erehdystilannetta ja atyyppistä humalaa lähellä olevat tapaukset, joissa kokemattomuus tai muut yllättävät tekijät ovat suurelta osin määränneet tapahtumain kulun, sekä (c) syvää tajuttomuutta lähentelevä humala, jossa rehellinen vetoaminen yleisiin syyksilukemissääntöihin ei enää ole mahdollista.

Tapausmateriaalin puute estää näiden suositusten ja käytännön vastaavuuden kartoituksen. Kuten Pohjoismaiden rikosoikeuskomitean mietinnössä todetaan, tapauksissa, joissa humala on mahdollisesti lieventänyt rangaistusta,

---

humala poistaa Englannissa vastuun niin sanotuissa erityistä tahallisuutta (tarkoitus, "spesific intent") edellyttävissä rikoksissa. Vuonna 1980 mietintönsä jättänyt rikoslakikomissio ehdotti vastuun rajoittamista Ashworthin mainitsemin tavoin piittaamattomuutta edellyttäviin rikoksiin. Myös Cross toteaa, ettei tekijän voida tajuttomuutta lähentelevässä humalassa katsoa tavoitelleen seurauksia siten kuin laki edellyttää. Jos tekijä oli tietoinen käyttäytymistaipumuksistaan, voidaan tilannetta arvioida törkeänä tuottamuksena ("gross negligence", *Cross* 1981 s. 160). Toista vaihtoehtoa edustaisi esim. Saksan liittotasavallassa ja Itävallassa käytössä oleva "Rauschtat"-tunnusmerkistö, jossa humala saattaa poistaa syyntakeisuuden mitä itse "varsinaiseen tekoon" tulee, mutta tekijää rangaistaan "vaarallisesta humalasta" (ja itse asiassa aiheutettujen objektiivisten seurausten mukaan, ks. esim. StGB 323a §).

[237] Tällainen lievennys ei edes edellytä vetoamista juopumukseen. Se voidaan johtaa suoraan RL 6:1:stä ja normaalirangaistusajattelusta.

tuomioistuimet jättävät tämän kiistanalaisen perusteen mainitsematta. Aineistossa oli kaksi tapausta, joissa kysymys on tullut perustelujen tasolla esille.

> Törkeää ryöstöä koskevassa Helsingin hovioikeuden ratkaisuun 2300/1984 sisältyvissä alioikeusperusteluissa nimenomaan todettiin, *ettei "syytettyjen alkoholinvaikutuksen alaisuutta voida pitää lievennysperusteena tekoja arvosteltaessa"*.
>
> Ratkaisussa VHO 319/II/1975 syytetty oli sytyttänyt tuleen piharakennuksen, jossa hänen tietensä sillä hetkellä oleskeli ihmisiä. AO tuomitsi murhapoltosta 2 v 2 kk vankeutta. HO alensi RL 3:5²:n nojalla rangaistuksen 1 vuodeksi, koska A "... *on joutunut väkijuomien väärinkäytön takia useita kertoja sairaalahoitoon* ja hän kysymyksessä olevassa tilaisuudessa *on ollut niin vahvassa humalatilassa ja kiihtyneenä, ettei hän ole saattanut täysin ymmärtää tekoaan ja sen vaarallisuutta* ja koska hän on veljensä ... antaman lausunnon perusteella jälleen hoidon tarpeessa. ... ottaen lisäksi huomioon, että hän on ... piharakennuksen yhteisomistaja ja että hänen sytyttämänsä tulipalo on saatu välittömästi hälytyksen tapahduttua nopeasti sammutetuksi ja sen aiheuttamat vahingot rajoitetuiksi verraten vähäisiksi ".

Ensimmäisessä tapauksessa kyse oli poikkeuksellisen hyvin suunnitellusta uusijoiden tekemästä rikoksesta, eikä tapaukseen liittynyt mitään niistä piirteistä, joiden tekstissä on esitetty puoltavan lievennystä. Vastakkaisen kannan nimenomainen esiintuominen tuomioperusteluissa viittaisi päinvastoin siihen, että *muissa olosuhteissa* alkoholin vaikutuksella voisi hyvinkin olla merkitystä törkeysarvostelussa. Jälkimmäisessä tilanteessa tällaisia muita lieventäviä seikkoja olikin käsillä, ja humala mainittiin yhtenä lievemmän kohtelun perusteena.[238]

4.3.6. Muut lainnoudattamiskykyyn vaikuttavat seikat

Motivaatioon liittyvät ongelmat edustavat juuri niitä "elävän elämän loputtomiin varioivia" tilanteita, joiden puristamista sääntöjen muotoon on hyvin perustein pidetty mahdottomana. Seuraavat tapaukset tarjoavat jonkinlaista tuntumaa tilanteisiin, joita ei saatu mahdutetuksi edeltäviin kategorioihin:

> HHO 589/1975. Perheen lapsenhoitajana toiminut A oli varastanut asunnosta 100 mk setelin sekä pankkikirjan. Väärennettyään tilinomistajan allekirjoituksen hän nosti tililtä olevat varat 136 mk. AO tuomitsi jatketusta rikoksesta, joka käsitti varkauden ja väärennöksen 50 ps. "huomioon ottaen, että *A oli teon tapahtuessa raskaana* ja että tätä *ei ollut aikaisemmin rangaistu*". HO pysytti alioikeuden lopputuloksen ja perustelut. Tapaukseen ei sovellettu RL 36:5:n privilegioitua asteikkoa vaan RL 3:5²:ta.

---

[238] Ratkaisuja pohdittaessa lienee lopuksi syytä huomauttaa, ettei ajatus humalan lieventävästä vaikutuksesta ole oikeuskirjallisuudessakaan tuntematon. "Vaikkei juopumusta yleisenä rangaistuksen vähentämisperusteena voidakaan pitää, on se lieventävänä asianhaarana otettava huomioon kaikissa muissa tapauksissa paitsi niissä, joissa henkilö on käyttänyt päihdyttäviä juomia ainoastaan saadakseen voimansa kasvamaan rikoksen tekoa varten" (*Pentti* 1922 s.40). Myös Honkasalo sallii päihtymykseen perustuvan lievennyksen in casu (*Honkasalo* II s.44).

ISHO 1531/1979. Syytetty tuomittiin (kotirauhan rikkomisesta) rangaistukseen ottaen lieventämisperusteena huomioon, että rikos oli tehty kiihtyneessä mielentilassa, minkä taustana oli ollut syytetyn "*syvä vastakaikua herättämätön kiintymys toiseen henkilöön, joka seikka on ollut omiaan heikentämään hänen kykyä noudattaa lakia*".

ISHO 1403/1972. Syytetty oli sytyttänyt tuleen heinäladon, jonka omisti yhdessä vaimonsa kanssa. Syytetyn vaimo sai kuitenkin lasten avustamana palon sammutetuksi alkuunsa. AO katsoi teon tapahtuneen erittäin lieventävien asianhaarojen vallitessa, ottaen huomioon mm. ". . . että A heinät sytytettyään oli heti kiirehtinyt ilmoittamaan palon syttymisestä B:lle ja soittanut poliisille. . .". HO alensi A:n tuomitseman rangaistuksen (5 kk) yhdeksi kuukaudeksi, ". . . koska A:n rikosta mm. sen huomioon ottaen, että tuleen sytyttäminen oli tapahtunut *ylirasitustilasta johtuneena seurauksena teon laatuun nähden epätavallisesta syystä*, oli pidettävä lievempänä kuin sitä tekoa, jota RL 34:4[1]:ssa yleensä tarkoitetaan". (RL 3:5[2]).

KKO 1350/1978. AO tuomitsi isänsä surmanneen henkilön täyttä ymmärrystä vailla ja erittäin lieventävien asianhaarojen vallitessa tehdystä taposta 4 v 6 kk:n vankeusrangaistukseen. Tilanteessa uhri oli pitkään jatkuneen juopottelun päätteeksi käyttäytynyt uhkaavasti perhettään kohtaan ja ajanut sen jäsenet pihalle. Poistuessaan asunnosta perheen poika oli havainnut käsillä aseen ja oli alioikeusperustelujen mukaan "kiihtyneessä mielentilassa ja *suuttuneena isänsä pitkäaikaisesta juopottelusta ja perheelleen siitä aiheutuneista jatkuvista kärsimyksistä* tahallaan surmannut isänsä". HO pysytti päätöksen. KKO alensi rangaistuksen kolmeksi vuodeksi vankeutta.

Lievennyksen perustana on ollut vuoroin mm. raskaus, "syvä vastakaikua herättämätön kiintymys", ylirasitus sekä perheenpään elämäntavan perheelle aiheuttamat kärsimykset. Osa tämäntyyppisistä perusteista tiivistyy havainnollisesti seuraavassa KKO:n päätöksen vähemmistölausumassa (Lindholm).

KKO 2610/1978. HO oli tuominnut miestään haulikoilla selkään ampuneen syytetyn taposta. KKO: ei lupaa (ään.). Vähemmistö olisi puoltanut lupaa perusteluin (2 jäs, perustelut Lindholm): "A:n (tekijä) ja B:n (uhri) *yhdyselämä on ollut riitaista*. A on *toistuvasti joutunut B:n väkivaltaisen käyttäytymisen kohteeksi*. B on myös riitautunut A:n sukulaisten kanssa. . . . *B on toistuvasti kehottanut häntä (A) tekemään itsemurhan*. On toisaalta ilmennyt, että *A on ollut hyvin kiintynyt mieheensä*. On uskottavaa, että A on vähitellen joutunut sellaisen psykologiseen tilaan, jossa hän on *hakenut ratkaisua toivottamana kokemaansa elämäntilanteeseen turvautumalla miehensä suraamiseen ja itsemurhaan*. Selvityksestä katson myös ilmenevän, että A, päätettyään surmata miehensä ja itsensä on teon hetkellä ollut sellaisessa poikkeuksellisessa mielentilassa, joka, vaikkei sitä voitaisikaan pitää vähentyneenä syyntakeisuutena, kuitenkin on lähellä tällaista mielentilaa tai suorastaan rinnastettavissa siihen. . . . Edellä mainitsemiani seikkoja voidaan pitää sellaisina erityisinä syinä, joita tarkoitetaan rikoslain 3 luvun 5 §:n 2 momentissa. Kun tappoa koskevassa sanotun lain 21 luvun 1 §:n 1 momentissa on erittäin lieventävien asianhaarojen varalta säädetty erityinen lievempi rangaistusasteikko ja kun edellä mainitsemiani seikkoja tässä tapauk-

sessa myös voidaan pitää tuollaisina asianhaaroina, katson, että viimeksi mainittua lainkohtaa on sovellettava" (erittäin lieventävien asianhaarojen vallitessa tehty tappo, 6 v vankeutta).

4.4. Pakkotilasta ja hätävarjelun liioittelusta

4.4.1. Pakkotila

a) *Yleistä.* — RL 3:10 kuuluu: "Jos joku, pelastaakseensa itseään tahi toista taikka omaansa tai toisen omaisuutta pakottavasta vaarasta, on tehnyt rangaistuksenalaisen teon, ja jos pelastus ilman sitä olisi ollut mahdoton; tutkikoon oikeus, teon ja asianhaarain mukaan, onko hän teostaan jääpä rankaisematta, vai onko hän siitä ansainnut täyden tahi 2 §:n 1 momentin mukaan vähennetyn rangaistuksen". Pakkotila ts. saattaa vapauttaa kokonaan tai vastaavasti vain lieventää vastuuta.[239]

Pakkotilaa on arvioitava kahdesta aspektista: käyttäytymisen haitallisuuden (hyväksyttävyyden) ja syyllisyyden (ymmärrettävyyden ja anteeksiannettavuuden) kannalta.[240] Pakkotilateon *hyväksyttävyys* ratkeaa intressipunninnan kautta. Oikeusjärjestyksen suojaamien etujen kannalta on järkevää edistää tekoja, joilla ihmiset intressien kollisiotilanteissa pelastavat suuremman ja uhraavat pienemmän. *Suuremman edun* pelastava teko on ts. oikeusjärjestyksen tavoitteiden kannalta *suotava ja toivottava* — siis oikeudenmukainen. *Samanarvoisten etujen* ollessa kyseessä asia on rikosoikeusjärjestelmän tavoitteiden kannalta periaatteessa yhdentekevä. Toissijaisuusperiaate velvoittaa tällöin luopumaan rangaistuksesta. Jos uhrattava etu on pelastettavaa *pienempi* teko on myös suojattavien etujen kannalta haitallinen ja sitä on tällä perusteella vastustettava. Mitä suurempi on etujen erotus, sitä haitallisempi (oikeudenvastainen käsitteen aineellisessa merkityksessä) teko on, ja sitä paremmat

---

[239] On epäselvää, luetaanko pakkotila oikeuttamis- vai anteeksiantoperusteisiin. *Forsman* katsoo, että kyseessä on aina oikeudenvastainen, mutta subjektiivisista syistä rankaisematon teko (*Forsman* 1930 s.122 ja 125). *Serlachiuksen* mukaan pakkotilateko voi aika ajoin olla myös oikeudenmukainen. Ratkaisevana on intressivertailu (ks. *Serlachius* 1919 s.81). Formuloinnit vaihtelevat tässä myös sen mukaan, vaaditaanko vain, että uhrattu etu oli pelastettavaa etua "pienempi", vaiko "olennaisesti pienempi" (ks. *Honkasalo* I s.267, ks. myös *Alanen* 1939 s.85, 88—89 sekä *Anttila-Heinonen* 1977 s.121). Kyseessä on sikäli turha ongelma, että pakkotila sisältää aineksia molemmista: tekoon sisältyy yleensä aineksia, jotka tekevät sen sekä hyväksytyksi että ymmärrettäväksi (ks. mitä tekstissä esitetään).

[240] Saksan liittotasavallassa kysymykset on erotettu säätämällä laissa erikseen oikeudenmukaisesta pakkotilasta (StGB 34 §) ja pakkotilateosta, joka oikeudenvastaisenakin jää anteeksiantoperusteena rankaisematta (StGB 35 §).

syyt on sitä vastustaa. Näin ollen *rangaistavan pakkotilateon moitittavuus vaihtelee myös teon haitallisuus- ja oikeudenvastaisuusakselilla.*

Intressivertailun ohella arvostelussa on otettava huomioon *syyllisyys ja käyttäytymisen kontrolloitavuus.* Oikeusjärjestys edellyttää, että tekijän tulisi uhrata pienempi etu suuremman tieltä. Milloin etujen järjestys on päinvastainen, olisi toiminnasta pidättäydyttävä. Jos tekijä on uhrannut suuremman edun pienemmän pelastamiseksi, voi tilanne selittyä useammalla tavalla: (a) tekijä on yksinkertaisesti asettanut omat (tai ylipäätään puolustamansa) intressit muiden intressien edelle puhtaasti egoistisista motiiveista (siis arvottanut edut eri tavoin kuin oikeusjärjestys), (b) tekijä on arvioinut tilanteen ulkoisten olosuhteitten paineessa virheellisesti.

Ensimmäisessä tapauksessa tekijää kohtaa normaali syyllisyysmoite. Syyllisyyden olennaisena sisältönähän on piittaamattomuus toisten oikeudellisesti suojatuista eduista.[241] Jälkimmäisessä tilanteessa samat syyllisyysnäkökohdat puoltavat kohtelun lieventämistä. Milloin ulkoiset seikat (esim. ajan puute) estivät järkevän punninnan, on myös ilmeistä, ettei sanktiollakaan saata olla niiltä edellytettyä motivoivaa vaikutusta. Voi myös sanoa lainnoudattamismahdollisuuksien olevan keskimääräistä heikompien.

Näiden ohella on myös kolmas vaihtoehto. *Tekijä arvottaa intressit eri tavoin kuin oikeusjärjestys, mutta tekee sen syistä, joita pidämme ymmärrettävinä.* Tähän viittaa normatiivisen syyllisyyskäsityksen mukainen mahdollisuus luopua rangaistuksen käytöstä, jos pelastettava etu oli tekijälle niin tärkeä, ettei häneltä voitu odottaa muunlaista suhtautumista. Vastuun lievennystä voidaan perustella eri syin. *Affektiarvotkin ovat arvoja,* joille on syytä antaa jonkinasteinen, joskin ehkä pienempi suoja kuin "oikeusjärjestyksen objektiivisesti tunnustamille" arvoille. Jos tekijä lisäksi "aidosti" uskoo pelastavansa tärkeämmän edun vähemmän tärkeän kustannuksella, ei hänellä omasta mielestään edes periaatteessa olisi ollut syytä menetellä millään muulla tavalla. Kun hän kokee menettelyn *oikeaksi,* ei hän voi myöskään otaksua sitä rangaistavaksi. Tilanne muistuttaa siis suuresti epäsuoraa kieltoerehdystä.

b) *Pakkotila ja moitearvostelu.* — Teon *haitallisuuden ja oikeudenvastaisuuden* kannalta pätee siis periaate: mitä lähempänä arvossa toisiaan uhrattava ja suojeltava etu ovat, sitä lievempi rangaistus.[242] *Kontrolloitavuuden ja syyllisyyden kannalta* kiinnitetään huomio ensinnäkin *ulkoisiin olosuhteisiin*: mitä paremmat mahdollisuudet ne antoivat tilanteen järkevään punnintaan,

[241] Etujen "oikea" järjestys arvioidaan siis objektiivisesti (ks. *Honkasalo* I s.175).

[242] Tekohan aiheutti joka tapauksessa myös positiivisia seurauksia (*jotain* kuitenkin pelastettiin).

sitä ankarammaksi on vastuu asetettava. Näihin on liitettävä vielä poikkeustilanteissa tarpeellinen *subjektiivisten arvostuserojen varauma*. Jos tekijä yleisesti hyväksytyistä ja ymmärrettävistä syistä piti pelastettua etua hänelle huomattavan arvokkaana (arvokkaampana kuin "objektiivinen arvio edellyttää), on moitearvosteluun tehtävä tämän tulkintaeron edellyttämä korjaus — tekijähän on itse kokenut pelastavansa hyvinkin arvokkaan ja tärkeän edun vain vähäisin kustannuksin.[243]

Nyt kosketeltujen seikkojen ohella rangaistavuuteen vaikuttaa myös se, missä määrin tilanteesta olisi voinut selvityä *muilla keinoin*. Jos jokin toinen vähemmän haittaava menetelmä olisi ollut käytössä, mutta tekijä ei sitä havainnut, arvostellaan tällainen putatiivipakkotila tosiasiaerehdystä koskevien sääntöjen mukaan (ks. *Honkasalo* I s.175—176). Tämän ohella myös *tekijän myötäsyyllisyydellä* voi olla vaikutusta. Saksan liittotasavallan rikoslain mukaan se, että tekijä on itse aiheuttanut vaaratilanteen, perustaa syyllisyyden muutoin anteeksiannettavassa pakkotilassa.[244] Rajatapauksissa voi myös tällä seikalla olla merkitystä mittaamisessa.

4.4.2. Hätävarjelusta

a) *Yleistä.* — Joka puolustautuuu "suojellaksensa itseään tahi toista taikka omaansa tai toisen omaisuutta aloitetulta tahi kohta päätä uhkaavalta oikeudettomalta hyökkäykseltä" ja tässä tarkoituksessa tekee teon, joka muutoin olisi rangaistava, jää hätävarjelusäännöksen mukaan rankaisematta, edellyttäen, että puolustus oli hyökäyksen torjumiseksi välttämätön (RL 3:6). Milloin voimakeinoja käyttää määrättyjä tehtäviä hoitava viranomainen näiden tehtävien suorittamiseksi, kysymyksessä on omassa lainkohdassa (RL 3:8) säädelty "voimakeinojen käyttö" tai "julkisoikeudellinen hätävarjelu" (ks. termeistä *Majanen* 1979 s.113-117). Aiheen kannalta merkitykselliset hätävarjelun liioittelusäännökset (RL 3:9) kuuluvat seuraavasti:

> Jos joku 6 tai 7 §:ssä mainitussa tapauksessa on tehnyt teon, joka ei ole ollut hyökkäyksen torjumiseksi, kotirauhan suojaamiseksi tai omansa takaisin ottamiseksi välttämätön, on tekijä tuomittava hätävarjelun liioittelusta tuomioistuimen harkinnan mukaan joko täyteen tai 2 § 1 momentin mukaan alennettuun rangaistukseen. Jos olosuhteet olivat sellai-

[243] Kaksi ensimmäistä kriteeriä löytyvät myös rikosoikeuskomitean tekstistä (mainitut suojeltavan ja uhratun edun välinen suhde sekä teon kiireellisyys, Rikosoikeuskomitea 1976 s.102-103).

[244] StGB 35 §, ks. *Jescheck* 1978 s.389-395, *Bockelmann* 1979 s.130-131 sekä *Blei* 1977 s.185-188, sen sijaan *Honkasalo* tuntuu asettuvan toiselle kannalle, ks. tarkemmin *Honkasalo* I s.173—174.

set, ettei hän voinut mieltänsä malttaa, häntä ei saa rangaistukseen tuomita (29.12.1967/621).

Milloin 8 §:ssä tarkoitetuissa tapauksissa on käytetty ankarampia voimakeinoja kuin sanottujen pykälien mukaan voidaan pitää puolustettavina, saadaan rangaistusta teon moitittavuutta vähentävien erityisten syiden perusteella alentaa niin kuin 1 momentissa on sanottu taikka, jos siihen on erittäin painavia syitä, tekijä kokonaan vapauttaa rangaistuksesta (25.3.1983/321).

Hätävarjelu luetaan oikeuttamisperusteisiin, sen liioittelu taas anteeksiantoperusteisiin.[245] Rikosopilliseen väittelyyn puuttumatta hätävarjelu voidaan katsoa yleisesti hyväksytyksi ja edistettäväksi toiminnaksi sen vuoksi, että tällainen puolustautuminen useassa tapauksessa *pelastaa arvokkaita etuja* melko vähäisin uhrauksin. Menettely on siis sopusoinnussa oikeusjärjestyksen tavoitteen (intressisuoja) kanssa. Hätävarjelun salliminen on myös omiaan vähentämään uhkaavia oikeudenloukkauksia ja toimii näin *preventiivisesti*. Kolmanneksi hätävarjelutilanteessa toimitaan usein *itsesäilytysvaiston* nojalla, jolloin tällaisen menettelyn kieltäminen olisi melko tehotonta.

Hätävarjelutilanteen oikea arviointi edellyttää ts. jälleen taustalla olevien periaatteiden erilaisten yhdistelmien erittelyä ja keskinäisten suhteiden järjestelyä. Tässä tapauksessa vaikuttavina ovat *Roxinin* mukaan itsesuojeluperiaate, oikeuden puolustamisperiaate ja rikosoikeudessa yleisesti vaikuttava suhteellisuusperiaate (*Roxin* 1973 s.26). Ongelma ei ratkea pohtimalla abstraktista "hätävarjeluoikeuden" periatteen soveltuvuutta, vaan käsillä oleva sosiaalisten intressien konfliktin ratkaiseminen edellyttää tässä, aivan samalla tavalla kuin muidenkin oikeuttamisperusteiden yhteydessä, taustaperiaatteiden eksplikointia ja etusijaehtojen erittelyä. Kuten Roxin tehtävänasettelun täsmentää: "Sie besteht darin, aus der Masse der Rechtfertigungsgründe den Katalog der sehr viel weniger zahlreichen sozialgestaltenden Prinzipien möglichst komplett herauszuarbeiten und deren Verhältnis zueinander — das Prinzipiengeflecht gewissermassen — deutlich zu machen" (*Roxin* 1973 s.27, ks. mitä asiasta esitettiin jaksossa IV.A.3.3.2).

Samat näkökohdat sopivat luonnollisesti myös hätävarjelun liioitteluun. Teon vääryyssisältöä voi pitää edelleen osittain alentuneena, sillä tavoitteenahan oli joka tapauksessa oikeusjärjestyksen periaatteessa suojaamien etujen puolustaminen (ks. myös *Hillenkamp* 1981 s. 271 ja *Roxin* 1978 s.114). Pääpaino on perinteisesti ollut kuitenkin syyllisyysargumentaation ja normatiivisen syyllisyyden puolella (ks. *Honkasalo* II s.13 ss sekä *Lahti* 1974 s. 286-287),

[245] Tosin jälleen määrätyin mielipide-eroin vrt. esim. *Alanen* 1925 s.140-142 ja *Majanen* 1979 s.1985 s.38 ja *Hiltunen* 1951 s.186-187 viitteineen.

mikä merkitsee, ettei rangaistukseen johtavaa hätävarjelun liitoittelua pidettäne niinkään hyväksyttävänä kuin (osittain) anteeksiannettavana.

Rikoslaki määrittää eri tavoin hätävarjelun ja julkisoikeudellisen hätävarjelun rajat. Yleistä hätävarjeluoikeutta koskeva säännös asettaa ainoaksi kriteeriksi puolustuksen *välttämättömyyden* (ks. *Majanen* 1979 s.249 ss. viitteineen). Julkisoikeudellinen hätävarjelu taas edellyttää vertailua suojatun ja uhratun intressin välillä. Eroa on luonnehdittu termein absoluuttinen ja relatiivinen hätävarjeluoikeus (*Majanen* 1979 s.232).[246]

Varsinaisen hätävarjeluoikeuden jäykkä sääntely on johtanut erilaisten joustomenettelyjen etsimiseen. Absoluuttista hätävarjeluoikeutta on tahdottu lieventää vetoamalla mm. yleisiin *kohtuus- ja suhteellisuusperiaatteisiin* (*Alanen* 1925 s.111-112 ja *Serlachius* 1919 s. 98 ss) tai viittaamalla *shikaanikieltoon* (*Honkasalo* I s.152-154, ks. myös *Anttila-Heinonen* 1974 s.76-77 ja 1977 s.119 sekä laajemmin oikeuskirjallisuudesta *Majanen* 1979 s.259-272). Asiasta laajemmin kirjoittanut *Majanen* toteaa, ettei lainsäädäntö yhtäältä ehdottomasti velvoita intressivertailuun, mutta toisaalta tämä ei tarkoita, että hyökkäyksen laatu ja voimakkuus olisivat vailla merkitystä. Monessa tapauksessa näet "torjumisen välttämättömyyttä pohdittaessa ratkaisevaksi muodostuu hyökkäyksen ankaruuden arviointi" (*Majanen* 1979 s. 300-301 ja sama 1985 s.34). Tyydyttävään ratkaisuun päästään kuitenkin vain lainsäädännöllisin järjestelyin, sillä tosiasiaksi jää, että välttämättömän, mutta suhteettoman puolustuksen rankaiseminen hätävarjelun liioitteluna on vastoin lain sananmuotoa.[247]

b) *Hätävarjelun liioittelu ja moitearvostelu.* — Hätävarjelun liioittelu voidaan jakaa teknisesti intensiiviseen ja ekstensiiviseen (*Jescheck* 1978 s. 397-398). Ensin mainitussa tapauksessa tekijä käyttää *liian voimakkaita keinoja*. Vähempi

---

[246] Teoreettisesti on kyse sääntöjen ja periaatteiden eroista. Sääntöihin pohjaava tavallinen hätävarjelu todistetaan lainmukaiseksi viittaamalla vain kaksi vaihtoehtoa sallivaan kriteeriin. Keino joko on tai ei ole välttämätön — ongelma ratkeaa siis kaksiarvologiikan keinoin. Puolustettavuuden todistamisessa on selvemmin kyse periaatetyyppisestä argumentoinnista. Punnittavana on joukko eri suuntiin puhuvia argumentteja, joille on annettava painoarvo ja joiden pohjalta on rakennettava eri näkökulmat yhteensovittava kompromissi.

[247] Majasen ratkaisu ei ts. poista ongelmaa. Se mikä on *hyökkäyksen torjumiseksi välttämätöntä* ja mikä katsotaan *välttämättömäksi torjumiseksi* ovat näet kaksi eri asiaa. Selvää on, että mikäli jokin toimi oli hyökkäyksen torjumiseksi välttämätöntä, on se sitä myös lain tarkoittamassa merkityksessä, mikä johtaa vastuusta vapauttamiseen. On toinen asia pohtia sitä, missä määrin hyökkäys oli välttämätöntä torjua. Tähän kysymykseen ei sääntöihin pohjaava hätävarjelumääräys ota kantaa. Ratkaisua olisikin etsittävä taustalla olevien periaatteiden yhdistelmistä ja niiden erilaisista painoarvoista (ks. mitä tekstissä on edellä sanottu). Tämänsuuntaisista pohdinnoista ks. mitä edellä s.423 välikkeettömässä kappaleessa on todettu.

väkivalta olisi siis riittänyt (tai olisi katsottavissa puolustettavaksi). Mittaamiseen vaikuttaa tällöin se, *kuinka runsaasti käytetyt keinot ylittivät välttämättömän tai puolustettavana pidetyn hätävarjeluoikeuden rajat.*

Ekstensiivinen hätävarjelun liioittelu viittaa *aikarajojen ylittämiseen.* Voimakeinoja käytetään, joko ennen kuin hyökkäys oli konkreettisesti alkamassa, tai niitä jatketaan hyökkäyksen jo päätyttyä. Oikeuskirjallisuudessa on katsottu, ettei aikarajojen ylittäminen voi tulla arvosteltavaksi hätävarjelusäännöksen perusteella, koska kyseessä ei käsitteellisesti ole enää hätävarjelutilanne (''aloitettu tai kohtapäätä uhkaava . . . hyökkäys'' ks. *Anttila-Heinonen* 1977 s.131 sekä *Jescheck* 1978 s.397-398). Voi hyvin olla perusteltua rajata hätävarjelun nimellä tunnettu puolustus mainituin tavoin. Tästä ei toisaalta tietenkään seuraa, etteikö ekstensiivinen hätävarjelun liioittelu alentaisi rangaistusta samoista syistä, joihin hätävarjelu yleensäkin perustuu. Kun vaikea motivointitilanne on johtanut siihen, ettei tekijä ole kyennyt täysin hallitsemaan tekojaan, on syyllisyysperusteisen lievennyksen ration kannalta samantekevää, kuinka hätävarjeluoikeuden muodolliset rajat vedetään. Sekä ''preventiohätävarjelu'' että jälkikäteinen hätävarjelu on siis lupa ottaa huomioon rangaistuksen lievennyksenä (samoin *Hillenkamp* 1981 s.274-276). Tällöin arvostelussa vaikuttaa luonnollisesti myös se, kuinka lähellä aitoa hätävarjelutilannetta oltiin.

Kaiken kaikkiaan hätävarjelun liioittelun keskeisinä arvosteluperusteina ovat *vaaran pakottavuus, tilanteen yhtäkkisyys, käytössä oleva harkinta-aika, tekijän kokema pelko, kauhu ja hämmennys.*[248]. Arvioinnissa joudutaan turvautumaan objektiivisesti painottuneeseen mittaan — siihen, kuinka tavallinen ihminen olisi po. tilanteessa menetellyt. Mahdollisiin yksilökohtaisiin eroihin pätee edellä jo provokaation yhteydessä esitetty (ks. edellä 4.3.4.).

5. Uhrikäyttäytyminen ja ulkopuolisten toiminta

5.1. Lähtökohdat

Teon törkeysarvostelussa joudutaan useasti ottamaan huomioon myös uhrin ja ulkopuolisten käyttäytyminen ennen tekoa, teon aikana tai sen jälkeen. Tilanteet vaihtelevat siinä määrin, ettei niitä ole mahdollista sijoittaa kiinteään systeemikategoriaan. Uhrikäyttäytyminen ja ulkopuolisten toiminta vaikuttavat sekä teon syyllisyys- että sen vääryyssisällön arvosteluun, kuten jo aikai-

[248] Vrt. tältä osin StGB 33 § sanamuotoa, ks. myös *Majanen* 1985 s.38.

semmin käsitellyt perusteetkin osoittivat.[249] Näihin ei enää seuraavassa palata, vaan tarkasteltaviksi jäävät tilanteet, joita ei edeltävässä esityksessä ole voitu ottaa huomioon. Näistä tärkein on *loukatun suostumus*. Sen ohella selvitetään *uhrin ja kolmannen muu myötävaikutus*.

5.2. Loukatun suostumus

5.2.1. Yleistä

Nousiainen on kantaansa perustelematta rajoittanut suostumuksen rangaistusta lieventävän vaikutuksen RL 21 luvun rikoksiin.[250] Muissa tapauksissa olisi suostumusta siis kohdeltava dikotomialuontoisena oikeuttamisperusteena: se joko vaikuttaa tai ei vaikuta. Tällaiseen rajoitukseen ei ole aihetta sen enempää suostumuksen rankaisemattomuuden tueksi esitettyjen yleisempien taustaperiaatteiden kuin konkreettisten edellytystenkään valossa. Asiasta on ulkomainen oikeuskirjallisuus jokseenkin yksimielinen (*Hillenkamp* 1981 s. 241, *Hirsch* LK 46 § 41, *Schönke-Schröder* 46 § 25, *Kern* 1952 s. 285 ja *Bein* 1975 s. 58).

Puuttuvan intressin periaatteen mukaan henkilö on suostumuksensa kautta osoittanut luopuvansa oikeussuojastaan (*Anttila* 1946 s. 52-53 ja s. 102). Oikeusjärjestyksen tehtävänä on taata ihmisille suoja oikeudenloukkauksia vastaan. Tällöin oletetaan, että ihmiset pitävät tätä suojaa arvossa. Jos suojasta vapaaehtoisesti luovutaan tai sitä heikennetään, voi kysyä, miksi yhteiskunnan tulisi enää pitää huolta suojan säilyttämisestä (ks. tästä *Hillenkamp* 1981 s. 296-297 sekä *Bein* 1975 s. 61).[251] *Yhteiskunnallisten velvollisuuksien täyttä-*

---

[249] *Jagusch* 1956 B III 7, *Kern* 1952 s. 294 ss., *Horn* 46 § 6 ja *Zipf* 1977 s. 32 sekä myös *Bein* 1975 s. 52. Vääryyssisältöön vaikutti esimerkiksi uhrin objektiivista tuottamusta lieventävä ennakoimaton käytös (ks. edellä jakso 3.3.1.), syyllisyysarvostelua taas lievensi provokaatio (ks. jakso 4.3.4.).

[250] *Nousiainen* 1961 s. 267. Kirjoittaja viittaa tässä pyynnöstä surmaamista koskevaan erityissäännökseen ja katsoo periaatteen olevan muihin rikoksiin vaikeasti ulotettavissa, joko julkisen intressin takia tai siksi, että oikeudenvastaisuus poistuu suostumuksen takia. Voidaan toisaalta myös esittää, "että koska pyynnön muodossa esiintyvä suostumus lieventää henkeen kohdistuvan rikoksen rangaistavuutta, suostumuksella täytyy olla myös merkitystä kysymyksen ollessa oikeusjärjestyksen arvoltaan vähäisemmiksi arvioimista oikeushyvistä" (näin *Honkasalo* I s. 186 ja *Anttila* 1946 s. 142).

[251] Tähän voidaan liittää myös tilanteet, joissa *viranomainen on pätevyytensä puitteissa antanut luvan* toimintaan, joka käsittää muodollisesti rikoksen tunnusmerkistön. Honkasalo on lukenut tilanteen oikeuttamisperusteiden joukkoon (*Honkasalo* I s.181). Jos viranomaisilla on kompetenssi määrätä po. toimien sallittavuudesta, lienee rankaisemattomuus luontevinta kytkeä intressin puutteeseen. Toiseksi tilanteeseen voidaan soveltaa sosiaaliadekvanssinäkökohtaa.

misen teorian kannalta oikeudenvastaisuusongelma ratkeaa sen mukaan, miten teko vaikuttaa yksilön mahdollisuuksiin täyttää yhteiskunnalliset velvollisuutensa (*Anttila* 1946 s. 68-69 ja *Honkasalo* I s. 184). *Korvaamismahdollisuuden teorian* mukaan suostumuksen merkitys ratkeaa sen mukaan, missä määrin loukkaukset ovat jälkikäteen korvattavissa (*Anttila* 1946 s. 65-68 ja *Forsman* 1930 s. 105). Yksikään taustaperiaatteista ei edellytä joko/tai ratkaisua. Henkilö voi luopua oikeussuojastaan enemmän tai vähemmän selvästi, hänen mahdollisuutensa täyttää yhteiskunnalliset velvollisuutensa ovat suuremmat tai pienemmät ja loukkaus useimmissa tapauksissa on korvattavissa suuremmalta tai pienemmältä osin.

Sama pätee taustaperiaatteiden pohjalta muodostettuihin tarkempiin *edellytyksiin. Rikoksen ja sen vaikutusten laajuuden osalta* on esitetty suostumuksen poistavan rangaistavuuden vain, jos kysymys on välittömästi yksilöön kohdistuvasta rikoksesta ja haitat rajoittuvat välittömään kohteeseen. Rajoittavana ehtona näissäkin tapauksissa on vielä, että teon "katumusriski ei ole kovin suuri tai haitat hyvin kohtalokkaat" (ks. Rikosoikeuskomitea 1976 s. 107). *Suostumukselta itseltään* edellytetään sen olevan voimassa teon hetkellä; sen tulee myös olla nimenomainen ja tarkkarajainen, eikä se saa perustua erehdykseen tai pakottamiseen. Suostumuksen antajan tulee lisäksi ymmärtää, mistä suostumuksessa on kyse (ks. tarkemmin *Anttila* 1946 s. 73 ss., *Anttila-Heinonen* 1977 s. 126 ja *Honkasalo* II s. 189-194). Myös nämä edellytykset toteutuvat eriasteisesti. Haittojen ja katumusriskin suuruus ovat asteikollisia. Suostumus voi olla rajoiltaan vaihteleva, erehdys tai pakko enemmän tai vähemmän ilmeinen jne. Tältäkin kannalta on luontevaa käyttää suostumusta mittaamisperusteena tilanteissa, joissa se ei kokonaan poista vastuuta (samoin *Anttila* 1946 s. 142). Sen lähempi merkitys arvioidaan niiden puutteiden mukaan, jotka estävät teon katsomisen oikeudenmukaiseksi. Nämä ryhmiteltiin jo edellä tehtyä rikosta sekä suostumusta itseään koskeviin.

5.2.2. Rikosta koskevat seikat

Oikeudenvastaisuuden poistava suostumus rajoittuu *yksityisiin intresseihin* kohdistuviin rikoksiin. Tällöinkin edellytetään, *etteivät teon seuraukset olleet kovin vakavat*, eikä *katumusriski kovin suuri*. Suostumus voisi siten rajatapauksissa lieventää esimerkiksi yksityisiin intresseihin kohdistuvien rikosten rangaistusta tilanteessa, jossa seurausten vakavuus edellyttää jonkinasteista rangaistusvastuuta (esimerkiksi törkeä pahoinpitely). Milloin uhri voi disponoida vain osasta niitä oikeuksia, joihin rikos kohdistuu, on teon vääryyssisältö vähentynyt siltä osin kuin suostumus on ollut pätevä (näin *Hillenkamp* 1981 s. 242-243).

Arvioinnissa voi hakea johtoa myös asianomistajarikosten sääntelyssä noudatetuista periaatteista.[252] Grentzwert-teorian pohjalta olisi johdonmukaista myöntää uhrin käsityksille ja suhtautumiselle jonkinasteinen paino asianomistajarikoksia lähellä olevia tilanteita arvosteltaessa.

Koska ratkaisut tehdään rikoskohtaisesti, kysymyksen jatkokäsittely jää yleisen osan ulottumattomiin. *Suostumukseen itseensä* liittyvät ehdot ovat sen sijaan yleisiä. Ne koskevat kaikkia rikoksia edellyttäen, että rikos itse on sellainen, että siihen voidaan tehokas suostumus antaa.

5.2.3. Suostumuksessa itsessään olevista virheistä

a) *Ajallinen virhe. — Jälkikäteen annettu* suostumus on tehoton (uhrin suhtautuminen ei enää "voi muuttaa rikoksen luonnetta toiseksi", *Anttila* 1946 s. 104). Puuttuvan intressin teoria ei kuitenkaan edellytä näin tarkkarajaista sääntöä. Henkilö ei ehkä ole etukäteen lainkaan ajatellut rikoksen mahdollisuutta, eikä ole siihen siis voinut suostumustaankaan antaa. Loukkauksen tapahduttua ja kysymyksen aktualisoiduttua hän saattaa hyvinkin antaa teolleen suostumuksensa. Tulkintaa tukee myös funktionalistinen oikeushyväajattelu. Sen mukaan rikokseen sisältyvä oikeudenloukkaus ei toteudu yhdellä kerralla, vaan vähä vähältä — esimerkiksi sitä mukaa kuin uhri havaitsee olevansa estynyt käyttämään vahingoitettua omaisuutta. Jälkikäteinen suostumus voidaan tulkita tähän mennessä tapahtuneen oikeudenloukkauksen hyväksymiseksi. Sanomatta mitään teosta mahdollisesti myöhemmin syntyvistä vahingoista, merkitsi jälkikäteinen suostumus uhrin tiedossa olevan seurausvääryyden "nollausta" (*Maeck* 1982 s. 123-124 ja *Hillenkamp* 1981 s. 245). Lievennystä voidaan vastustaa lähinnä syyllisyysperustein. Tekijä on normaalisti olettanut syyllistyvänsä rikokseen. Jälkikäteinen suostumus ei saata vähentää hänen syyllisyyttään (näin erityisesti niin sanottu tahdonilmaisuteoria, ks. *Anttila* 1946 s. 96 ss.). Lievennys heijastaisi siten seurausvastuista ajattelua. Rangaistusten alentaminen voisi myös houkutella rikoksiin uskossa, että suostumus on jälkikäteen hankittavissa esimerkiksi rahan voimalla (reaalinen mahdollisuus esimerkiksi väkisinmakaamisrikoksissa).

Pätevästi annettu suostumus voidaan aina *peruuttaa*. Tekijän on varmistettava suostumuksen voimassaolo. *Honkasalon* mukaan teko voisi kuitenkin jäädä rankaisematta, vaikka suostumusta ei teon hetkellä olisikaan olemassa, mikäli se kuitenkin on annettu juuri ennen tekoon ryhtymistä ja tekijällä on

---

[252] Ks. myös *Agge* III s. 373, jossa asianomistajarikosten ja suostumusoppien järjestelyissä todetaan noudatelleen jossain määrin samoja linjoja.

syytä olettaa, että uhri on pysynyt suostumuksessaan (*Honkasalo* I s. 191). Suostumuksen lieventävä vaikutus on arvosteltavissa tällöin erehdysoppien mukaan. Mitä ymmärrettävämpi erehdys on ollut, sitä perustellummat syyt tekijällä on ollut otaksua suostumuksen pysyvän voimassa. Mitä yllättävämpänä peruutusta on pidettävä, ja mitä lähempänä tekohetkeä sittemmin peruutettu suostumus on annettu, sitä suurempi merkitys sille peruutettunakin on annettava.

b) *Anteeksianto ja jälkikäteinen suostumus.* — Suostumustapauksessa tekijä hyväksyy rikoksen ja tapahtuneen loukkauksen, anteeksiantotilanteessa uhri edelleen paheksuu tekoa, mutta on valmis luopumaan rangaistusvaateesta (näin *Hillenkamp* 1981 s. 246 ja *Bein* 1975 s. 63). Näissä tapauksissa rangaistusten lieventämistä voidaan perustella sovitusajatukseen liittyvin moraalisin argumentein. Siltä osin kuin rangaistuksen osafunktioksi katsotaan oikeusyhteisön ja uhrin rangaistusvaateen tyydyttäminen, tulisi myös anteeksianto hyväksyä rangaistuksen lievennysperusteeksi (näin mm. *Zipf* 1969 s. 105, 1977 s. 46, *Jagusch* 1956 s. 120, *Hillenkamp* 1981 s. 247, *Walker* 1980 s. 135-136 ja myös *Anttila* 1946 s. 59). Argumentti pätee suostumukseen yleisemminkin. Suostumukseen voidaan näet käsitteellisesti katsoa sisältyvän, ettei uhri vaadi tekijälleen rangaistusta.[253]

c) *Suostumuksen muista virheistä.* — Suostumukselta vaaditaan edelleen nimenomaisuutta ja tarkkarajaisuutta; se ei saa perustua erehdykseen tai pakottamiseen ja sen antajan tulee ymmärtää mistä suostumuksessa on kyse. Ehdot on kirjallisuudessa ymmärretty osin konstitutiivisina, eikä niiden osittaista täyttymistä ole pidetty mahdollisena (näin *Noll* 1956 s. 88). Tällaiseen rajaukseen ei kuitenkaan ole perustetta (samoin *Hillenkamp* 1981 s. 247). Humalainen, joka suostumusta antaessaan erehtyi vahingonteon kohteeksi joutuvan omaisuuden arvosta, ei ehkä ole antanut vastuusta vapauttavaa suostumusta. Siitä huolimatta on selvää, että tällainen erehdykseenkin pohjaava suostumus lieventää rangaistusta. Tällöin on luonnollisesti otettava huomioon tekijän tietoisuus. Mikäli hän oli selvillä, että suostumus perustuu virheellisiin tietoihin tai käsityksiin, tai että se on saatu pakottamalla, ei lievennykseen ole perustetta.

[253] Suostumustilanteet ovat käytännössä harvinaisia. Teemaan liittyviä aineksia on kuitenkin nähtävissä tapauksessa HHO 1966/1984. Syytetty (L) oli ottanut luvatta käyttöönsä isänsä (S) hallinnassa olevan, mutta vielä kokonaan maksamatta olleen moottoripyörän kuljettaen sitä yleisellä tiellä ja törmäten henkilöautoon. AO tuomitsi mm. moottoriajoneuvon luvattomasta käyttöönottamisesta 40 ps. HO pysytti päätöksen lisäten perusteluihin: "Yleinen etu ei vaadi L:n tuomitsemista vankeusrangaistukseen. Erityisinä syinä on otettava huomioon, että *L:llä on ollut lupa käyttää sanottua moottoripyörää kotipihallaan ja ettei S ole vaatinut L:lle rangaistusta eikä vaatinut tältä vahingonkorvausta.*"

5.3. Uhrin ja kolmannen myötävaikutus

5.3.1. Yleistä

Suostumustapausten ohella uhri ja kolmas henkilö voivat vaikuttaa rikoksen syntyyn useallakin moitearvostelussa huomioon otettavalla tavalla. He voivat toiminnallaan lisätä tai vähentää seurausten laajuutta, olla osaltaan mukana itse rikoksessa, helpottaa rikoksen suorittamista, edistää omalla toiminnallaan loukkauksen synnyn todennäköisyyttä jne. Nämä tilanteet on usein koottu "myötäsyyllisyyden" tai "myötävaikuttavan tuottamuksen" otsikon alle.[254] Toisaalta rikosoikeus ei tunne vahingonkorvausoikeudellista myötävaikuttavan tuottamuksen periaatetta (näin mm. *Jareborg* 1984 s. 242). Tarkasteltavat myötävaikutustilanteet ratkaistaankin vastaavista siviilioikeudellisista periaatteista irrallaan (samoin esimerkiksi *Bruns* 1980 s. 140).

5.3.2. Myötävaikutustilanteiden erittely

a) *Seurausten ennalta-arvattavuus.* — Uhrin tai kolmannen toiminta voivat vähentää tekijälle yllättävällä tavalla seurausten ennalta-arvattavuutta. Tällä oli erityisesti merkitystä liikennerikoksissa. Sillä, onko ennalta-arvattavuutta vähentävä toiminta uhrille itselleen subjektiivisesti syyksiluettava ei ole arvostelussa — nyt tarkasteltavalta kannalta olennaista — merkitystä. Ennalta-arvattavuutta vähentävät yhtälailla humalaisen syyksiluettava ryntääminen ajoradalle kuin lapsen yllättävä ja tapaturmainenkin joutuminen ajoneuvon kulkuväylälle (ks. esimerkiksi *Hillenkamp* 1981 s. 295-296 viitteineen sekä edellä jaksossa 3.3.1. esitettyä). Olosuhde vaikuttaa objektiivisen tuottamuksen asteeseen. Paitsi uhrin, myös kolmansien henkilöiden toiminta saattaa vähentää ennalta-arvattavuutta (ks. tästä *Bruns* 1980 s. 140).

b) *Seurausten laajuus.* — Teon jälkeenkin voi uhrin ja ulkopuolisen toiminta vaikuttaa toteutuneisiin seurauksiin ennakoimattomalla tavalla. Uhri voi esimerkiksi kieltäytyä tarjotusta lääkärinavusta tai kolmas henkilö saattaa pelastustoimia hidastuttamalla suurentaa vahinkoja (ks. *Bruns* 1980 s. 143, *Hirsch* LK 46 § 43 ja *Schönke-Schröder* 46 § 24). Näitä toimia ei normaalisti voida lukea riskiharkinnassa kohtuudella huomioon otettaviin seikkoihin, eivätkä niiden kautta realisoituvat vahingot saata myöskään koitua tekijän vahingoksi (ks. esimerkiksi *Hillenkamp* 1981 s. 301).[255]

[254] "Das mitwirkende Verschulden", ks. *Kern* 1952 s. 284, *Bruns* 1980 s. 139-143 ja *Hillenkamp* 1981 s. 296-297 ja *Bein* 1975 s. 61 ss.

[255] Uhrin toimintaa voidaan tässä tarkastella myös suostumusopin kautta. Menettelyhän tavallaan osoittaa, että uhri on antanut suostumuksensa jo syntyneille oikeudenloukkauksille (ks. *Maeck* 1982 s. 124).

Ulkopuolisten ennakoimattoman tehokas toiminta riskien ehkäisemiseksi ei toisaalta voi myöskään *vähentää* tekijän loukkaaman huolellisuusvelvollisuuden määrää. Velvollisuudenvastaisuus arvioidaan objektiivisesti ennakoitavan tapahtumain kulun mukaan. Vaarantamisvastuu edellyttää, etteivät pelkät onnelliset sattumat vähennä objektiivisesti huolimattomasti menetelleen vastuuta.

c) *Teon helpottaminen.* — Uhri saattaa omalla käyttäytymisellään helpottaa teon suorittamista esimerkiksi jättämällä omaisuutensa vaille suojaa tai autonsa lukitsematta, taikka kutsumalla täysin tuntemattomia tai käytökseltään epäilyttäviä henkilöitä kotiinsa jne. (ks. esimerkiksi *Bein* 1975 s. 52 ss. ja *Hillenkamp* 1981 s. 297 ss.). Tuottamuksen kyseessä ollessa ollaan lähellä kohtaa (a) edellä. Tahallisissa rikoksissa teon helpottaminen vaikuttaa erityisesti tekijän syyllisyysarvosteluun. Teon helpompi suorittaminen vaatii vähemmän "rikollista energiaa". Houkutteleva tilanne on myös vaikeammin ohitettavissa, ja teko on heikentyneen lainnoudattamiskyvyn vuoksi syyllisyydeltään lievempi (ks. *Hillenkamp* 1981 s. 297-298). Merkitystä ei ole sillä, edistääkö kolmas henkilö tai uhri tekoa tahallisesti tai tahattomasti. Milloin uhri on edistänyt tekoa hänelle syyksiluettavalla tavalla — joko avunannon luonteisella tai yllytykseksi katsottavalla toiminnalla — tulee lievennyksen lisäperusteluiksi uhrin omaehtoinen oikeussuojasta luopuminen.

d) *Tietoinen riskinotto ja oikeussuojan menettäminen oman virhetoiminnan vuoksi.* — Viimeiseksi tulevat tapaukset, joissa uhri on tietoisesti ottanut riskin ja asettanut itsensä vaaralle alttiiksi. Konkreettisina esimerkkeinä ovat ruumiinvamman- tai kuolemantuottamustapaukset, joissa uhri on uskaltanut humalaisen kuljettajan kyytiin sekä urheiluloukkaukset. (*Hillenkamp* 1981 s. 247-248). Jälkimmäisissä myös toiminnan sosiaaliadekvaatti luonne oikeuttaa jonkin verran korkeampaan riskinottoon. Jos vahinko syntyy normaalisääntöjen ja normaalien säännönrikkomisten puitteissa, onkin kyseessä vielä yleensä sallittu riski (ks. *Jareborg* 1984 s. 239 ss.). Edelliseen liittyvät kiinteästi tilanteet, joissa uhrin oma oikeusjärjestyksen vastainen menettely johtaa määrättyjen oikeuksien menettämiseen.[256] Tähän perustuu esim. konfiskointioikeus. Oikeus ei ts. suojaa omaisuutta, jota on käytetty lainvastaiseen toimintaan (ks. *Horn* 263 § 149).[257] Kaikkien tilanteiden arvioinnissa on pidettävä mielessä ko-

[256] Esimerkiksi mustanpörssin tai laittoman valuuttakaupan piirissä petoksen tehneen tavallista lievempi rankaiseminen on puollettavissa tällä perusteella (ks. *Hillenkamp* 1981 s. 291-292).

[257] Myös tässä voi herättää kysymyksen raja-arvoteorian soveltamisesta eli: Suojaako oikeusjärjestys vähemmässä määrin omaisuutta jota on käytetty esim. moraalisesti pahek-

ko ajan *uhrin ja kolmannen* henkilön toiminnan mahdollinen sosiaaliadekvanssi. Uhrin tekoa helpottanut toiminta saattaa näet palvella *muita* sosiaalisia päämääriä. Näiden muiden päämäärien saavuttamiseksi saattaa olla perusteltua säilyttää rangaistusuhka teon helpottamisesta huolimatta entisellään tai jopa korottaa sitä.[258]

5.3.3. Oikeuskäytäntöä

Oikeuskäytännön asiaa koskevat ratkaisut koskevat lähinnä myötävaikuttavaa tuottamusta sivuavia tilanteita.

KKO 1894/1979. KKO katsoi varkauden perussäännöksen soveltamisen riittäväksi ". . . kun varastaminen on tapahtunut S:n asunnosta, *johon H oli päässyt siten, että hän tutustuttuaan S:ään seurustelutarkoituksessa julkaistun sanomalehti-ilmoituksen perusteella oli S:n suostumuksella saanut siellä yöpyä . . .*".

ISHO 518/1982. Havaittuaan uhrilla olevan paljon rahaa tekijä oli pyydellyt tätä taksimatkan aikana asunnolleen, jossa anastanut vahvassa humalatilassa olevalta uhrilta 6000 mk. AO: varkaus 5 kk vankeutta ehdottomana (RR 7, RL 6:2 4k), sillä "vaikka varastaminen on kohdistunut erittäin arvokkaaseen omaisuuteen, varastamista ei ole siihen nähden, *että uhri oli edellisenä päivänä hakeutunut A:n (ja B:n) seuraan juopottelemaan, näytellyt avoimesti rahojaan ja käyttänyt rahaa A:n ja B:n nähden runsaasti ja huolimattomasti, pidettävä törkeänä.* HO varkaus 9 kk vankeutta ehdottomana.

THO 25.2.1980 R 1978 R 29. Väkisinmakaamisen yritys katsottiin tehdyksi lieventävien asianhaarojen vallitessa, *koska uhri oli mennyt vapaaehtoisesti hänelle tuntemattomien miesten kanssa alastomana saunaan.* HO katsoi uhrin omalla käytöksellään vaikuttaneen tekoon.

ISHO 1776/1975. Myymäläetsivät olivat usealla eri kerralla kiristäneet myymälävarkaudesta kiinni saamiltaan henkilöiltä rahaa liikkeelle uhaten muutoin tehdä rikoksesta ilmoituksen poliisille. AO tuomitsi tekijät RL 3:5²:ta soveltaen jatketusta kiristämisestä 50 ja 20 päiväsakon suuruisiin rangaistuksiin ". . . *ottaen huomioon, että V, K, L ja P (uhrit) olivat ensiksi syyllistyneet anastuksillaan rikoksiin ja A:n, B:n ja C:n (tekijät) menettely oli aiheutunut tästä asianomistajien rikollisesta toiminnasta . . .*". HO katsoi, ettei AO:n mainitsemia syitä ole pidettävä RL 3:5²:ssa tarkoitettuina erityisinä syinä ja kovensi rangaistukset 2 kk ja 2 kk 10 päivän vankeusrangaistuksiksi.

Tapauksissa uhriksi joutumista oli yleensä edeltänyt oma, enemmän tai vähemmän varomaton toiminta. Tilanteet toistavat siis jossain määrin periaatetta "tyhmyydestä sakotetaan". Kolmas ratkaisu herättää tosin laajempia kysymyksiä. Saunakulttuuristaan ja sukupuolten tasa-arvosta tunnetussa maassa naisille on perusteltua antaa täysi oikeus "saunoa alastomina" tuntemattomien-

---

suttavaan toimintaan, mutta jota ei kuitenkaan ole suoranaisesti kriminalisoitu (ks. *Hillenkamp* 1981 s.291-292 ja *Stree* 1961 s.91) ? Vastaus lienee varovaisen myöntävä.

[258] Sosiaaliadekvanssista tässä yhteydessä ks. tarkemmin *Hillenkamp* 1981 s. 300-301 ja *Bein* 1975 s. 53-54.

kin miesten kanssa vailla väkisinmakaamisen pelkoa! Teoreettisesti kiintoisampi konstruktio "oikeussuojan menettäminen oman toiminnan kautta" tuli esille viimeisessä ratkaisussa. Siinäkin tosin HO katsoi, ettei oma rikollinen menettely riittänyt syyksi lain poikkeamissäännöksen soveltamiseen. Koska HO on kuitenkin pysytellyt lain erityisminimin lähellä myös jatketusta rikoksesta (A ja C) tuomitessaan, on näitä syitä kuitenkin ilmeisesti pidetty lieventämisperusteina.

6. Teon modifikaatiot

Tämänkään pääryhmän perusteilla ei ole luontevaa paikkaa rikoksen rakenteeseen perustuvassa systematiikassa. Tästä väljäsisältöinen nimike "teon modifikaatiot". Kyse onkin tilanteista, joita varten myös rikosoikeuden yleisissä opeissa on jouduttu luomaan omat systeemikategoriat. Tarkasteltavina ovat siis rikoksen yritys (yritysoppi), useampien osallistuminen rikokseen (osallisuusoppi) sekä konkurrenssitilanteet (konkurrenssioppi).

6.1. Yritys

Suomen rikoslain mukaan yritys rangaistaan vain erityissäännöksen niin määrätessä. Tällöinkin kyse on aina rangaistuksen vähentämisperusteesta. Yrityksen rangaistavuutta ja siinä noudatettavia sääntöjä on pyritty selittämään vuoroin subjektiivisin, vuoroin objektiivisin teorioin. Ensin mainittu kytkee rangaistavuuden tekijän syyllisyyteen (tekijä on joka tapauksessa osoittanut rikollista tahtoa), jälkimmäinen panee painon objektiivisiin seikkoihin ja — toisin termein — rikoksen vääryystunnusmerkistöön. Molempia teorioita voi käyttää yrityksen lievemmän rankaisemisen tueksi. Subjektiiviselta kannalta voi väittää, että teon jääminen yritykseen osoittaa, ettei "rikollinen tahto ollut riittävän intensiivinen" (ks. *Anttila-Heinonen* 1971 s.111 ja samat 1977 s.151 sekä myös *Timpe* 1983 s.102-103). Objektiivinen teoria taas perustaa lievemmän rangaistuksen seurauksen uupumiseen ja teon vääryyssisällössä olevaan puutteeseen (ks. myös *Kern* 1952 s. 278 ja myös *Honkasalo* II s.156). Molempia näkökantoja voi myös sopivasti muotoillen käyttää yrityksen täyden rankaisemisen tueksi.[259]

[259] Subjektiivisen teorian osalta(ks. *Wennberg* 1985 s. 108 ss.). Korostetun finalistiset rikosopilliset ratkaisut kieltävät taas seurauksen itsenäisen merkityksen, ja joutuvat johdonmukaisuuden nimessä rinnastamaan myös yrityksen ja täytetyn teon moitittavuuden (erona lähinnä päättyneen ja päättymättömän yrityksen eriasteinen kohtelu ks. *Timpe* 1983 s.93-95 viitteineen).

Mittaamissuositusten johtaminen abstraktisista yritysteorioista ei johda kovinkaan konkreettisiin tuloksiin. Kriminaalipoliittisesti pitävämmän perusteen tarjoaa *yrityksen rankaisemisen reaalinen syy*, eli menettelyn tuottama *vaara oikeusjärjestyksen suojaamille eduille.*[260] Kuten *Honkasalo* toteaa, jo yrityksen täyttyminen edellyttää määrätyn vaarakynnyksen ylittämistä. Hänen terminologiansa mukaan vaaditaan konkreettista vaaraa: "Jos tekijän tuntemat ja yleisesti tunnettavissa olevat seikat huomioonottaen rikoksen täyttyminen tekohetkeä silmälläpitäen näyttää uskottavalta, yritys on luonut riittävän oikeudenloukkauksen vaaran" (ks. *Honkasalo* II s.158-159 sekä myös *Jareborg* 1985a s.7-9 esitettyjä muotoiluja). Vastaavasti myös *yrityksen törkeysarvostelu on olennaisilta osin vaaran suuruuden arvostelua.*

Jos vahinko näytti ex ante hyvin uskottavalta ja todennäköiseltä sen mukaan, miten asiat yleisen elämänkokemuksen mukaan sujuvat, on vaara arvioitava suureksi siihen katsomatta, miten asiassa todellisuudessa kävi. Milloin käytännölliseltä kannalta varmana pidettävä seuraus estyy täysin ennakoimattoman seikan vuoksi, ei yrityksen täytettyä tekoa lievemmälle rankaisemiselle ole kriminaalipoliittista perustetta.[261] Tätä silmällä pitäen voi puolustaa myös rikosoikeuskomitean ehdotusta säätää yritykselle ja täytetylle teolle samat enimmäisrangaistukset (ks. Rikosoikeuskomitea 1976 s.122 sekä *Anttila* 1973 s.377, ja *Anttila-Heinonen* 1977 s.151).

Ratkaisevaa ei siis ole seurauksen puuttuminen, vaan se, *mikä tähän johti.* Niinpä esimerkiksi *Kernin* ehdotusta pitää päättynyttä yritystä päättymätöntä moitittavampana voidaan pitää vain korkeintaan jonkilaisena prima facie apusääntönä (ks. *Kern* 1952 s.278 viitteineen). Siirtyminen kohti lievemmmin rangaistavia yrityksiä nojaa Grenzwert-ajatteluun, ja johtoa haetaan siten valmistelua ja kelvotonta yritystä koskevista periaatteista (yrityksestä luopumista käsitellään erikseen jaksossa IV.D.2.). Yrityksen lähetessä valmistelua esimerkiksi ulkoisten toimien niukkuuden perusteella, voidaan suhtautumista lieventää (ks. myös *Kern* 1952 s.279, *Stratenwerth* 1963 s.264-266 sekä *Timpe* 1983 s.108). Kelvottomia yrityksiä lähestyttäessä tuottaa Kernin mukaan kohteen (osittainen) kelvottomuus suuremman lievennyksen kuin vastaava puute rikoksente-

---

[260] Ks. *Serlachius* 1919 s.151, *Salovaara* 1948 s.219, *Honkasalo* II s. 156-157 sekä *Jareborg* 1985a s.11. *Wennberg* määrittelee yrityksen rankaisemisen edellytyksenä olevan vaaran seuravasti: "Faran för fullbordat brott föreligger om man med kännedom om dess fakta kan uttala att brottets fullbordande i gärningsögonblicket, dvs vid försökspunktens inträde, framstod som en beaktansvärd risk" (*Wennberg* 1985 s.225-226).

[261] Kanta on laajalti hyväksytty. Ks. esim. *Bruns* 1974 s.438-439, sama 1980 s.143-144, *Timpe* 1983 s.92-93, ks. myös sama 1983 s. 102 erit 107 ss, *Wennberg* 1985 s.334 sekä *Hart* 1968 s.130.

kovälineitten taholla.[262] Kaikki nämä ovat kuitenkin apusääntöjä tehtäessä päätelmiä menettelyn luomasta vaarasta.

Grenzwert-ajattelua laajentaen voidaan myös soveltuvin osin käyttää hyödyksi näkökohtia, joita *lainsäätäjän* voi ajatella painottaneen hänen tehdessään päätöksiä yrityksen rangaistavuudesta *eri rikostyypeissä*. Usein rankaisemattomuus lienee perustunut puhtaasti teknisiin vaikeuksiin, jolloin näkökohdalla tuskin on sovellutusarvoa. Tämän ohella on myös ajateltavissa, että lainsäätäjä on jättänyt yrityksen rankaisematta, koska sanktiolla ei *kiinnijoutumisriskin vähäisyyden vuoksi* olisi mitään merkitystä, esimerkiksi sen vuoksi, että vasta kun toiminta on "saatettu päätökseen" tekijän toimet olisivat tulleet ylipäätään havaittaviksi. Näkökohtaa voi (käännetyssä muodossa) soveltaa myös törkeysarvosteluun. On siis järkevää rangaista yrityksiä ankarasti rikoksissa, joissa teon ollessa vielä yritysasteella kiinnijoutumisriski on korkea ja rangaistuksella voi siis otaksua olevan myös preventiivisen tehon. Tällaisia rikoksia ovat esim. myymälävarkaudet, kiskonta ja kiristys. Näissä kiinnijoutumisriski alenee välittömästi rikoksen täytyttyä (kassakontrollin tultua ohitetuksi tai uhrin suostuttua yhteistoimintaan). Tällöin myös prevention mahdollisuudet heikkenevät. Kiinnijoutuminen on itse asiassa todenäköisempää rikoksen ollessa yritysasteella kuin sen täytyttyä, mikä kontrolloitavuuden perusteella on syytä ottaa huomioon sanktiouhkien suunnittelussa (ks. *Wennberg* 1985 s.118 ss viitteineen).

6.2. Osallisuus

Useampien osallistuminen rikokseen herättää sekä rikoksen *yleiseen törkeysarvosteluun* että *osallisten vastuunjakoon* liittyviä kysymyksiä. Ensin mainittu näkökulma on huomioitu liigoittumista koskevassa koventamisperusteessa (RL 6:2 2-kohta), jälkimmäinen taas avunantajan vastuuta koskevassa erityissäännöksessä (RL 5:3).

6.2.1. Useampien osallistuminen rikokseen

a) *Yleistä.* — Ulkomainen mittaamisoppi on valmis puoltamaan ankarampaa vastuuta tapauksissa, joissa rikokseen osallisia on useampia. Erityisesti väkivaltarikoksissa tämän on katsottu johtavan teon suurempaan intensiteettiin ja sitä kautta tuntuvimpiin vahinkoihin (*Hirsch* LK 46 § 37, *Bruns* 1980 s. 149

[262] Ts. välineet voidaan aina vaihtaa, mutta kohdetta ei, ks. *Kern* 1952 s.279 ja myös *Timpe* 1983 s.108, Suomen osalta yleisesti ks. *Honkasalo* II s.157 vrt. myös Rikosoikeuskomitea 1976 s.121.

ja *Ashworth* 1983 s. 198). Suositus on perusteltavissa juuri väkivaltarikoksia koskevana — samaa periaatettahan meillä edustavat mm. tappelua koskeva säännös sekä yhteenliittäytyminen eräiden rikosten kvalifiointiperusteena (ks. esim. RL 28:2 ja 24:1, 31:2, 45:7², 45:9²). Kun lähtökohtana on usko useamman tekemän rikoksen suuremmasta vaarallisuudesta, ei useamman osallistumista sinänsä tulisi pitää raskauttava (se on sitä paitsi esim. eräiden varkausrikosten normaalimuoto, eikä senkään vuoksi näissä kelpaa yleiseksi kovennuksen aiheeksi). Ratkaisevaa on, missä määrin yhdessä toimiminen on osoitus rikoksen suunnitelmallisuudesta ja toiminnan vaarallisuudesta (näin myös *Hirsch* LK 46 § 37). Tälle ajatukselle rakentuu myös rikoslain liigoittumista koskeva koventamisperuste.

b) *Liigoittuminen — RL 6:2 2-kohdan tulkintaa.* — RL 6:2 2-kohdan mukaan rangaistusta koventaa *rikoksen tekeminen vakavia rikoksia varten järjestäytyneen ryhmän jäsenenä.* Koventamisperusteen soveltamisen edellytyksenä on esitöiden mukaan ensinnäkin se, että kysymyksessä on *järjestäytynyt ryhmä.* Järjestäytymisen on oltava niin tiivistä, että voidaan päätellä käskyvaltasuhteiden olemassaolo ja työnjaon eriytyminen. Esimerkiksi sopii huumeliiga, jossa yksi voi olla rahoittaja ja toiminnan johtaja, toinen huumeiden maahantuoja, kolmas tukkumyyjä ja muut jakelijoina vähittäiskaupassa. Sen sijaan nuorisojoukko, joka näpistelee ja harjoittaa ilkivaltaa, ei RL 6 luvun esitöiden mukaan kuuluisi nyt puheena olevan koventamisperusteen piiriin, koska jengin työnjako ei ole eriytynyt eikä siinä ole erityisiä käskyvaltasuhteita (ks HE 125/1975 II vp. s. 11).

Perusteen soveltaminen edellyttää myös, että *ne rikokset, joiden tekemistä varten ryhmä on järjestäytynyt* ovat *vakavia.* Koventamisperusteen soveltamista ei kuitenkaan ole yleisesti rajoitettu vakaviin rikoksiin. Se sopii vähäiseenkin rikokseen, jos se on välittömästi edistänyt liigan yhteistä toimintatavoitetta. Jos liigan jäsenen tekemällä rikoksella ei ole mitään yhteyttä liigan toimintakokonaisuuteen, koventamisperustetta ei voi käyttää (ks. HE 125/1975 II vp. s. 12.).

Mittaamisperusteen soveltaminen saattaa osoittautua ongelmalliseksi nimenomaan tapauksissa, joissa tekijä on mukana rikoksen tekemisessä muiden painostuksesta ja ryhmäkurin vaikutuksesta (vrt. myös RL 6:3 1-kohdan yhteydessä esitettyä). Tässä niin kuin useissa muissakin tapauksissa tulee esiin rangaistuksen mittaamisperusteiden kaksinainen luonne: sama seikka saattaa eräissä tapauksissa puoltaa rangaistuksen koventamista, toisissa olosuhteissa se voi vuorostaan olla lievennyksen aihe (ks. *Bruns* 1974 s. 48-49, "Ambivalente Strafzumessungs-Tatsachen" sekä *Jescheck* 1978 s. 702).

6.2.2. *Osallisten vastuunjaosta*

a) *Avunannosta.* — Avunanto on yleinen rangaistuksen vähentämisperuste (RL 5:3). Oikeuskirjallisuudessa avunannon lievempi rangaistavuus perustetaan yleensä avunantajan pienempään syyllisyyteen (esim. *Honkasalo* II s. 196 ss, *Anttila-Heinonen* 1971 s. 121 ja samat 1977 s. 161 sekä Rikosoikeuskomitea 1976:72 s. 119 sekä aiheesta laajemmin *Lahti* 1975 s.50 ss). Syyllisyysarvostelu ja rikollisen tahdon voimakkuus on myös käännetty vaarallisuusarvioinniksi: "Tekijänkumppanuus ja yllytys ovat yhteiskunnalle keskimäärin vaarallisempia osallisuusmuotoja kuin avunanto" (*Lahti* 1975 s.56). Jos suosituksia tahdotaan tarkentaa, joudutaan palaamaan avunantajan vastuun perusehtoihin ja selvittämään, mikä on kunkin mukanaolijan osuus tapahtumasarjan alkuunpanemisessa, sen kehittymisessä ja loppuunsaattamisessa.

Avunantajan vastuun lieventäminen perustuu siihen, että hänen osuutensa rikoksen toteuttamisessa otaksutaan muita vähäisemmäksi. Minimiedellytys avunantajan rankaisemiseksi on, että hänen toimintansa on *lisännyt niitä tekijöitä, jotka ovat aikaansaaneet seurauksen sen konkreettisessa ilmenemismuodossa.* Sen sijaan ei vaadita, että se olisi ollut seurauksen välttämätön ehto (näin *Honkasalo* I s.113-115 ja sama II s.228). Tältä pohjalta avunanto on siis *sitä ankarammin rangaistava, mitä suurempi merkitys sillä on seuraukseen (vahinkoon ja vaaraan) johtaneiden tekijöiden joukossa.* Vailla merkitystä oleva toiminta jäisi Honkasalon mukaan rankaisematta (*Honkasalo* I s.115 alav. 4 oleva esimerkki).

Avunannon rankaiseminen on aksessorinen suhteessa päätekoon. Tämä tarkoittaa ensinnäkin, että päätekijän tulee syyllistyä vähintään rangaistavaan yritykseen. Toisaalta avunantaja ei vastaa enemmästä kuin todellisuudessa syntyneestä oikeudenloukkauksesta. Jos pääteko ylittää avunantajan edellyttämän teon, noudatetaan syyllisyysperiaatetta. Avunantaja vastaa siitä sen mukaan kuin hänen syykseen tulee dolus eventualis tai tuottamus (näin *Honkasalo* II s.233-234).[263]

b) *Yllytyksestä ja painostuksesta.* — Toinen varsinaisen osallisuuden muoto — *yllytys* — on Suomen lain mukaan in abstracto yhtä ankarasti rangaistava kuin varsinainen tekijäntoimi. Milloin yllyttäjä osallistuu itse vielä rikok-

[263] Kvantitatiivisesti tarkastellen avunanto on käymässä yhä teoreettisemmaksi vaihtoehdoksi. Kyse onkin rajanvedosta alueella, jolla selviä rajoja ei ole. On luonnollista, että erot teon suorittamisen intensiivisyydessä tulisi ottaa huomioon myös silloin, kun molemmat tuomitaan rikoskumppaneina. Viimeaikainen oikeuskäytäntö onkin taipuvainen yhä useammin tuomitsemaan kaikki rikokseen osalliset tekijäkumppaneina (ks. *Anttila-Heinonen* 1977 s. 161-162).

sen toimeenpanoon, voidaan hänet useassa tapauksessa katsoa rikoksen *päätekijäksi*. Tällainen yllyttäminen ja johtavassa asemassa toimiminen on yleisesti katsottu rangaistuksen koventamisperusteeksi. Itävallan rikoslain mukaan käsillä onkin erityinen koventamisperuste, milloin tekijä on vietellyt toisen rangaistavaan tekoon, pannut alkuun muiden tekemän rikoksen, yllyttänyt siihen muita tai osallistunut johtavassa asemassa sellaiseen tekoon. Myös Ruotsin vapausrangaistuskomitea esittää vastaavanlaisen koventamisperusteen säätämistä.[264]

Rikoslain 6 lukuun ei sisälly vastaavaa määräystä. Perusteen tueksi olisi kuitenkin esittää hyvät syyt (muutkin kuin rikollisen tahdon voimakkuus). Henkilö, joka saa muut ryhtymään rikokseen painostuksin, uhkauksin tai käyttäen muutoin hyväksi näiden asemaa, on avainasemassa rikoksen toteutumisen kannalta. Siltä osin, kuin preventiolla voi otaksua olevan vaikutusta, toteutuu sen teho parhaiten alkuunpanijan ja yllyttäjän kohdalla. Hän on suunnitelmien ja toteuttamisen takana. Hänellä on usein aikaa harkita ja punnita eri vaihtoehtoja, kun taas rikoksen varsinaisesti toteuttavat mukanaolijat toimivat usein olosuhteissa, joissa lain motivoiva vaikutus ja toisintoimimismahdollisuus ovat alentuneet.

Rikokseen painostamisen ohella *johtavassa asemassa toimiminen* on myös peruste rangaistuksen koventamiseen. Rikoslain 6 luvun esitöissä pohdittiinkin mahdollisuutta säätää erikseen liigan johtajan ankarammasta rankaisemisesta. Esteenä pidettiin lähinnä käytännön näyttövaikeuksia. Hallituksen esityksen perusteluissa todetaan kuitenkin, että milloin liigan käskyvaltasuhteet saadaan selvitetyksi, on rangaistukset eriytettävä asianmukaisesti kunkin jäsenen aseman perusteella. Koska pikkurikollisten olemassaolo on olennainen edellytys järjestäytyneen rikollisuuden toiminnalle, tulisi näiden yleisesti lievempää kohtelua esityksen mukaan kuitenkin välttää (ks. HE 125/1975 II vp. s. 12 sekä myös Rikosoikeuskomitea 1976 s. 118).[265]

---

[264] Ks. ÖStGB 33 § 3 kohdan (Verführung eines anderen) tulkinnasta *Pallin* 1982 s.36. Vastaavaa säännöstä ehdotetaan Ruotsin vapausrangaistuskomitean ehdotuksessa. Sen mukaan rangaistusta koventaisi "att gärningsmannen förmått någon annan att medverka till brottet genom allvarligt tvång, svek eller missbruk av dennes ungdom, oförstånd eller beroende ställnning" (BrB 33:3 § 5 kohta, SOU 1986:13 s.77). Peruste kattaisi mm. menettelyn, jossa perheenisä asemaansa hyväksikäyttäen painostaa muut perheenjäsenet rikolliseen toimintaan mukaan, taikka jossa huumausaineliiga käyttäen hyväkseen ihmisen riippuvuutta huumeista pakottaa tämän mukaan liigan rikoksiin (ks. SOU 1986:14 s.445). Ks. myös mitä seuraavassa alaviitteessä todetaan tekijän aseman merkityksestä rikoksen toteuttamisessa.

[265] Myös tässä Ruotsin mittaamisehdotus poikkeaa RL 6 luvun ratkaisuista. Esityksen mukaan liigoittumistapauksissa rangaistuksen koventaminen olisi perusteltua vain, milloin

c) *Oikeuskäytäntöä.* — Osallisten eriasteinen asema tulee havainnollisesti ilmi seuraavissa tapauksissa:

THO 1099/1981. Neljä henkilöä tunkeutui vastoin asunnonhaltijan tahtoa tämän asuntoon. Kahden mukana olleen rangaistuksia lievennettiin erityisminimi alittaen "*ottaen huomioon, että he olivat olleet ainoastaan jutussa myös rangaistukseen tuomittujen C:n ja D:n seurana*".

HHO 2800/1984. Syytetty tuomittiin jatketusta rikoksesta, joka käsitti mm. kahdeksan huumausaineen salakuljetusta 10 kk:n vankeusrangaistukseen. Syytettyä oli siinä määrin painostettu muiden toimesta rikokseen, että AO katsoi uhkausten poistaneen syytetyn tahallisuuden. HO tulkitsi olosuhteen vain lieventäväksi asianhaaraksi: "K:n *rangaistuksen mittaamisessa HO on ottanut huomioon K:n epäitsenäisen aseman.*"

KKO 1982 II 189. Väkisinmakaamisesta ankarimpaan rangaistukseen tuomitun rikoskumppanin rangaistusta kovennettiin toteamuksin: "*B:n syyllisyyttä lisäsi se, että hän oli käynnistänyt tapahtumasarjan käyttäen ensimmäisenä väkivaltaa D:tä kohtaan.*" Ehdolliseen rangaistukseen tuomitun C:n osalta todettiin, kuinka "C:n osuus rikokseen oli ollut merkitykseltään vähäisempää kuin B:n ja A:n". (ks. myös KKO 3864/1982, jossa "johtavassa asemassa toiminen" oli eräänä perusteena rangaistuksen ehdottomuuden puolesta).

KKO 4534/1981. Tapaus on osoituksena mahdollisuudesta tuomita vain toinen tekijäkumppani ankarampaan rangaistukseen suunnitelmallisuuden perusteella. Tilanteessa kaksi syytettyä oli palkannut apureita murhapolton suorittamiseksi. Ensimmäisen polttoyrityksen epäonnistuttua toinen syytetyistä (A) kumppaninsa (B) kielloista huolimatta sopi vielä uudesta yrityksestä. Alioikeus kovensi kaikkien — sekä yllyttäjien että toimeenpanijoiden — rangaistuksia suunnitelmallisuuden perusteella. Sen sijaan KKO katsoi, että syytetyistä ainoastaan A:n osuus osoitti lain tarkoittamaa suunnitelmallisuutta.

Näissä kaikissa tapauksissa vastuuta siis jyvitettiin ilman, että sovellettavaksi olisi tullut mikään varsinaisen osallisuuden muodoista. Osallisten eriasteista kohtelua pohdittaessa yllytyksen ja avunannon konstruktiot ovat selvästi liian karkeita. Varsinainen problematiikka kytkeytyykin rikoskumppaneiden toiminnan eriasteisuuteen ja sen arvottamiseen.

---

tekijällä olisi toiminnassa ollut keskeinen asema. Ehdotettu säännös ei toisaalta aseta liigoittumisen kiinteydelle vastaavanlaisia edellytyksiä. Peruste kattaakin tavallaan samanaikaisesti suunnitelmallisuutta koskevan nykyisen RL 6:2 1-kohdan ja liigoittumista koskevan RL 6:2 2-kohdan säännöksen. Ehdotuksen mukaan rangaistusta koventaisi: "att brottet utgjort ett led i en brottslig verksamhet som varit särskilt noggrant planlagd eller bedrivits i stor omfattning och i vilken gärningsmannen spelat en betydande roll" (BrB 33:3 § 6 kohta, SOU 1986:13 s. 77). Tekijän asemaa koskeva ehto merkitsisi mm, ettei liigoittuminen kovenna huumausainerikoksiin syyllistyneiden rangaistuksia niin kauan kuin kyse on esim. katutason myyjistä. Toisaalta, kuten perusteluissa todetaan, tekijän osuus voi olla merkittävä siitä huolimatta, ettei hänen asemansa järjestön kokonaishierarkiassa sitä olisikaan (ks. SOU 1986:14 s. 445).

6.3. Konkurrenssitilanteista mittaamisongelmina

6.3.1. Yleistä

Toistaiseksi on lähtökohtana ollut yksi tuomittavaksi tullut rikos (teko).[266] Suuressa osassa tapauksia (varovaisesti arvioiden n. 50 % rikoslain vastaisista teoista) tuomittavana on kuitenkin samanaikaisesti useampia tekoja, ja sovellettavaksi tulevat siis rikoslain konkurrenssisäännöt. Niillä säädellään seuraavat tilanteet.

Ideaalikonkurrenssissa yhdellä teolla tehdään useita (yhden tai useamman tunnusmerkistön alaan kuuluvia) rikoksia. Jos teko kattaa muodollisesti useamman tunnusmerkistön ehdot, mutta yhden soveltaminen tekee muut tarpeettomaksi, on kyse *lainkonkurrenssista*. Ideaalikonkurrenssin looginen vastinepari on *jatkettu rikos*. Siinä useampi teko katsotaan yhdeksi (jatketuksi) rikokseksi. Jos teot katsotaan eri rikoksiksi, on kyseessä *reaalikonkurrenssi*.

Rangaistuksen määrääminen voidaan järjestää em. tilanteissa eri tavoin. Rikoksista (teoista) tuomittavat rangaistukset on mahdollista (a) laskea aritmeettisesti yhteen, (b) laskea yhteen lievennettyä lisäämisperiaatetta noudattaen ja lisätä yhteen vain määräosa muista, (c) tuomita kaikista yksi yhteinen rangaistus tai (d) tuomita vain yhdestä rangaistus, mutta pitää muiden läsnäoloa raskauttavana (ks. myös *Koskinen* 1973 s.14-17). Nykyisen lain mukaan reaalikonkurrenssissa olevien sakkojen osalta noudatetaan menettelyä (a), vankeusrangaistusten suhteen vaihtoehtoa (b) ja ideaalikonkurrenssin sekä jatketun rikoksen tapauksissa mallia (d) (ks. yleisesti *Honkasalo* III s.237 sekä *Halinen* 1981 s.169). Pitkään valmisteilla ollut RL 7 luvun uudistus sen sijaan esittää otettavaksi käyttöön kaikissa tapauksissa vaihtoehdon (c) (ns. yhtenäisrangaistusperiaate, ks. HE 84/1980). Tämän ehdotuksen mukaan suurin muutos koskisi siis reaalikonkurrenssia. Ideaalikonkurrenssin ja jatketun rikoksen yhteydessä on sen sijaan jo nykyisin mahdollista puhua yhtenäisrangaistusperiaatteesta (ks. *Koskinen* 1973 s.106). Koska konkurrenssiuudistuksen kohtaloa on vaikea ennakoida, on seuraava esitys jouduttu sovittamaan tavalla, joka kattaa tyydyttävästi sekä nykyisen että ehdotetun järjestelmän. Esityksessä ei myöskään puututa oikeuskirjallisuudessa päähuomion saaneisiin muodollisiin (asteikon rajoja koskeviin, näistä lyhyesti ks. jakso V.C.1.3.) ongelmiin. Paino on siis *aineellisella puolella* ja sillä, missä määrin konkurrenssitilanteissa

---

[266] "Teon" ja "rikoksen" käsitteet ja näiden välisten suhteiden määrittely joudutaan tässä jättämään avoimiksi (ks. tästä esim. *Koskinen* 1973 s.3 ss). Yhteyksistä selvinnee, mitä kulloinkin tarkoitetaan.

joudutaan arvottamaan sellaisia oikeustosiseikastoja, jotka eivät tule esille yksittäisrikoksia tuomittaessa.[267]

Lainsäädännön ohjeet rangaistuksen määräämiseksi rikosten yhtymistilanteissa ovat kovin niukat. *Ideaalikonkurrenssissa ja jatketun rikoksen* tapauksissa on rikosten useammuutta tai rikoksen jatkamista pidettävä *''raskauttavana asianhaarana''* (RL 7:1 ja 2). *Reaalikonkurrenssirangaistuksen* määräämistä koskevat lain ohjeet ovat *yksin muodolliset*. Reaalikonkurrenssissa olevista rikoksista tuomitut vankeusrangaistukset on yhdistettävä niin sanotun lievennetyn lisäämisperiaatteen mukaan ottamalla pohjarangaistukseksi ankarin yksikkörangaistus, tai jos tällaisia on kaksi tai useampia, yksi niistä. Tähän lisätään enintään puolet muista rangaistuksista. Vähimmäismäärästä ei laissa ole säännöksiä.[268]

Aineellisia ohjeita etsittäessä on hyödyllistä tarkastella konkurrenssimuotoja jatkumona, jossa *suhtautumisen ankaruus kasvaa rikosten ja tekojen useammuuden ja itsenäisyyden myötä*. Lievimmässä päässä ovat lainkonkurrenssitilanteet, joissa ei tarvitse edes turvautua ideaalikonkurrenssia koskevaan RL 7:1:een, vaan yhden tunnusmerkistön soveltaminen riittää. Ankarimmin suhtaudutaan tilanteisiin, joissa reaalikonkurrenssin rajat ylitetään, ja rikokset arvostellaan itsenäisinä kokonaisuuksina. Tähän väliin sijoittuu lukuisia rajanvetoja, joissa sovellettavat kriteerit tulevat käyttöön myös kunkin konkurrenssimuodon sisällä rangaistusta määrättäessä.

6.3.2. Lainkonkurrenssi ja ideaalikonkurrenssi

Milloin useamman tunnusmerkistön muodollisesti täyttävä teko tulee riittävästi arvioiduksi yhden tunnusmerkistön kautta (lainkonkurrenssi eli niin sanottu ''näennäinen rikoskonkurrenssi''), on niillä teon ominaisuuksilla, jotka *lähes* edellyttivät itsenäisen tunnusmerkin käyttöä, luonnollisesti merkitystä myös kokonaisarvostelussa. Juuri tällaisista tilanteista on edellä ollut puhe pohdittaes-

[267] Muilta osin mittaamiseen konkurrenssissa pätee tietysti esityksessä aikaisemmin sanottu (kuin myös myöhemmin seuraava). Mittaamisongelmista konkurrenssitilanteissa ks. yleisesti *Koskinen* 1973 s.14-17 ja 106 sekä Saksan liittotasavallan osalta — jossa konkurrenssijärjestelmä vastaa pääpiirteittäin omaamme — erit. *Schweling* 1955 s. 291 ss ja *Bruns* 1974 s. 472-474.

[268] Koska kuitenkin lain mukaan on aina jotain lisättävä, on kirjallisuudessa katsottu, että pienimmäksi mahdolliseksi lisäykseksi riittää pienin yksikkö, jota puheena olevaa rangaistuslajia rangaistuksia yhdistettäessä saadaan tuomita eli yksi päivä (ks. *Honkasalo* III s. 237 ja *Halinen* ym. 1981 s. 169). Yhdistetty rangaistus ei saa ylittää 15 vuotta vankeutta (RL 2:2).

sa "tunnusmerkistön ulkopuolisten" seurausten asemaa mittaamisperusteina. Varkausrikoksen aiheuttama omaisuusvahinko on otettava mittaamisessa huomioon, ja sitä painavampana, mitä lähempänä vahingon aiheuttaminen on itsenäistä rikosta. Periaate on yleinen. Sen yksityiskohtaisten sovellutusten esittely edellyttäisi rikoskohtaista ideaalikonkurrenssin ja lainkonkurrenssin erottelukriteerien tarkastelua (ks. tästä *Lahti* 1968 passim).[269] Jos useamman tunnusmerkistön soveltaminen on tarpeen (erikaltainen ideaalikonkurrenssi), ratkeaa lopputulos ensi kädessä tunnusmerkistön tarkoittamien tekojen yksittäisen törkeyden mukaan. Toisaalta Grenzwert-logiikan voi ajatella soveltuvan myös täällä. Mitä selvemmin teot edellyttävät omaa tunnusmerkistöä, sitä suurempi itsenäinen merkitys (siis kun tekojen törkeys on jo otettu huomioon) on sillä seikalla, että tapaukseen soveltuu RL 7:1:n säännös "raskauttavista asianhaaroista".[270]

Siitä, kuinka rangaistuksen määräämisen tulisi ideaalikonkurenssia koskevaa lainkohtaa sovellettaessa tapahtua (heuristiikka), on kirjallisuudessa esitetty kaksi tulkintaa: joko rangaistus määrätään suoraan rikosten kokonaisarvostelun perusteella, tai sitten arvioinnin pohjaksi asetetaan törkeimmästä rikoksesta langetettava rangaistus ja lisätään siihen muiden rikosten vaatima lisä (ks. *Koskinen* 1973 s.104—105 viitteineen). Menettelytavat vaihtelevat todennäköisesti tilanteen mukaan. Usein esiintyviä yhdistelmiä kohdeltaneen suoraan kokonaisuutena (vrt. törkeä rattijuopumus ja liikenteen vaarantaminen), kovin harvinaisissa tapauksissa joudutaan jo puhtaista käytännön syistä valitsemaan lähtökohdaksi törkeimmän rikoksen edellyttämä lopputulos, johon sitten lisätään jotakin.[271]

---

[269] Tekstissä esitetyn suuntaisesti myös *Lahti* 1968 s.736—737. Vrt. kuit. sama s.716 alav.24, jossa Suomen oikeuden osalta puolletaan esim. Saksan liittotasavallassa esitetyistä kannanotoista poikkeavaa käsitystä, jonka mukaan syrjäytyvälla rangaistussäännöksellä ei saisi olla vaikutusta rangaistuksen määräämiseen. Perustelut (rangaistusasteikkojen vertailu jo säännösten toissijaisuutta pohdittaessa) eivät kumoa tekstissä esitettyjä aineellisia näkökohtia.

[270] Harkintaresurssit huomioon ottaen tämänkaltaiseen erittelyyn tuskin on käytännön mahdollisuuksia, joten määrääväksi jäänee yksittäisrikosten törkeys.

[271] Reaalikonkurrenssia vastaava erillisarvostelu on useissa tapauksissa mahdoton jo siitä syystä, että rikokset muodostavat *uuden yhdistelmän*, jonka rangaistusarvon vahvistamisessa on otettava huomioon jotakin, jota ei normaalisti edellytetä yksittäistekoja arvioitaessa. Joissakin tapauksissa tämä on saanut myös lainsäätäjän varaamaan po. yhdistelmille omat asteikkonsa. Kuolemantuottamus on normaalisti sakkorikos ja törkeästä rattijuopumuksesta seuraa 2—3 kuukautta vankeutta. Sen sijaan yksin teoin tehdystä törkeästä rattijuopumuksesta ja kuolemantuottamuksesta tuomitaan yleensä vuoden ja kahden vuoden väliin sijoittuvia vankeusrangaistuksia. Rattijuopumuksen kautta aiheutettu kuolema kat-

6.3.3. Jatkettu rikos

Jatketun rikoksen arvostelussa vaikuttavia itsenäisiä mittaamisperusteita tulee etsiä ensi sijassa kriteereistä, joiden nojalla on tahdottu tehdä ero ankarammin rangaistavaan reaalikonkurrenssiin (samansuuntaisesti *Koskinen* 1973 s. 25 alav. 15).

Jatketun rikoksen ja reaalikonkurrenssin erottelussa on jo vanhastaan kiinnitetty huomiota mm. *motivaatiotilanteen yhteisyyteen*. Voidaankin *Forsmanin* tavoin todeta, että rikokset, jotka ensimmäistä tekoa koskevan päätöksen jälkeen seuraavat tätä "med allt större passivitet från förbrytarens sida", jotka tehdään "allt mera motståndslöst, nästan instinktmässigt", ja jotka ovat "mer eller mindre mekaniska förnyelser af det i den första akten formulerade beslutet", tulevat arvosteltavaksi keskimääräistä lievemmin (ks. *Forsman* 1930 s. 572). Tämä on johdonmukainen seuraus psykologisesta syyllisyyskäsityksestä, joka asettaa syyllisyyden mitaksi "sen tajunnan selvyyden ja kiinteyden" sekä "pahan tahdon voiman", jota rikoksentekijä teossaan osoittaa (ks. *Forsman* 1884 s. 22). Kontrolloitavuuden ja toisintoimimismahdollisuuden kannalta on tietysti vaikeampi vaikuttaa tekoihin, jotka ilman erillistä päätöstä seuraavat toisiaan "lähes vaistonomaisesti".

Edelleen on kiinnitetty huomiota *osatekojen ajalliseen ja paikalliseen yhteyteen*. Nämä objektiiviset seikat voidaan ymmärtää ennen kaikkea osoitukseksi motivaatiotilanteen yhteisyydestä, ja siten ensisijaisesti vain keinoksi edellä mainitun psykologisen suhteen toteamiseksi (ks. myös *Koskinen* 1973 s. 138 ja 144).

Tärkeänä yksiköintiperusteena on myös *teon kohdistuminen useaan eri henkilöön*. Tosin mainitulla olosuhteella on merkitystä lähinnä vain silloin, kun kysymys on henkilön persoonallisuuteen erottamattomasti liittyvistä oikeushyvistä (mm. henki, terveys, kunnia ja vapaus). Uhrin vaihtuminen ja oikeudenloukkauksen kohdistuminen uuden henkilön oikeuspiiriin merkitsee eräänlaista hyppäystä verrattuna samaan henkilöön kohdistuvan loukkauksen määrälliseen laajuuteen (*Koskinen* 1973 s. 135 ja 151).

Vaikkeivät sanotut perusteet ole olleet riittävän yksiselitteisiä tai tarkkarajaisia kelvatakseen sellaisinaan rikosten yksiköimisperusteiksi yleisessä konkur-

---

sotaan siis kuolemantuottamuksena erityisen törkeäksi (ks. myös *Koskinen* 1973 s.105 sekä vanha TLL 8 § 3 mom L.29.3.1957/143). Kuolemantuottamusta ei ts. voi arvioida rikoksena in abstracto. Konteksti määrää viime kädessä sen rangaistusarvon ja milloin tässä suhteessa relevantit kontekstuaaliset seikat ovat osa toisen rikoksen tunnusmerkistöä, on tuo toinen tunnusmerkistö myös kuolemantuottamuksen arvottamisen välttämätön osa. Sama pätee tietysti suuremmassa tai pienemmässä määrin myös muihin rikoksiin.

renssiopissa (ks. esim. *Koskinen* 1973 s. 153 ss), ei se estä niiden käyttämistä rangaistuksen määräämisperusteina. Jatketun rikoksen arvostelussa tulee kiinnittää huomio siis ennen kaikkea *rikoksentekopäätösten erillisyyteen, tekojen motivaatioyhteyteen* sekä — tilanteissa, joissa uhrin vaihtuminen ei johda reaalikonkurrenssia koskevien säännösten soveltamiseen mutta vie lähelle tätä — *uhrin vaihtumiseen.* Sanomattakin selvää on, että tärkeänä arvostelussa vaikuttavana seikkana on tämän ohella *osatekojen lukumäärä ja tekojen törkeys* (ks. esitystä seuraavassa jaksossa).

Jatketun rikoksen arvostelussa vaikuttavat lisäksi eräät yleisiin mittaamisperusteisiin luettavat tekijät, etenkin *harkinta ja suunnitelmallisuus.* Mitä selvemmin osateot ilmentävät uutta, harkittua ja suunnitelmallista rikoksentekopäätöstä, sitä ankarammin niihin tulee suhtautua (sitä suurempi on niiden itsenäinen merkitys) verrattuna tilanteeseen, jossa teot seurasivat toisiaan spontaanina rikoskierteenä.

6.3.4. Reaalikonkurrenssi

Konkurrenssijärjestelmän edustama rangaistusten lievennys perustuu ajatukselle, ettei tekijään kohdistuva moite kasva samassa suhteessa tuomittavaksi tulevien rikosten mukaan (ks. myös Ltk 2/1978 s.16). Kuten myös *Koskinen* huomauttaa, yhdistäminen *lievennetyn* lisäämisperiaatteen mukaan osoittaa jo sinänsä, että myös voimassaolevan oikeuden kannalta on tarpeen tarkastella *rikoskokonaisuutta* ja siitä ilmenevää syyllisyyttä, ei yksin eri rikoksissa ilmeneiden syyllisyysmäärien aritmeettista summaa (*Koskinen* 1973 s.307). Vaikkei nykyinen laki anna ohjeita tämän "kokonaisuussyyllisyyden" määrittämiseksi, voi johtoa hakea yhtenäisrangaistusta koskevasta ehdotuksesta.[272]

Esitykseen sisältyvän RL 7:13:n mukaan yhteinen rangaistus olisi mitattava siten, että se olisi *oikeudenmukaisessa suhteessa rikosten lukumäärään, törkeyteen ja keskinäiseen yhteyteen.* Lisäksi olisi soveltuvin osin noudatettava, mitä RL 6 luvussa on säädetty. Tarjotaan siis kolme kiintopistettä: rikosten (a) lukumäärä, (b) törkeys ja (c) keskinäinen yhteys.[273]

---

[272] Tässä ei puututa yhtenäisrangaistusjärjestelmän heuristisiin ongelmiin (ts. päätöksen tekemisjärjestykseen sen enempää kuin oikeudenkäytön yhtenäisyyden ehtona olevan tilastollisen tietoaineksen tuottamisen vaikeuksiin, ks. tältä osin erit. *Koskinen* 1980 s.35-37 ja 39-40 sekä *Takala* 1980 s.65-66). Kokonaisrangaistuksen mittaamisperusteista koskevista esityksistä ks. esim. mm. *Schönke-Schröder* 74 V 3, *Geerds* 1961 s. 375 ja *Schweling* 1955 passim.

[273] Säännöksen ehdotettu sanamuoto kuuluu: "Yhteisen rangaistuksen mittaamisessa on soveltuvin osin noudatettava rikoslain 6 luvun säännöksiä. Rangaistus on mitattava niin,

Lukumäärä lisää moitittavuutta järjestelmästä riippumatta. Sen sijaan moitteen voimakkuuden ja rikosten lukumäärän suhde on pulmallinen. Konkurenssijärjestelmä rakentuu ajatukselle, ettei moite kasva lineaarisesti suhteessa rikosten määrään. Tuo yhteys lienee parhaiten kuvattavissa Weber-Fechnerin lain mukaiseksi. Sen mukaan yksi lisärikos johtaa alati pienenevään moite- ja rangaistuslisään sen mukaan, mitä enemmän rikoksia sarjassa jo on.[274] Käytännössä tämä merkitsee, *ettei yhdistäminen saa olla kaavamaista*.[275]

Rikosten törkeyden liittäminen po. mittaamissäännökseen selittynee lähinnä eräillä yhtenäisrangaistusjärjestelmään liittyvillä vaaroilla. Korostamalla tekojen törkeyttä vältetään samalla kokonaisarvostelun keskittyminen tekijän persoonallisuuteen tms. tekijärikosoikeudellisiin seikkoihin (ks. asiasta laajemmin *Koskinen* 1973 s.305, 309-310 ja Ltk 2/1978 s.15-16). Nykyisen yhdistämismenettelyn kannalta tekojen törkeys tulee otetuksi huomioon jo yksittäisrangaistusten kautta.

Rikosten välisellä keskinäisellä yhteydellä olisi esitöiden mukaan merkitystä rangaistusten lieventäjänä, milloin rikokset olisivat ideaalikonkurrenssissa tai muodostaisivat jatketun rikoksen käsitteen alkuperäisessä muodossa (HE 84/1980 s.22). *Nykyisen järjestelmän* kannalta peruste on kuitenkin jokseenkin mitäänsanomaton. Keskinäinen yhteys voi vaikuttaa keskimääräistilanteisiin verrattuna joko lieventäen tai koventaen — kuten myös esityksen perusteluissa todettiin (lieventävänä yhteytenä mainittiin juopotteluun liittyvä rikoskierre tai teon tekeminen toisen rikoksen edistämiseksi, raskauttavana yhteytenä vuorostaan oli teon kuuluminen hyvin suunniteltuun rikossarjaan, HE 84/1980 s.22). Arvioitaessa tekojen välistä yhteyttä de lege lata lähtökohdiksi

että se on oikeudenmukaisessa suhteessa rikosten lukumäärään, törkeyteen ja keskinäiseen yhteyteen. Milloin jokin 6 luvun säännöksissä mainittu koventamis- tai lieventämisperuste taikka niissä tarkoitettu muu seikka koskee yhtä tai useampaa samalla kertaa tuomittavista rikoksista, se on kohtuuden mukaan otettava huomioon rangaistusta määrättäessä. Jos jokin rikoksista on selvästi muita törkeämpi ja sen vuoksi ankarammin rangaistava, sen perusteella tuomittavaa rangaistusta voidaan pitää riittävänä muistakin rikoksista, jos nämä ovat seuraaamuksen kannalta vähämerkityksisiä."

[274] Selitettäessä moitereaktion ja rikosten lukumäärän välistä suhdetta Weber-Fechnerin lain nojalla lähtökohtana on ajatus, jonka mukaan moitearvostelu heijastaa oikeudenloukkauksen herättämän kiihokkeen ja ärsykkeen voimakkuutta. Sanotun lain mukaan uuden oikeudenloukkauksen aiheuttama ärsykkeen lisäys riippuu aikaisempien ärsykkeiden voimakkuudesta ja on sitä pienempi mitä voimakkaampia jo koetut ärsykkeet, ts. mitä lukuisampia tuomittavana olevat rikokset ovat (ks. *Haag* 1970 s.64 ja 76 sekä edellä luku II).

[275] Juuri käytännön kaavamaisuutta pidettiin ehdotuksen perusteluissa eräänä nykyisen järjestelmän — etenkin pitkissä rikossarjoissa vaikuttavana — epäkohtana (ks. HE ehdotus 84/1980 s.5).

kelpaavat tietysti näkökohdat, joilla tehtiin *ero jatketun rikoksen ja reaalikonkurrenssin välillä* (näin myös *Schweling* 1955 s.292 ss). Riippuvuus muista teoista (esi- tai jälkiteon tyyppiset tilanteet) saattaa oikeuttaa lievempään yhdistämiseen. Tekotavan samanlaisuus, kohdistuminen samaan uhriin, tekeminen saman yhtenäisen motivaation vallassa ja perustuminen samaan otolliseen tilanteeseen, puoltavat kaikki lievempää yhdistämistä. Tekopäätösten selvä erillisyys, perustunnusmerkistön eroavuudet, kohdistuminen eri uhrien "korkeasti persoonallisiin oikeushyviin" jne. johtaa vuorostaan yhdistämistuloksen ankaroitumiseen.[276]

Kuten esityksestä ilmeni, reaalikonkurrenssi yhdistetään meillä vain *vankeusrangaistuksiin* johtaviin rikoksiin. Selitystä voi hakea järjestelmän kohtuullistamistavoitteesta. Niin kauan kuin rangaistus jää sakkojen tasolle, ei seuraamus lainsäätäjän katsomuksen mukaan saata koitua absoluuttisesti mitaten niin ankaraksi, että lopputuloksen lievennys olisi tarpeen. Vaikka sakot jäävät periaatteessa tarkastelun ulkopuolelle, voi reaalikonkurrenssilla olla merkitystä myös sakon soveltamiskäytäntöön. Jos syytetylle tullaan määräämään useasta rikoksesta pitkähkö vankeusrangaistus, voi syytetyn kannalta olla edullisempaa saada tuntuvan sakon ja siihen mahdollisesti liittyvän muuntorangaistuksen sijasta lyhyt vankeusrangaistus (samoin HE 84/1980 s.14). Grenzwertajattelua seuraten voi puoltaa myös suositusta, jonka mukaan lopputuloksen kohtuullistamiseksi otetaan rikosten lukumäärä huomioon myös sakkorangaistuksia tuomittaessa. Tähän on erityinen tarve mikäli sakkosummia tulevaisuudessa korotetaan ja mikäli konkurrenssimuotojen erot säilyvät.

Käytäntöä koskevat *kvantitatiiviset tarkastelut* paljastavat yhdistämisen hyvin kaavamaiseksi. Noin 80 % yhdistämisistä tapahtuu lisäämällä ankarimpaan rangaistukseen tasan 1/3 muista (*Lappi-Seppälä* 1980 s.433—435). Perusteltuja yhdistämisratkaisuja on vähän. Näyttää kuitenkin siltä, että rikoksia on todella paljon, lopputulosta on kuitenkin saatettu lieventää siitä, mihin "kolmasosa sääntö" edellyttäisi.

Tästä käy esimerkkinä HHO 1488/1985. Siinä alioikeus oli yhdistänyt 28 rikoksesta vankeutta 4 vuotta ja (toiselle rikoksentekijälle) 10 rikoksesta 2 vuotta 7 kuukautta. Laskennallinen yhdistäminen(1/3 ankarimpaan) olisi edellyttänyt ensin mai-

[276] Sen sijaan on syytä suhtautua varauksin esim. saksalaisella kielialueella ja myös RL 7 luvun ehdotuksen esitöissä esiintuotuun kantaan, jonka mukaan suunnitelmallisuus — kuuluminen samaan rikossuunnitelmaan — automaattisesti koventaisi yhdistämistulosta (ks. *Schweling* 1955 s. 292 ss ja esitystä edellä). Suunnitelmallisuus tulee otetuksi huomioon jo yksittäisrangaistusta mitattaessa ja aivan poikkeuksellisia tilanteita lukuunottamatta on vaikea kuvitella syitä sille, miksi sen tulisi vielä uudestaan koventaa rangaistusta yhdistämismenettelyssä.

nitussa tapauksessa rangaistuksen määräksi 8 v 7 kk ja jälkimmäisessä 3 v 4 kk. HO alensi vielä alioikeuden tuomiota päätyen ensimmäisessä tapauksessa 4 vuoteen ja jälkimmäisessä 2 vuoteen koska "raastuvanoikeudessa tuomitut yhdistetyt vankeusrangaistukset eivät ole kokonaisuutena katsoen kohtuulliset ottaen huomioon myös rikoksilla aiheutettujen vahinkojen määrä".

Lukumäärän ohella olisi huomio jo esitetyn mukaan kiinnitettävä myös tekojen yhteyteen. Osoituksena jatkettuja rikoksia lähentelevien tilanteitten lievemmästä kohtelusta ovat tapaukset KKO 1973 II 98 ja HHO 2697/1985:

Tapauksessa KKO 1973 II 98 syytetty A oli surmannut samassa tilaisuudessa peräkkäisillä laukauksilla kolme uhria. HO oli tuominnut A:n täyttä ymmärrystä vailla olevana kolmesta taposta kustakin 8 vuodeksi kuritushuoneeseen ja yhdistänyt rangaistukset 15 vuodeksi kuritushuonetta. KKO:n ratkaisun otsikko kuuluu. "Siihen nähden, että A, päätettyään surmata kaikki samassa teltassa olevat henkilöt, oli ampunut heidät välittömästi toisiaan seuranneilla laukauksilla, joita tosin oli pidettävä eri tekoina ja joiden ei myöskään ollut katsottava muodostaneen jatkettua rikosta, yhdistetty kuritushuonerangaistus alennettiin 12 vuodeksi."

HHO 2697/1985. Tekijä tuomittiin 21 samalla tavalla toteutetusta petoksesta (videoiden vuokraus ilman aikomusta palauttaa tuotetta). AO tuomitsi teosta yhdistettyyn 2 v 6 kk:n vankeusrangaistukseen (vastasi laskennallista tulosta). HO alensi tuomion kahdeksi vuodeksi perusteltuin: "S:n viaksi jäävät rikolliset teot eivät muodosta yhtä jatkettua rikosta. Sanotut teot *ovat kuitenkin samankaltaisia* ja *tehdyt lyhyehkön ajanjakson kuluessa*, minkä hovioikeus ottaa huomioon S:lle tuomittuja rangaistuksia yhdistettäessä."

Ensimmäisessä tapauksessa ratkaisussa on vaikuttanut ennen kaikkea yhteinen tekopäätös (motivaatioyhteys) sekä tekojen ajallinen yhteys. Kolmasosasäännön soveltaminen olisis edellyttänyt 13 vuoden 4 kk:n kuritushuonerangaistusta. Toisen ratkaisun perusteluissa taas painotettiin ajallisen yhteyden ohella rikosten samankaltaisuutta.

C. TEKIJÄÄN LIITTYVÄT PERUSTEET

1. Tekijäpersoonallisuudesta mittaamisperusteena

Oikeuskirjallisuus on käsitellyt tämän nimikkeen alla useampia eri perusteita. Näitä ovat mm. syytetyn henkilökohtaiset ja taloudelliset olosuhteet, ammatillinen tausta, sosiaaliasema, motiivit ja vaikuttimet, teosta ilmenevä luonteenlaatu, aikaisempi elämänvaellus, uusiminen, juopumus, syyntakeisuus, ikä, sukupuoli, rangaistuksen vastaanottavuus ja subjektiivinen rangaistusherkkyys.[1] Kyse on siis varsin heterogeenisesta mittaamisperusteiden ryhmästä. Sen ala vaihtelee käytettyjen systematisointiperusteiden sekä tausta-arvoiksi hyväksyttyjen kriminaali- ja oikeuspoliittisten periaatteiden mukaan. Tekijän henkilöön liittyvien perusteiden arvostelussa voikin seurata useampaa argumenttilinjaa.

1.1. Perustelumallit

Tekijäpersoonallisuus voidaan ottaa tarkasteltavaksi ensinnäkin *moraaliselta kannalta* ja operoida *syyllisyystermein*. Taustalla ovat tällöin arvoperiaatteet. Niitä täsmentävinä yksittäisinä perusteina tulisivat kysymykseen mm. aikaisempi elämänvaellus sekä teon vaikuttimet ja motiivit, sikäli kuin niiden perusteella voi päätellä tekijän luonteesta ja mielenlaadusta. Nämä mittaamisperusteet legitimoidaan erilaisin tekijäsyyllisyyskonstruktioin viittaamatta suoraan välittömiin hyötyargumentteihin. Tähän vaihtoehtoon on viime vuosikymmenten pohjoismainen rikosoikeudellinen keskustelu oikeusturvasyistä suhtautunut kuitenkin systemaattisen kriittisesti.[2] Samaan tulokseen päädytään myös

[1] Ks. Saksan liittotasavallan mittaamisopin osalta esim. *Bruns* 1974 s.478-561 ja 1985 s.191-218 ja *Jescheck* 1978 s.711-712, sosialististen maiden rikosoikeudesta kirjoituksia julkaisussa Täterpersöhnlicheit 1982 erit. *Reuter* 1982 s.34-36 ja *Müller* 1982, anglosaksisesta oikeudesta *Thomas* 1979 s.194 ss, 257 ss, *Ashworth* 1983 s.206 ss. sekä *Walker* 1985 s.19 ss, pohjoismaista *Andenaes* 1974a s.415-419, *Bratholm* 1980 s.593-598, *Hurwitz-Waaben* 1971 s.541-542 sekä kotimaassa *Nousiainen* 1961 s.116 ja 267 ss.

[2] Ks. *Anttila-Heinonen* 1977 s.63-64: "Elämäntavan kriminalisoiminen . . . antaisi suuren vallan epämiellyttäviltä vaikuttavien tai muuten epämieluisten henkilöiden satunnaiselle rankaisemiselle." Hoidolliset motiivit (vetoaminen tuomitun omaan etuun) oikeuttavat myös sellaisiin puuttumisiin perusoikeuksiin, johon ei puhtaan repressiivisin tavoittein olisi mah-

rikoslain- ja rangaistusjärjestelmän yleisistä tavoitteista. Perustehtävänä on haitallisen käyttäytymisen sääntely, ei ihmisten hyväksyttävien tai hylättävien luonteenpiirteiden arvottaminen ja leimaaminen.

Tekijän syyllisyyden arvostelu kytketään siis yksittäisteon arviointiin. Tekijän persoonallisuus voi tässä merkityksessä tulla arvioitavaksi vain siltä osin, kuin siitä voi tehdä päätelmiä konkreettisen yksittäisteon kautta (tekosyyllisyys). Käytännössä näin voidaan menetellä lähinnä teon motiiveja ja vaikuttimia pohdittaessa. Nämä seikat onkin edellä otettu huomioon pikemminkin tekokuin tekijäsidonnaisina.[3] Ne antavat teolle tietyn moraalisen värityksen. Niiden pohjalta ei kuitenkaan tehdä sen laajempia mittaamisessa vaikuttavia päätelmiä tekijän kokonaispersoonallisuudesta ja hänen luonteestaan. Luonteenominaisuuksilla on mittaamisessa merkitystä lähinnä sen mukaan, mitä niiden perusteella voi päätellä rikosten haitallisuudesta ja käyttäytymisen kontrolloitavuudesta.

Tekijän henkilöön liittyvät perusteet voidaan toisaalta legitimoida myös *tavoiteargumentein*. Tällöin taustalla ovat yleensä olleet *erityispreventiiviset* teoriat. *Parannus- ja sopeuttamistavoitteen* kannalta kiinnitettäisiin huomiota niihin tekijään liittyviin seikkoihin, joiden perusteella arvioitaisiin parannuksen tarve ja mahdollisuudet. Sama pätee tietysti myös *varoitus- ja eristämisvaikutukseen,* joskin lähtökohta on nyt tavallaan negatiivinen. Toimenpiteillä ei niin-

---

dollista. Rangaistuksen mieltäminen suoraan kärsimyksen aiheuttamiseksi vaatii myös oikeussuojakeinojen tehostamista siitä, mihin on tarve järjestelmässä, joka väittää toimintansa perusteeksi vain syytetyn oman edun (hänen parantamisensa). Myös Saksan liittotasavallan rikosoikeus korostaa irtautumista tekijänrikosoikeudesta. Tästä huolimatta mittaamiskirjallisuus sisältää runsaasti jäänteitä tekijärikosoikeudellisesta ajattelusta (ks. esim. *Bruns* 1974 s.586-590). Sama pätee DDR:n rikosoikeuteen. Tekijäpersoonallisuus on eräiden esitysten mukaan koko mittaamisratkaisun keskeisin arvioinnin kohden: "Diese Täteranpassung ist das zentrale Problem der Individualisierung der Strafe. Das sozialistiche Strafrecht wird deshalb zunehmend durch eine Individualisierung der Strafe charakterisiert, in deren Mittelpunkt der Täter steht." (*Müller* 1982 s.102). Tekijärikosoikeuden vaarat kyllä toisaalta tiedostetaan. Tekijän persoonallisuutta tulisikin arvostella vain "teon subjektina": "Ziel des Stafrechts musste deshalb vordringlich die strafrechtliche Würdigung der Tat, nicht die Untersuchung der Täterpersönlicheit unter erzieherischen Gesichtspunkten sein" (sama s.103, ja vielä varauksellisemmin *Reuter* 1982 s.24: "Die Individualisierung nur auf die Täterpersönlicheit oder etwa die Gesellschaftsgefährlicheit des Täters zu beziehen, hielte ich für eine undialektische, die Einheit von Tat und Täter negierende Betrachtungsweise.")

[3] Vrt. tältä osin esim. *Bruns* 1974 s.548 ss. ja sama 1985 s.191 ss, jossa käsitellään motiiveja osana "reaalisia tekijään liittyviä mittaamisperusteita" ("Die seelische Würzeln der Tat). Tässä paljastuu myös käytetyn systematisointiperusteen (teko/tekijä) suhteellisuus. Sama peruste voidaan lukea näkökulman mukaan jompaan kumpaan (ks. myös Nytt Straffsystem 1977 s.410).

kään tähdätä tekijän omaan etuun (hänen kehittymiseen yhteiskuntakelpoisemmaksi) vaan lähtökohtana on tekijän edustama uhka oikeudellisesti suojatuille eduille. Tarkoituksenmukaisuusargumentaatiota edustaa edelleen *yleispreventio* ja huomion kiinnittäminen eri tekijäryhmien *käyttäytymisen kontrolloitavuuteen*. Rangaistusten allokointi tapahtuisi siis sen mukaan, kuinka rangaistuksen yleisestävän vaikutusten otaksutaan vaihtelevan esim. rikoksentekijän ja heidän ympäristöominaisuuksien mukaan. Kolmanneksi on vielä erotettavissa *reaalinen (tavoite)argumentointi*; tekijän henkilökohtaisilla oloilla voi olla merkitystä arvioitaessa rangaistuksen tavallisuudesta poikkeavia vaikutuksia in casu.

1.2. Jatkotarkastelun lähtökohdat

Ne perusteet, joiden nojalla yksittäisteon moitittavuus arvioidaan käsiteltiin jo edellisessä pääjaksossa. Nyt ovat kohteena tekijän henkilöön kiinteämmin liittyvät perusteet. Niiden arvottaminen on yleensä mahdollista tuntematta lähemmin sitä konkreettista yksittäisrikosta, jonka rankaisemisesta on kysymys. Tällaisiksi tekijään liittyviksi yleisiksi perusteiksi erottuvat (a) uusiminen, (b) syyntakeisuus ja (c) ikä. Näistä uusiminen on sekä teoreettisesti että käytännöllisesti merkittävin. Toisaalta iän ja syyntakeisuuden tyydyttävä huomioon ottaminen voi vaatia erityisseuraamusten käyttöä. Koska tämän tutkimuksen tehtäviin ei kuulu uusien seuraamusvaihtoehtojen punninta eikä erityisryhmien kohtelun laajempi pohtiminen, jää iän ja syyntakeisuuden käsittely yleisluontoisempien huomautusten varaan. Luvussa V tullaan sitä paitsi konkretisoimaan tarkemmin tekijäominaisuuksien merkitystä tehtäessä valintaa eri sanktiovaihtoehtojen välillä.

Nyt seuraavassa jaksossa tekijään liittyviä perusteita käsitellään ensi sijassa käyttäytymisen moitittavuuden ja preventiotehon kannalta.[4] Kunkin perus-

[4] Rajan tekijän ja teon arvottamisen välillä on liukuva. Syyntakeisuuden aste on kiinteästi tekijään liittyvä peruste. Toisaalta olosuhteella voi joissain tapauksissa olla merkitystä myös teon törkeysarvostelussa. Tästä on esimerkkinä KKO:n taltio 1334/1979. HO:ssa murhasta tuomitun 15 vuotiaan rikos oli psykiatrisen tutkimuksen perusteella ainoa poikkeava reaktio syytetyn henkilöhistoriassa, ja oli todennäköistä, ettei tekijä tulisi milloinkaan syyllistymään vastaavanlaiseen tekoon uudestaan. Tietyllä tavalla reaktio ei ollut kohdistunut juuri po. uhriin, vaan niitä auktoriteettiasemassa olevia henkilöitä vastaan yleisemminkin, joiden hyväksyntää tekijä ei ollut yrityksistään huolimatta saavuttanut. Tutkinut lääkäri piti näitä tiedostamattomia aspekteja rikosta lieventävinä seikkoina, mutta piti tekijää syyntakeisuusarvioinnin kannalta täydessä ymmärryksessä olevana. KKO tuomitsi HO:n päätöstä muuttaen syytetyn taposta perusteluin: ". . .surmaamisrikosta, jonka tosin on katsottava toteutetun erityistä raakuutta osoittaen, ei kuitenkaan huomioon ottaen rikokseen joh-

teen yhteydessä punnitaan yksityiskohtaisemmin eri justifiointimallien pitävyyttä. Tekijän henkilöllä voi näiden taustaperusteluiden ohella olla vaikutusta myös pohdittaessa rangaistuksen poikkeuksellisia vaikutuksia ja merkitystä in casu. Asian tähän puoleen palataan jaksossa D. Systematisointi jaksojen C ja D välillä perustuu siis pikemminkin taustalla oleviin oikeusteoreettisiin ja kriminaalipoliittisiin näkökohtiin kuin reaalimaailman ilmiöihin akselilla teko/tekijä.[5]

2. Uusiminen ja tekijän menneisyys

2.1. Uusimisankaroitumisen perustelemisesta

2.1.1. Yleistä

Aikaisempi rikollisuus oli ennen RL 6 luvun uudistamista ainoa lain tuntema varsinainen mittaamisperuste.[6] Uusimisankaroitumista tukee vahva intuitio. Ruotsin vapausrangaistuskomitea justifioikin uusijoiden ankaramman rankaisemisen yksinkertaisesti järjestelynä, joka on yleisesti hyväksytty ja itsestään selvä.[7] Tarkempaa perustelua vaativalle voidaan tarjota useampaakin selitysmallia.[8] Pohjoismainen rikosoikeuskomitea erotti näitä kolme: (a) erityispre-

taneet ja siitä ilmenevät seikat kokonaisuudessaan, *kiinnittäen tällöin erityistä huomiota J:n mielentilatutkimuksesta ilmeneviin seikkoihin,* voida pitää erityisen törkeänä. . .". Toisin sanoen psykiatrinen tausta vaikutti rikoksen törkeyden kokonaisarvosteluun ja siihen, minkä tunnusmerkistön mukaiseksi teko tulkittiin.

[5] Todettakoon, että esim. Ruotsin vapausrangaistuskomitea samastaa ns. kohtuussyyt (Billighetshänsyn) tekijään liittyviin perusteisiin, mutta rajaa uusimisen taas tästä erilleen (ks. SOU 1986:14 s.422-423).

[6] Uusiminen vaikutti sekä mittaamis- että enentämisperusteena (RI 6:2). Kyseessä olikin, kuten *Hiltunen* toteaa, "määräämisperusteiden joukossa primus inter pares" (*Hiltunen* 1951 s.123).

[7] Mietinnössä todetaan uusimisankaroitumisen puolesta: "En sådan ordning torde av en bred allmänhet uppfattas som naturlig och rimlig" ja "Något annat vore inte rimligt" (SOU 1986:14 s.72 ja 75). Jos tehtävänä on myös suunnitella, kuinka uusimisankaroituminen *lähemmin vaikuttaa eri tilanteissa,* ja *mihin uusimisessa erityisesti tulisi kiinnittää huomio; missä tilanteissa ja millä perusteella,* käy tämänkaltainen argumentaatio nopeasti riittämättömäksi - olkoonkin, että vaatimus uusijoiden ankarammasta kohtelusta on sosiaalipsykologinen tosiasia, joka on otettava päätöksenteossa huomioon.

[8] Jo sukuyhteiskunnan aikaiset järjestelmät kohtelivat aikaisemmin rikkoneita keskimääräistä ankarammin. *Westermarck* selittää menettelyä seuraavasti: "Yhteiskunnallisen hyödyn kannalta voidaan tätä perustella sillä, että kun lievempi rangaistus ei ole osoittautunut riittäväksi estämään rikoksen uusimista, on käytettävä ankarampia keinoja. Mutta hänen katsotaan myös *ansainneen* ankaramman rangaistuksen, koska uusimalla rikoksensa

ventiivinen (aikaisempi rangaistus ei osoittautunut tekijän kannalta riittäväksi), (b) yleispreventiivinen (ne jotka eivät tulleet pelotetuiksi tavallisin rangaistuksin tulevat sitä ehkä kovennetuin rangaistuksin) (c) oikeudenmukaisuussyyt (joka ei ottanut ojentuakseen aikaisemmasta rangaistuksesta osoittaa suurempaa syyllisyyttä, ks. NU 1984:2 s.50 sekä myös NOU 1983:57 s.242). Seuraavassa tätä analyysia on jatkettu käyttäen runkona jakoa oikeudenmukaisuus- ja tarkoituksenmukaisuusperusteluihin.

2.1.2. Tarkoituksenmukaisuussyyt

Uusimisen ankarampaa rankaisemista on jo vanhastaan perusteltu tarkoituksenmukaisuussyin.[9] Vaihtoehdot voidaan jakaa preventioteorioitten mukaan seuraavasti:

a) parannus: pyritään entistä tehokkaampaan parannukseen ja sopeuttamiseen;
b) varoitus: pyritään entistä kouriintuntuvampaan varoitukseen;
c) pelotus: ankaroittaminen tähtää jo rikoksiin syyllistyneiden aiempaa tehokkaampaan pelotukseen;
d) eristäminen: uusimisankaroituminen takaa ainakin sen, ettei tekijä laitosaikana syyllisty uusiin rikoksiin;
e) välillinen preventio: uusimisankaroituminen johtaa normien tehokkaampaan sisäistämiseen.

Viimeinen vaihtoehto siirtää keskustelun jo oikeudenmukaisuusargumenttien ryhmään. Tässä jaksossa tarkastellaan siten vain neljää ensimmäistä.

a) *Parannus ja sopeuttaminen.* — Tämän perusteella rangaistuksia siis kovennettaisiin, koska aikaisemmat seuraamukset eivät ole osoittautuneet riittävän sopeuttaviksi ja parantaviksi. Nyt saatavilla olevan tutkimustiedon perusteella otaksuma "mitä kovempi koulu, sen parempi oppi" on vailla empiirisiä perusteita. Jos sakko ei ole tehnyt rikoksentekijästä yhteiskuntamyönteistä, tulos

---

hän on osoittanut olevansa luonteeltaan huonompi kuin mitä aikaisemmin oli aihetta olettaa" (*Westermarck* 1933 s. 358). Esitys ilmaisee pähkinänkuoressa tekstissä tarkemmin käsitellyn uusimisankaroitumisen justifikaation kaksijakoisuuden.

[9] "Jotakuinkin yksimielisiä ollaan tätä nykyä kaikkialla siitä, että yhteiskuntaa muihin rikoksentekijöihin verraten uhkaa tavallista suurempi vaara niiden puolelta, jotka kärsittyään rangaistuksen tai ainakin tultuansa jostakin rikoksesta rangaistukseen tuomituksi uudestaan rikkovat" (*Serlachius* 1919 s.219). *Forsman* toteaa lyhykäisesti, että kun kerran aikaisempi rangaistus ei ole osoittautunut riittäväksi, on selvää, "että joku lisä vielä oli tarpeellinen" (ks. tarkemmin *Forsman* 1877 s.36-38). Erityispreventiivisistä perusteluista eri maissa ks. *Bratholm* 1980 s.595, *Ashworth* 1983 s.214 ss. sekä *Maurach-Zipf* 1978 s.419. Erityisesti Saksan liittotasavallassa on enenevässä määrin tarjottu rinnalle myös syyllisyysperusteista selitystä (ks. *Bruns* 1974 s.581 ja 1980 s.195 sekä perustelutekniikan kehityksestä *Härzel* 1973 passim. erit. s.48 ss).

tuskin paranee sulkemalla hänet laitokseen.[10] Uusimisankaroitumisen perustelujen tulee siis löytyä muualta.

b) *Varoitusvaikutus.* — Uusimisesta seuraavan entistä ankaramman rangaistuksen voi myös otaksua varoittavan tekijää ryhtymästä seuraaviin rikoksiin. Varoitusvaikutus saattaa jossain määrin tehostua sakkoja korottamalla ja tuomitsemalla sakon sijasta ehdollinen vankeusrangaistus. Argumenttiin ei sen sijaan voi vedota siirryttäessä ehdollisesta ehdottomaan vankeuteen tai pidennettäessä ehdottoman vankeuden rangaistusaikaa. Ajatus, että muiden keinojen osoittautuessa tehottomiksi laitosrangaistukset olisivat ainoa looginen vaihtoehto (*Morris* 1974 s.79-80), on virheellinen. Muiden keinojen tehottomuudesta ei seuraa vankeuden tehokkuus (näin erit. *Ashworth* 1983 s.219-222). Päinvastoin ensimmäinen kosketus vankilaympäristöön saattaa lopullisesti karsia tuohon rangaistuslajiin kohdistuvat pelot. Samalla tähän kokemukseen liittyvät vankilan uusimisalttiutta lisäävät yleiset riskitekijät.[11]

c) *Pelotuspreventio.* — Erona edellisestä preventio kytketään nyt uusijoille kovennettujen rangaistusten muodostamaan *uhkaan* ja kohderyhmänä ovat *yleensä* aikaisempiin rikoksiin syyllistyneet. Sen mukaan, millaiset rangaistuskokemukset kohderyhmän jäsenillä on takanaan, määräytyy myös käytettävän uusimiskovennuksen teho. Jos tekijät ovat aikaisemmin tulleet rangaistuiksi sakoilla, on odotettavissa oleva vankeusrangaistus tätä mahdollisesti tehokkaampi pidäke.

Sama pätee harkittaessa aikaisemmin jo ehdolliseen vankeusrangaistukseen tuomitun rangaistuksen vaihtamista ehdottomaksi rangaistukseksi. Koko ehdollisen rangaistuksen logiikka rakentuu mahdollisuuteen siirtyä rikosten jatkuessa ehdottomiin rangaistuksiin. Ehdollisen tarkoituksena on antaa tekijälle tilaisuus käyttäytymisen oikaisemiseen. Tähän perustuu myös toivo sen tehosta rikoksia erityisestävältä kannalta ehkäisevänä sanktiona. Samalla kyse on eräänlaisesta varoituksesta ankarampien seuraamusten mahdollisuudesta. Tuon varoituksen taakse on jossakin vaiheessa kyettävä löytämään todellinen ja reaalinen pakote, joka osoittaa, että se on otettava todesta (NU 1984:2 s.5.).[12]

---

[10] Myös Saksan liittotasavallassa kritisoidaan yhä ankarammin resosialisointitarpeeseen perustuvia seuraamusjärjestelmän ratkaisuja (mm. kieltoa käyttää alle 6 kk:n vankeusrangaistuksia rikoksen uusijalle, ks. erit. *Maurach-Zipf* 1978 s.491 ja 499 sekä *Stratenwerth* 1972 s.19-22).

[11] Sen sijaan seuraamusjärjestelmän eri osa-alueiden - erityisesti ehdollisen vankeusrangaistuksen - uskottavuus saattaa edellyttää, että niiden takaa löytyy vielä tuntuvampi uhka (ks. myöhemmin jakso V.D.2).

[12] Ehdottomaan vankeuteen siirtymistä voi siis käyttää *pelotteena* niiden varalta, joil-

Sakkorangaistusten uhka potentiaalisten rikoksentekijöiden kokemana lienee jokseenkin saman suuruinen aikaisempiin sakotuskertoihin katsomatta. Sakon koventaminen vaikuttaa (tai jättää vaikuttamatta) uusijoiden ja aikaisemmin tuomittujen käyttäytymiseen siten samalla tavalla kuin tämän rangaistuksen muutokset yleensäkin. Laitosrangaistuksia suorittaneisiin ei etenkään vankeusaikojen pidentämisellä ole vastaavaa vaikutusta. Vankilapelot hälvenevät nopeasti kokemuksen karttuessa. Uusijoiden pelottelu rangaistuksia korottamalla ei otaksuttavasti kanna kovinkaan hyviä tuloksia (näin myös NU 1984:2 s.52). Päinvastoin, vaikeutunut motivointitilanne antaa aiheen olettaa preventiovaikutuksen vain heikentyvän.

d) *Eristäminen.* — Kovennus voidaan perustaa myös kohonneeseen uusimistodennäköisyyteen. Uusien rikosten estäminen edellyttää tekijän eristämisen yhteiskunnasta. Menettelyn logiikkaa ei itsessään voi asettaa kyseenalaiseksi. On vain tehtävä arvovalinnat käyttäen kriteerinä ennusteen luotettavuutta, uusien rikosten vakavuutta ja eristämisellä ehkäistyjen rikosten laatua ja määrää. Peruste ei toisin sanoen oikeuta mekaaniseen uusimisankaroitumiseen, vaan jokainen ratkaisu on argumentoitava tietoisin valinnoin.

2.1.3. Syyllisyysperustelut

a) *Vaarallisuus ja karakterologinen syyllisyyskäsitys.* — Uusimisankaroitumisen voi perustella myös oikeudenmukaisuussyillä. Näin meneteltiin karakterologisessa syyllisyysopissa, joka sisällytti tekijävaarallisuuden ja tätä vaarallisuutta ilmentävän uusimisen syyllisyyskäsitteeseen (ks. *Hiltunen* 1951 s.287 ss sekä *Nousiainen* 1961 s.268). Näin uusimisankaroitumisesta tuli syyllisyys- ja oikeudenmukaisuuskysymys, jota ei käynyt riitauttaminen esimerkiksi empiirisin vasta-argumentein.

> *Hiltusen* argumentaatio on monessa suhteessa mielenkiintoinen. Hän hyväksyy uusijoiden ankaramman rankaisemisen annettuna tosiasiana, ja aloittaa etsimällä tälle selitystä. Torjuttuaan ajatuksen, jonka mukaan uusiminen johtaa muutoksiin rikoksen objektiivisella puolella (. . .uusimisrikos sinänsä ei kuitenkaan uhkaa oikeusturvallisuutta sen enempää kuin ensimmäinen rikos" s.151), hän päätyy käsitykseen, jonka mukaan "uusimisen olemus on löydettävissä rikoksen subjektiivisista momenteista" (s.153). Tässä ei perusteluna kuitenkaan voi olla psykologisen syyllisyyskäsityksen edellyttämä tekijän ja teon välinen sielullinen suhde, sillä: ". . . tahdon muuntautuminen miellettyyn seuraukseen on sama, olipa uusi rikos tehty ennen toisesta rikoksesta annettua rangaistustuomiota

---

le tuota seuraamusta ei vielä ole tuomittu. Sen sijaan ehdottomaan vankeuteen liittyvä varoitusvaikutus on jo tuomittuun edellisen jakson mukaan kyseenalainen.

tai sen jälkeen" (s.226-227). Uusiminen osoittaa kyllä pahan tahdon erityistä kiinteyttä (*Hiltunen* 1951 s.228 ja alaviitteessä 15 mainittu kirjallisuus), mutta mikäli psykologisella syyllisyyskäsityksellä rajoitutaan ainoastaan psykologis-intellektuaaliseen suhteeseen, menee perustelu jo ohi näin määritellyn käsitteen. Siihen sisältyy jo tahdon arvottaminen. Tämä tekee siitä normatiivisen syyllisyyskäsityksen mukaisen perustelun (s.228-229).[13] "Tämä rikoksen uusimisen rangaistavuuden traditionaalinen perustelu on eräs osoitus siitä, että normatiivisen syyllisyyskäsitteen konstruoiminen on välttämätöntä" (s.229). Uusimisankaroitumisen perusteluksi on "ehdottomasti otettava normatiivisuuden vaatimus" (s.235).

Normatiivinen syyllisyyskäsite on siis välttämätön, jotta uusijoita voitaisiin rangaista ankarammin. Rangaistuksen luoman vastamotiivin kumoaminen tekee tahdonsuuntauksen erityisen moitittavaksi (s.235). Karakterologiseen syyllisyyskäsitykseen tästä edetään käsitepäättelyin sikäli, että "rikoskäsite on uusimisessa saatettava sopusointuun rangaistuskäsitteen kanssa" (s.15 vrt. hegeliaaninen käsitteellinen yhteys). Rangaistuksen tarkoitus on muuttuneen ihmis- ja valtiokuvan mukaan erityisestävyys. Sitä vastustava yksilön vapautta korostava sovitusajatus on kumottavissa, sillä "ihminen ei nykyään tarvitse eikä vaadi "vapautta", vaan valtion suojaa ja apua. . ." Yhteiskunnalle on "annettava oikeus ryhtyä rikoksentekijää vastaan toimenpiteisiin, joille yksilön suojattu vapauspiiri ei aseta esteitä" s.244-245. Tämän tavoitteen saavuttaminen edellyttää syyllisyyskäsitteen laajentamista ja tekijän persoonallisuuspiirteiden huomioimista ohi teon, sillä: "Jos yhteiskunnan puolustusmuuri rikollisuutta vastaan pysäytettäisiin rikosten kohdalle, se saattaisi merkitä jossain määrin yhteiskunnan suojelun kapitulaatiota." Rikospolitiikan onnistuneeksi hoitamiseksi on siis vaadittava, että tämä puolustusmuuri sijoitetaan mahdollisimman kauaksi eteen: "Ei ainoastaan tekijän tahdonsuuntaus ole tältä kannalta katsoen moitittava, vaan myös ne persoonallisuuspiirteet, joihin nähden rikosteko omaa symptomaattista merkitystä" (ks. 276). Arvioitaessa sitten mitkä luonteenpiirteet ovat järjestelmän tavoitteiden kannalta relevantteja, löytyy vastaus siitä todennäköisyydestä, jolla henkilö syyllistyy rikoksiin; ". . . on mentävä siihen, että *vaarallisuus omaksutaan syyllisyyden momentiksi.* Tämä on se tulos, johon aineellinen syyllisyyskäsitys pyrkii" (ks. 278). Vaarallisuus puolestaan on juuri sanotun mukaisesti" . . . se tekijän ominaisuus, jonka perusteella häneltä voidaan tulevaisuudessa odottaa oikeudenloukkauksia. Syyllisyys on siis sitä suurempi, mitä vaarallisempi tekijä on" (s.280).

[13] Kuten Hiltunen huomauttaa, ei syyllisyyden normatiivista ainesta koskaan liene kielletty. Se kuului tavallaan luonnostaan tekijän ja teon välisen yhteyden toteamiseen (muulla tavalla puhe "*pahasta*"tahdosta ei ole ymmärrettävissä), joskaan sitä ei tietoisesti korostettu eikä määritelty (Hiltunen 1951 s.173). Se mikä psykologisessa syyllisyyskäsityksessä on normatiivista oli siis niin "heikkoa, epämääräistä ja systemaattisesti järjestelemätöntä", että normatiivisen syyllisyyskäsitteen konstruointi oli perusteltua (mts. 189).

Lähtökohtana oli toisin sanoen uusijoiden ankarampi rankaiseminen voimassaolevan lain mukaan. Tämä selitettiin mahdolliseksi vain, jos omaksutaan normatiivinen ja karakterologinen syyllisyyskäsitys. Etenkin jälkimmäisen justifikaatioksi esitettiin rikoksen ja rangaistuskäsitteen välttämätön rakenteellinen vastaavuus, sekä valtion muuttuminen oikeusvaltiosta huoltovaltioksi. Näin saatiin lopputulos, jonka mukaan rangaistuksen ankaruuden suhteuttaminen syyllisyyteen on samaa kuin rektion määrääminen vaarallisuuden perusteella. Vaarallisuus taas voidaan ottaa huomioon etenkin uusimisen avulla.[14] Näin päädyttiin myös järjestelmään, joka oikeuttaa uusimisen huomioon ottamisen ohi lain muodollisten rajojen, sillä ne eivät" . . . saa riistää tuomarilta oikeutta sen ulkopuolelle jäävän rikollisen antecedentian vaarinottoon silloin kun se valaisee tekijäpersoonallisuutta ja puheenaolevaa rikosta, liittyen niihin kiinteästi" (*Nousiainen* 1961 s.268, ks. myös *Hiltunen* 1951 s.288-289). "Kun on kysymyksessä RL 6 luvun mukainen uusiminen, on silloinkin uusimisrangaistuksen määräämiseksi tarpeellista ottaa huomioon rikoksentekijän rikollinen entisyys laajemmalti kuin *uusimissäännöksen mukaan* on mahdollista. *Lain* voidaan katsoa antavan tälle tukea.[15] Kertakaikkiaan on siis sanottava, että uusimissyyllisyyden käsittäminen karakterologisena on positiivisen oikeuden mukaista" (*Hiltunen* 1951 s.283 kurs. tässä). Eli pitäen lähtökohtana positiivisen oikeuden tunnustamaa uusijoiden ankarampaa rankaisemista päädyttiin sen selittämisen kautta järjestelmään, jonka ei tarvitse ottaa huomioon positiivisen oikeuden uusimisankaroitumista koskevia määräyksiä. Mikä kanta vuorostaan selitettiin positiivisen oikeuden mukaiseksi!

Karakterologiseen syyllisyyskäsitykseen ei tarvinne uhrata sen enempää aikaa. Kyse on määrättyjen kriminaalipoliittisten tavoitteiden saavuttamisesta, ja esitysten perusteltavuus määräytyy jo käsiteltyjen empiiristen ehtojen mukaan.

b) *"Paha tahto" ja psykologinen syyllisyyskäsitys.* — Psykologisen syyllisyyskäsityksen lähtökohdista teon toistaminen olisi taas osoitus erityisen suuresta rikollisesta energiasta ja "pahan tahdon kiinteydestä"[16]. Tekijä on näet

---

[14] Ks. *Hiltunen* 1951 s.287: "Syyllisyyden määrittely, jossa se (uusiminen) huomioidaan, ei ole enää tekosyyllisyyden määrittelyä, vaan siinä astuu jo vaarallisuus syyllisyyden momentiksi. Siten tehtäessä otetaan huomioon eräs määrätty elämisen muoto, tekijän rikollinen elämäntapa, kysymyksessä on persoonallisuusarvostelu".

[15] Tässä viitattaneen myös silloisiin ehdollista rangaistusta ja vaarallisia rikoksenuusijoita koskeviin määräyksiin (ks. *Hiltunen* 1951 s.284-285). Niiden perusta oli kuitenkin avoimesti puhtaissa erityispreventiivisissä näkökohdissa, joten säännösten käyttäminen yleisen oikeudenmukaisuusargumentointiin pohjaavan uusimisankaroitumisen tukemiseksi on kyseenalaista, jollei sitten mukaan hyväksytä myös uusimisankaroitumista vastustavia empiirisiä tarkoituksenmukaisuusnäyttöjä.

[16] Ks. erit. *Hiltunen* 1951 s.228 ja alav. 15 mainitut lähteet. Psykologisen syyllisyys-

kyennyt "voittamaan kaikki ne pidätys-syyt, jotka kärsitty rangaistus tuottaa" (*Forsman* 1877 s.36-38). Forsmanin mukaan uusiminen tavallisesti osoittaakin: ". . . en betydlig grad af energi i den brottsliga viljan, och att därför föröfvandet af en återfallshandling är mera straffbart än föröfvande af samma handling första gången" (*Forsman* 1930 s.581). Jatkokysymys kuuluu: "mikä merkitys "pahan tahdon kiinteydellä" ja "rikollisella energialla" on ja tulisi olla moitearvostelussa ja millä perusteella? Vastaukset löytyvät preventioteorioista: rikollinen energia purkautuu oletettavasti rikoksina, joita vuorostaan tulisi vastustaa kovennetuin rangaistuksin[17]. Mitä laitosrangaistuksiin tulee, voi argumenttia käyttää lähinnä vain eristämisen tueksi.

c) *Toisintoimimismahdollisuus ja normatiivinen syyllisyys.* — Jo *Forsman* epäili, voiko rikosten välillä kärsitty rangaistus niin paljon lisätä rikoksentekijän syyllisyyttä kuin uusimissäännökset yleensä edellyttivät. Vastaus hänen mukaansa on usein kielteinen, "sillä monessakin tapauksessa on rangaistus melkein huojennuksen peruste. Pitempi vapausrangaistus esimerkiksi usein heikontaa vankeutta kärsineen tahdonvoimaa, jonka ohessa vankeudesta lasketun usein on suuri vaikeus toimeentulon puolesta" (*Forsman* 1877 s.36-38). Toisintoimimismahdollisuuteen kytkeytyvän syyllisyysarvostelun liittäminen mukaan heikentääkin melkoisesti uusimisankaroitumisen perusteita. Erityisesti vapausrangaistusten täytäntöönpano johtaa "sosiaalisen avuttomuuden" tilaan, jossa lainmukainen suhtautuminen on tekijälle keskimääräistä vaikeampaa. Tarkasteltiin uusimista tällaisissa olosuhteissa sitten psykologisen tai normatiivisen syyllisyyskäsityksen valossa, on motivoinnin vaikeus tai rikoksessa osoitettu "pahan tahdon aste" tosiasiassa keskimääräistä alhaisempi ja ansaitsisi siten tavallista lievemmän rangaistuksen (samoin *Stratenwerth* 1972 s.16-17 lähteineen).

d) *"Uppiniskainen ja kapinoiva paha tahto".* — Toisintoimimismahdollisuuteen pohjaava syyllisyys vaatisi ehkä pikemminkin "uusimislievennyksen".

käsityksen mukaisista perusteluista ks. esimerkiksi *Nowakowski* 1981 s.216: Virheellinen tahdonsuunta on sitä vakavampi, mitä vähemmän aikaisemmilla rangaistuksilla on siihen kyetty vaikuttamaan. Tähän kuuluvat myös anglosaksisen kirjallisuuden perustelut uusimisen osoittamasta suuremmasta "pahuudesta": "A repetition of the offence following that conviction may be regarded as more culpable, since he persisted in the behaviour after having been forcefully censured for it through his prior punishment" (*von Hirsch* 1976 s.85).

[17] Tämän vuoksi esimerkiksi *Stratenwerth* katsoo, ettei perustelulla ole mitään tekemistä puhtaan tekosyyllisyyden kanssa: "Der Härtere Zwang soll offenber die rechtliche Ordnung nachdruckliger bekräftigen und Zugleich den Täter durch Abschreckung oder "Besserung" wirksamer von kunftigen Straftaten abhalten" (*Stratenwerth* 1972 s.18). Taustalla ovat toisin sanoen enemmän tai vähemmän jäsennellyt yleis- ja erityispreventiiviset motiivit.

Syyllisyys ''pahana tahtona'' taas palautuu empiirisesti arveluttaviin tehokkuusnäkökohtiin[18]. Uusimisankaroitumisen perustelu ''pahan tahdon'' avulla edellyttäisi irrottautumista tarkoituksenmukaisuussyistä; sen tulkitsemista itsessään moraalisesti negatiiviseksi arvoksi, joka *intuition* perusteella *ansaitsisi* ankaramman rangaistuksen. Tällainen moraalikäsitys rakentuu ajatukselle, jonka mukaan rikoksensa toistanut osoittaa määrättyä uppiniskaisuutta esivallan käskyjä vastaan, ja tarvitsee sen vuoksi erillisen muistutuksen toimiensa sopimattomuudesta. Jos syrjäytämme taustalla vaikuttavat pragmaattiset syyt (ja esimerkiksi sen, että ''muistutukseen'' sisältyvä tavoite käyttäytymisen sääntelyyn ehkä jää saavuttamatta), heijastaa tällainen uppiniskaisuudelle ja kapinamielialan moitittavuudelle rakentuva syyllisyyskäsite uskonnollis-metafyysisiin tottelevaisuuskäsityksiin perustuvaa yhteiskuntanäkemystä. Uusijan paha ja kapinoiva tahto on asettunut esivallan ehdottoman auktoriteetin määräyksiä vastustamaan tilanteessa, jossa alamaisilta odotetaan ehdotonta ja kyselemätöntä käskyjen noudattamista.

Tällainen perustelu toimisi ehkä hyvin auktoriteettiuskoon pohjaavissa yhteiskunnissa. Sen soveltuvuus liberaalis-demokraattisiin järjestelmiin, joiden eräänä oletuksena on yksilöiden oikeus vapaasti päättää asioistaan, ja jotka karismaattisen ja totalitäärisen johtajuuden sijasta rakentuvat muodollisen auktoriteetin varaan, on vakavasti riitautettavissa (*Fletcher* 1978 s.465-466, ks. myös *von Hirsch* 1981 s.600 erit. av. 24.)

e) *Analyysiyrityksistä arkikielen filosofian keinoin.* — Uusimisankaroitumista voidaan selittää myös arkikielen filosofian keinoin. Tätä koettaneen *von Hirschin* lähtökohtina ovat yleiseen kielenkäyttöömme sisältyvät anteeksipyynnöt, joilla pyrimme lieventämään ympäristön tuomiota tilanteessa, jossa havaitsemme ensi kerran syyllistyneemme virheelliseen ja paheksuttavaan käyttäytymiseen. Selitämme käyttäytymistämme esim. lausein: ''pyydän anteeksi, tuo ei todellakaan ole minun tapaistani'', tai ''en tiedä mikä minuun meni''. *(von Hirsch* 1981 s.597 ss). Tällaiset puolustukset tehoavat vain, jos tekijä ei ole aikaisemmin syyllistynyt vastaavaan virheeseen. Vain tällöin anteeksipyyntö hyväksytään.[19] Tämä saa von Hirschin väittämään, ettei aikaisemmin rikok-

[18] Lainopin konstruktioiden taustalla olevien tosiasiaväitteiden todistamiseen ei kuitenkaan paneuduta: ''Tässä ei voida puuttua siihen kysymykseen, onko se vastamotiivi, jonka rangaistustuomio tai vastaavasti rangaistuksen kärsiminen antaa, pelkkä presumptio vaiko todellisuudessa esiintyvä realiteetti. Käsitykseni on, että ne arvostelut, joiden kohteeksi vapausrangaistuksen täytäntöönpano on joutunut, ovat usein olleet tendenssimäisesti liioiteltuja'' (*Hiltunen* 1951 s.235).

[19] Muussa tapauksessa selitykseemme ''en tiedä, mikä sai minut tekemään niin'' ympäristön tyly vastaus olisi: ''todennäköisesti samat syyt, kuin ennenkin''.

sensa tehneiden ankaramman moittimisen taustalla ole niinkään ajatus moitteen kumuloitumisesta rikkeiden myötä, vaan siitä, että *uusijaan* voidaan kohdistaa *täysi moite* uuden teon johdosta. Aikaisemman teon vuoksi hän ei voi enää saada hyväkseen *ensikertalaisen* käytettävissä olevaa *anteeksipyyntöä* (*von Hirsch* 1981 s.597-598).

Anteeksipyynnön merkityksen ymmärtämiseksi on edelleen korostettava, että moite kohdistuu nimenomaan *tekijään* tuon teon johdosta. Jos kohteena olisi pelkkä teko, ei aikaisemmalla käyttäytymisellä olisi merkitystä. Juuri sen johdosta, että moite kohdistuu tekijään, hän pyrkii tilanteessa, jossa käyttäytyminen on hänelle atyyppistä, väittämään, ettei se anna oikeata kuvaa hänestä hänen aikaisempi toimintansa huomioon ottaen. Tekijän, teon ja moitteen välillä on siis yhteys: teon moraalisista ominaisuuksista tehdään päätelmiä tekijään nähden, ja milloin teko on tekijälleen atyypillinen - kuten ensimmäinen teko aina on - ei se anna vielä täyttä todistusta tekijän henkilön vastaavasta ominaisuudesta. Toisaalta kyse ei ole tekijän kokonaispersoonallisuuden arvioinnista. Pääpaino on teossa, sillä tekijää moititaan juuri tuon teon johdosta (mts. 598-599).

Miksi sitten tahdomme moittia vähemmän sellaista tekijää, jonka moitittava käyttäytyminen on osoitettava hänelle atyypilliseksi ja satunnaiseksi? Von Hirschin vastauksen mukaan väärin tehnyttä kohtaan esitetyn moitteen ja vastalauseen tehtävänä on osaltaan antaa henkilölle mahdollisuus *vielä kertaalleen arvioida käyttäytymisensä kulku tulevaisuudessa.* Tällaisen "uuden mahdollisuuden" antamisen taustalla on arkikokemuksemme siitä, että erehtyminen on inhimillistä ja toiseksi uskomme siitä, että moraalisina olentoina ihmisillä on myös kyky huomautuksesta muuttaa käyttäytymistään. Moraalisina ja käyttäytymistään hallitsevina olentoina ihmisillä on myös *oikeus* tavallaan *vaatia,* että heidän tätä ominaisuuttaan kunnioitetaan; *annetaan* myös *mahdollisuus* tuon kykynsä osoittamiseen (mts. 601-602).

Ensikertalaisen lievempi kohtelu on siten *osoitus moraalin määrätystä joustavuudesta.* Emme vaadi ihmisiltä täydellisyyttä, ja olemme valmiit antamaan heille mahdollisuuden paremman minänsä osoittamiseen. Samalla tähän sisältyy ajatus ihmisistä moraalisesti vastuunalaisina, omista valinnoistaan päättävinä agentteina. Jos olisimme enkeleitä tai jos valitsisimme äärimmäisen puritanistisen moraalin, kohtaisi vastuu täysimääräisenä jo ensimmäisestä rikkeestä (*von Hirsch* 1981 s. 603-604 ja esityksen arvioinnista *Walker* 1985 s.44-45).

2.2. *Uusimisankaroitumisen oikeutus ja RL 6 luvun lähtökohdat*

Uusimisankaroitumista tukee vahva moraalinen intuitio, jonka mukaan tekojen eettinen arvottaminen ei voi olla ottamatta huomioon tekijän menneisyyttä. Tämä intuitio rakentuu kuitenkin pragmaattis-rationaalisten tavoitteiden ja oletusten varaan. Uusijat koetaan uhkana ja tätä uhkaa vastustamaan tarvitaan ankarammat rangaistukset. Tähän päädytään myös von Hirschin analyysin kautta: toisen mahdollisuuden antaminen kun juuri perustuu siihen, että toivomme henkilön näin pidättyvän tulevista rikoksista.

Yhteisestä perustastaan huolimatta uusimisankaroitumiselle esitetyt justifikaatiot vaihtelevat sen mukaan, mitä kulloinenkin kriminaalipoliittinen ilmasto on hyväksynyt.[20] Erityisestävässä järjestelmässä voitiin vedota suoraan tekijävaarallisuuteen tai avoimen preventiiviseen syyllisyyskäsitykseen. (''Proportionalität zwischen Strafe und verbrecherische Gesinnung des Täters'' *von Liszt* 1910). Seuraamuksen ankaruuden kytkeminen kiinteästi tekijän syyllisyyteen edellyttää syyllisyyskäsitteen muuntelua. Tämä voi tapahtua sisällyttämällä käsitteeseen enemmän tai vähemmän preventioaineksia tai rajoittamalla se enemmän tai vähemmän tekokeskeiseksi.[21]

> Uusimisankaroitumisen mahdollisuuksia tekosyyllisyyteen pohjaavassa järjestelmässä pohtineet rinnakkaisrikoslakiehdotuksen laatijat katsoivat uusimisankaroitumisen välttämättä merkitsevän eräänlaista tekijäsyyllisyydelle ominaista tottelemattomuuslisää (''Ungehorsamszuschlag'' AE s.117 ja myös 213 sekä *Lahti* 1977 s.61 viitteineen). Tilanteesta on yritetty selviytyä mittaamisopillisin konstruktioin käyttäen hyväksi esimerkiksi Spielraum-teoriaa. Uusiminen ei tosin kuulu syyllisyyden arvioinnin alaan, mutta syyllisyys määrää vain rangaistuksen ylä- ja alarajat, tämän asteikon puitteissa rangaistus määrätään preventioperustein, joita erityisprevention puolella edustavat muun muassa uusimisankaroituminen (ks. esittelyjä teoksessa *Härzel* 1973 s.54-55). Toisen vaihtoehdon tarjosi ''mittaamisopillisen tekokäsitteen'' luominen, jolla teon käsitettä laajentaen ja sisällyttäen siihen määrätyt tekoa edeltävät ja sen jälkeiset seikat tehtiin mahdolliseksi uusimisen lukeminen ''teko''-syyllisyyden alaan (*Lang-Hinrichsen* 1969). Kolmatta yritystä tekorikosoikeuden ja uusimisankaroitumisen yhteensovittamisessa edusti

[20] Ne ovatkin erinomaisena esimerkkinä kriminaalipoliittisten, kriminologisten ja dogmaattisten kysymysten yhteenkietoutumisesta (näin myös *Maurach-Zipf* 1978 s.491).

[21] Kuten *Weigend* menettelystä toteaa: ''German doctrine which is proud of its independence and its dogmatic integrity, twists and bends the concept of culpability to accommodate the interests of Law enforcement'' (*Weigend* 1983 s.55). Karakterologisen syyllisyyskäsityksen konstruoinnissa olikin Stratenwerthin sanoin kyse vain yrityksestä ''das Prinzip der Spezialprävention durch Änderung des Etikettes für ein schuldorientierts Vergeltungsstrafrecht hoffähig zu machen'' (*Stratenwerth* 1972 s.6).

Brunsin "kaksinkertainen indisiokonstruktio" ("doppespurige Indizkonstruktion"). Sen mukaan tekoa edeltävä (mm. uusiminen) ja sen jälkeinen käyttäytyminen on lupa ottaa huomioon vain siltä osin, kuin sillä on indisiovaikutus tekijän syyllisyyttä tai teon vääryyssisältöä arvioitaessa (*Bruns* 1974 s.575 ss ja 1980 s.191-192 sekä *Hirsch* LK 46 § 78). Tämä olisi sopusoinnussa tekosyyllisyyden kanssa sen vuoksi, ettei näillä seikoilla olisi "itsenäistä" ("keine selbstendige") merkitystä, niistä vain pääteltäisiin tekijävaarallisuus (esimerkiksi *Härzel* 1973 s.63-64).

Tämänkaltaisten käsitelainopillisten spekulaatioiden päällimmäinen pulma oli uusimisankaroitumisen systeeminmukaisuuden osoittamisessa, ei sen rationaliteetin tutkimisessa. Olisikin ollut rehellisempää katsoa uusiminen suoraan tekosyyllisyyteen kuulumattomaksi erityispreventioperusteiseksi koventamisperusteeksi, ja arvioida tuon kovennuksen hyväksyttävyys prevention empiirisistä ehdoista (*Stratenwerth* 1972 s.29 ss)[22].

Uusimisankaroitumisen rationaliteetti nojaa samoihin perusteisiin kuin järjestelmän justifikaatio; uskoon rangaistusten edes jonkinlaisesta tehosta. Prevention eri vaikutuskanavien teho vaihtelee. Myös eri seuraamuslajeilla on toisistaan poikkeavat vaikutukset. Uusimisankaroitumisen perusteltavuus määräytyykin viime kädessä sen mukaan, onko kyse esimerkiksi lajivalinnasta sakko/vankeus, ehdollinen/ehdoton rangaistus ja nojataanko parannusajatukseen, varoitukseen, pelotukseen vai moraalia luovaan vaikutukseen. Uusijoiden ankarampaa rankaisemista ei voida perustella empiirisin syin, jollei samalla tehdä selvää eroa eri soveltamistilanteitten välillä. Tässä intuitiiviset oikeudenmukaisuusargumentit ja niiden empiiriset taustaoletukset asettuvat ristiriitaan. Kun jälkimmäiset edellyttävät eri tilanteiden erottamisen toisistaan, oikeudenmukaisuuden vaatimus on jäsentymättömämpi: se edellyttää ylipäätään uusijoille ankarampaa rangaistusta, oli kyse sitten lajivalinnasta tai mittaamisesta. Yleinen uusimisankaroitumisen vaatimus vastaa jäsentymättömyydessään jokapäiväisten moraaliarvostelmien yleistä rakennetta. Kuten moraaliarvostelmia yleensä, tulee myös tätä vaatimusta tarkastella kahdelta tasolta. *Intuitiivisen tason moraaliargumenttina* sitä on kohdeltava määrättynä kriminaalipolitiikassa huomioon otettavana *sosiaalipsykologisena tosiasiana.* Ihmiset yksinkertaisesti pitävät oikeudenmukaisena, että uusijoita rangaistaan ankarammin. Tätä vaatimusta on kunnioitettava niin pitkälle kuin järjestelmän legitimiteetti ja mo-

[22] Stratenwerthin esitystä vastustanut *Jescheck* huomauttaa, että ehdotus kääntäisi ylösalaisin koko Spielraum-pohjaisen oikeuskäytännön ja mittaamisopin, (*Jescheck* 1978 s.718). Koska tämä juuri on Stratenwerthin nimenomainen tarkoitus, ei kritiikki ole erityisen vakuuttava. (*Stratenwerth* 1972 s.37 ja *Härzel* 1973 s.56).

raalia luova vaikutus edellyttävät (ks. myös NU 1984:2 s.52 sekä NOU 1983:57 s.243). *Kriittisellä* tasolla on muistettava yleisön käsitysten perustuvan osin irrationaalisiin uskomuksiin ja virheoletuksiin mahdollisuuksista rangaistuksin vaikuttaa toistuvasti rikoksia tekevien käyttäytymiseen. On odotettavissa, että mitä realistisempi kuva yleisöllä järjestelmän toimintamahdollisuuksista ja tehosta on, sitä heikommaksi kävisi intuitiomme uusijoiden ankaran rankaisemisen oikeudenmukaisuudesta. Mitä selvemmin yleisö tiedostaa esimerkiksi laitosrangaistusten rikollisuutta lisäävät vaikutukset, sitä säästeliäämmin se vaatisi elintaparikollisten eristämistä. Tiedon kasvun myötä suhtautuminen uusijoihin tullee yhtäältä lieventymään, toisaalta uusimisankaroitumisen ehtojen erittely tullee sekin käymään monisäikeisemmäksi (näin myös NU 1984:2 s.52 ja NOU 1983:57 s.243).

Nämä ajatukset käyvät ilmi hyvin myös RL 6 luvun uusimissäännöstön esitöistä. Lähtökohdat ovat sekä oikeudenmukaisuuteen että (erityispreventiiviseen) tarkoituksenmukaisuuteen perustuvassa uusimisankaroitumisessa. Hallituksen esityksessä todetaan, kuinka "syyllisyysarvioinnin tärkeänä osana ovat edelleen rikoksentekijän aikaisemmat rikokset" ja "uusimisen tulee koventaa rangaistusta vain, jos tämä . . . osoittaa rikoksentekijän erityistä syyllisyyttä ja antaa aiheen olettaa, että tavallista ankarampi rangaistus vaikuttaa erityisestävästi rikoksentekijään" (HE 125/1975 II vp. s.7 ja 9). Samoista lähtökohdista tahdotaan toisaalta osoittaa uusimisvaikutuksen painottuneen entisessä järjestelmässä liiaksi mm. tekotavan ja teon törkeyden kustannuksella (HE 125/1975 II vp. s.5)[23]. Ankaroitumisen kytkeminen kärsittyjen vapausrangaistusten pituuteen koettiin erityisen epätarkoituksenmukaiseksi seuraavista syistä (HE 125/1975 II vp. s.6):

> "Vankeusrangaistus ei paranna. Laitostuminen ja yhteiskuntaan uudelleen sijoittumisen mahdollisuuksien vähentyminen päin vastoin lisää uusimisriskiä."
>
> "Toistuva uusiminen näyttää osoittavan, että rangaistuksen pelotusvaikutus on sitä heikompi, mitä useammin rikoksentekijää rangaistaan."
>
> "Toistuvasti rikoksiin syyllistyjistä vain vähemmistö on järkiperäisesti toimivia, rangaistuksen huomioon ottavia uusijoita. Monenkertaiset rikoksenuusijat ovat usein ajautuneet rikoksia suosivaan elämäntapaan, jossa rikollista tekoa edeltävä harkinta koskee enintään kiinnijoutumisen mahdollisuuksia."

Sama asia käännettiin myös oikeudenmukaisuusongelmaksi: "Varsinkin useat ja pitkäaikaiset vapausrangaistukset heikentävät rikoksentekijän mah-

[23] Vanhan uusimissäännöstön kumoaminen olikin ilmeisesti koko mittaamissäännöstön uudistamisen liikkeellepaneva voima (ks. *Grönqvist-Lindholm* 1977 s.1).

dollisuuksia sijoittua yhteiskuntaan. Tämän vuoksi irtolaismaiseen ja rikolliseen elämäntapaan sortunut rikoksenuusija ei aina osoita samaa rikollista tahtoa kuin paremmissa oloissa elävä. . ."

On siis erotettava toisistaan moitittavuutta lisäävä ja moitteeseen vaikuttamaton uusiminen.

2.3. RL 6:2 4 kohdan tulkintaa[24]

2.3.1. "Ilmeinen piittaamattomuus"

Tekijän aikaisempi rikollisuus korottaa lainkohdan mukaan rangaistusta, jos "sen ja uuden rikoksen suhde rikosten samankaltaisuuden vuoksi tai muuten osoittaa tekijässä ilmeistä piittaamattomuutta lain kielloista tai käskyistä." Uusiminen sinänsä ei riitä rangaistuksen kovennukseksi. Vaaditaan, että aikaisemman rikollisuuden ja uuden rikoksen suhde osoittaa tekijässä erityisen suurta syyllisyyttä, niin sanottua "kvalifioitua tekosyyllisyyttä" (ks. *Lahti* 1977 s.63). Tämä on ilmaistu lakitekstissä sanoin "ilmeinen piittaamattomuus lain kielloista tai käskyistä". Piittaamattomuuden "ilmeisyys" liittyy Lahden mukaan lähinnä todistuskysymyksiin. Piittaamattomuuden tulisi olla selvästi osoitettavissa (*Lahti* 1977 s.65). Varsinaiset tulkintaongelmat liittyvät kuitenkin siihen, mitä vaadittava piittaamattomuus itsessään tarkoittaa.

Kielellinen analyysi vahvistaisi piittaamattomuuden synonyymiksi merkityssisällöiksi *häikäilemättömyyden* ja *välinpitämättömyyden*; suhtautumisen, jossa henkilö asettaa omat etunsa muiden edelle (*Lahti* 1977 s.64 viitteineen). Tämänsuuntainen välinpitämättömyys voi esiintyä myös tuottamuksellisena.[25] Lain tarkoituksena olikin koventamismahdollisuuden selkeä ulottaminen myös tuottamuksellisiin rikoksiin.[26] Muuta sen tarkempaa sisältöä termin kielellinen

[24] Tässä ei puututa uusimisjärjestelmän kehittymiseen eikä säädöshistoriaan (ks. tältä osin *Lahti* 1977 s.46 ss).

[25] Siihen viittaa myös anglosaksinen syyksiluettavuuden muoto "recklesness", ks. esim. Glanville *Williams* 1983 s.96 ss. Jareborg käyttää vastaavasti termiä "likgiltighet" *Jareborg* 1986 s.8-9. Ks. myös *Lahti* 1982b s.149.

[26] Tässä tarkoituksessa alkuperäinen sanamuoto "tietoinen piittaamattomuus" muutettiin "ilmeiseksi piittaamattomuudeksi" (ks. *Lahti* 1977 s.63-64 viitteineen). Uusimisankaroitumisen kytkeminen "pahan tahdon" kiinteyteen sulki perinteisesti tuottamukselliset rikokset ankaramman kohtelun ulkopuolelle. Saksalaisen kielialueen mittaamisoppi varoittaa edelleenkin tuottamuksellisten rikosten, joissa kyse ei siis ole "oikeusjärjestykselle vihamielisestä" suhtautumisesta, ankarammasta kohtelusta (*Bruns* 1980 s.194 ja *Hirsch* LK 46 § 80). Eräistä perustelulausumien ristiriitaisuuksista huolimatta on ilmeistä, että tarkoitus olisi ulottaa uusimisankaroituminen myös tuottamuksellisiin rikoksiin (ks. *Lahti* 1977 s.64 av. 1 mainitut lähteet).

tulkinta tuskin soveltamiskriteereistä paljastaa.

Lain tarkoittaman piittaamattomuuden todentaminen tapahtuu sananmuodon mukaan tarkastelemalla "aikaisemman rikollisuuden ja uuden rikoksen välistä suhdetta". Tuon suhteen täsmentämisen ohjeeksi on lakiin otettu ensinnäkin maininta *rikosten samankaltaisuudesta.*

2.3.2. Samankaltainen uusiminen

Vasta eduskuntakäsittelyssä lakiin tulleen (ks. LavM 1/1976 s.3) samankaltaisuuden kriteereitä ei esitöissä ole sen tarkemmin havainnollistettu. Huomio voidaan kiinnittää esimerkiksi rikosten *ulkoiseen* samankaltaisuuteen (tekotapaan, seuraukseen sekä loukattujen oikeushyvien samankaltaisuuteen) tai *subjektiiviseen* samankaltaisuuteen[27]. Tekosyyllisyyttä puoltavat oikeuspoliittiset näkökohdat edellyttävät, että myös tässä suhteessa kiinnitetään huomio vain rikosta suoranaisesti koskeviin seikkoihin. Tekijän luonteenominaisuudet, syvälle juurtuneet rikolliset taipumukset, elämäntapa tai vaarallisuus, joita arvioitaessa yksittäisellä rikoksella on vain symptomaattinen merkitys, olisivat tästä näkökulmasta katsoen merkityksettömiä (näin *Lahti* 1977 s.67-68). Epäselväksi jää, millaista samankaltaisuutta näillä "rikoksia suoranaisesti koskevilla" seikoilla tarkoitettaisiin. Edessä on jälleen järjestelmän tavoitteen kannalta mielekkään analogia-avaimen löytäminen. Samankaltaisuus on sopimuksenvarainen asia. Nyt rikosten tulisi osoittaa ilmeistä piittaamattomuutta oikeusjärjestyksestä, ja valittavaksi tulisi sellainen samankaltaisuus, joka olisi tuosta piittaamattomuudesta osoituksena. Ainoan pitävän lähtökohdan tarjoavat uusimisankaroitumisen tarkoitusperät[28].

---

[27] Samankaltaisuus on vanhastaan ollut tärkein uusimisankaroitumisen kriteeri. Ajatusta mekaanisesti toteuttavasta erikoisuusimisjärjestelmästä luovuttiin täällä vasta v. 1939 (ks. *Lahti* 1977 s.51). Kriteerillä on edelleen merkitystä myös saksalaisen kielialueen oikeuskäytännössä ja kirjallisuudessa, joskin sen asema on heikentymään päin (*Bruns* 1974 s.580-581 ja 1980 s.194 sekä *Hirsch* LK 46 § 80). Englannin oikeuden osalta ks. *Walker* 1985 s.44.

[28] Kysymystä ei ts. voi kiertää huomauttamalla, ettei piittaamattomuus itsessään ole pääasia, vaan sanalla ilmaistu suuri tekosyyllisyys. Tämä pitää tietysti paikkansa, mutta ei vie asiaa eteenpäin (*Lahti* 1977 s.70), vaan kuljemme kehää: uusiminen osoittaa suurta syyllisyyttä, jonka vuoksi se toimii ankaroittamisperusteena. Tuon syyllisyyden ja ankaroittavan uusimisen tunnusmerkkinä on rikosten samankaltaisuus. Samankaltaisuus on kuitenkin sopimuksenvarainen asia ja vaaditaan mielekästä vertailukriteeriä. Tuollaisena toimisi peruste, jonka nojalla toisiaan vastaavat tapaukset osoittaisivat ilmeistä piittaamattomuutta lain kielloista ja käskyistä. Piittaamattomuus sinänsä ei ole olennainen, vaan suuri tekosyyllisyys. Samankaltaisuuden tulisi olla sellaista, että se osoittaisi suurta syyllisyyttä. Eli päädytään siihen, mistä lähdettiin.

Varoitusvaikutukseen pyrittäessä on ajateltavissa, että rangaistaessa tekijää tietystä rikostyypistä, on hänelle aikaisemmin annettu (riittämättömäksi osoittautuva) muistutus juuri *tuon* teon vältettävyydestä. Arvailun varaan kuitenkin jää, kokeeko tekijä aikaisemmin saamansa muistutuksen koskevan rangaistavaa käyttäytymistä vain ylipäätään; omaisuusrikoksia yleensä; erityisesti varkausrikoksia; nimenomaisesti murtautuen tehtyjä varkauksia; vaiko vain asuntomurtoja jne. Arkikokemuksen ja -kielenkäytön perusteella on otaksuttavissa rikosten jakaantuvan yleisessä tietoisuudessa lähinnä *samaa oikeushyvää loukkaavista vakavuusasteeltaan samaa tasoa edustavista rikoksista koostuviin ryhmiin* (esimerkiksi omaisuus-, väkivalta- ja liikennerikokset). Kuuluminen tällaiseen *rikosryhmään* olisi siis tämän kannalta ratkaisevaa. Näiden ryhmien kriminalisointiperustana ovat samankaltaiset (= samaa oikeushyvää suojaavat normit ja periaatteet). Piittaamattomuutta osoittava uusiminen voitaisiinkin ymmärtää uusimiseksi, joka osoittaa *piittaamattomuutta juuri määrätyntyyppisestä normista.* Von Hirschin argumentaatiota soveltaen rattijuoppouksesta kiinni jäänyt ja aikaisemmin pahoinpitelystä rangaistu henkilö voisi menestyksellä ehkä väittää, ettei *liikennejuoppous* ole hänelle tyypillistä ja ettei hän tiedä, "mikä häneen meni". Varkaudesta syytetty, aikaisemmin petoksesta rangaistu, ei taas voisi puolustautua menneisyyttä koskevaan huomautukseen toteamalla, "ai niin se edellinen kerta, se oli eri asia, silloin tein vain petoksen" (ks. *von Hirsch* 1981 s.616 av. 56). Tämä johtaisi loukattujen *normien ja periaatteiden samankaltaisuuteen,* mikä viime kädessä vastaisi rikosryhmittäistä jaottelua.

Samankaltaisuuskriteerille löytyy jonkinasteinen tuki myös *eristämisajattelusta.* Ominaisuushan on perinteisesti liitetty ammattimaiseen rikolliseen toimintaan (ks. *Kekomäki* 1933 s. 23—30 viitteineen). Tiettyyn rikostyyppiin tai tekolajiin keskittymisen ajatellaan osoittavan erityistä vaarallisuutta. Erikoistuminen lisää todennäköisyyttä harjoittaa taitojaan tulevaisuudessakin. Näin päädytään vaarallisuusarviointiin.

Korkeimman oikeuden käytännöstä löytyy useita ratkaisuja, joissa samankaltaisuuskriteerin tulkinta on vaikuttanut lopputulokseen:

> Korkeimman oikeuden tiedonannon 1980 II 81 mukaan ei viranomaisen erehdyttäminen ollut uutena rikoksena osoituksena lain tarkoittamasta erityisestä suuresta syyllisyydestä aikaisempien rikosten ollessa etupäässä omaisuus-, väärennys- ja liikennerikoksia. Sen sijaan saman tekijän tekemä uusi törkeä varkaus osoitti lain vaatimaa ilmeistä piittaamattomuutta.
>
> Korkein oikeus on niin ikään katsonut, ettei RL 6:2 4-kohdan soveltaminen ole ollut perusteltua, milloin tekijä on aikaisemmin tuomittu omaisuus- ja liikennerikkomuksista uuden syytteen koskiessa tappoa (KKO 419/1977), tai milloin syyte koski ammattimaista alkoholipitoisen aineen myyntiä ja tekijä oli "aikaisemmin tuo-

mittu vapausrangaistuksiin vain varkaus- ja väärennösrikoksista" (KKO 215/1978, ks. myös 2090/1977). Taltiossa 2797/1977 katsottiin aikaisemman rikollisuuden ja uuden törkeän varkauden, mutta ei sen sijaan pahoinpitelyn, osoittavan ilmeistä piittaamattomuutta lain kielloista ja käskyistä.

Riittävänä on siis pidetty lähinnä rikosryhmittäistä yhtenevyyttä. Korostettakoon kuitenkin, ettei asiaa ratkaise samankaltaisuus itsessään, vaan ne kriminaalipoliittiset päämäärät, joihin uusimisankaroitumisella pyritään. Samankaltaisuudesta huolimatta uusimisankaroitumisen muut edellytykset saattavat puuttua. (Ks. myös *Lahti* 1977 s. 67. Samansuuntaisesti *Schönke-Schröder* 46 § 31 ja 48 § iv sekä *Hirsch* LK 46 § 80). Yhtä hyvin saattaa toisaalta erikaltainen uusiminen johtaa rangaistuksen kovennukseen. Uusimissäännöksen soveltamisessa onkin otettava huomioon paljon muutakin kuin pelkkä rikosten samankaltaisuus.

2.3.3. Satunnainen uusiminen

Esitöissä suljetaan "satunnainen uusiminen" piittaamattomuuden ulkopuolelle. Satunnaista uusimista olisi, "esimerkiksi se, että taposta rangaistuksen suorittanut syyllistyy useamman vuoden kuluttua salakuljetukseen" (HE 125/1975 II vp. s. 12). Lausuma viittaa sekä *erikaltaisuuteen* että rikosten välillä kuluneeseen *aikaan*. Uusimisen todetaan olevan satunnaista "sitä todennäköisemmin, mitä pitempi aika on kulunut aikaisemmasta rikoksesta". Aikaisempia tarkkoja aikarajoja[29] ei lakiin kuitenkaan katsottu tarpeelliseksi sisällyttää jo senkään vuoksi, että "joskus uusiminen lyhyehkönkin ajan päästä on tässä merkityksessä satunnaista". (HE 125/1975 II vp. s. 12—13).

Tekojen välillä kuluneeseen pitkään aikaan on vedottu lähinnä selitykseksi sille, mikseivät aikaisemmat samankaltaiset rikokset ole johtaneet RL 6:2 4-kohdan soveltamiseen. Näin Helsingin hovioikeuden päätökseen 1874/1984 sisältyvä alioikeusperustelu, jossa törkeästä rattijuopumuksesta tuomittaessa todettiin, että "B on aikaisemmin kolmesti tuomittu törkeästä rattijuopumuksesta. Tuomioiden väliajat ovat kuitenkin olleet pitkät, minkä vuoksi kihlakunnanoikeus katsoo, ettei . . . voida soveltaa rikoslain 6 luvun 2 §:n 4-kohdan koventamisperustetta." Helsingin hovioikeuden ratkaisussa 2648/1984 A tuomittiin 12. 5. 1983 lähinnä erilaisista omaisuusrikoksista (tehty 14.—15. 1. 1983), joita edeltävän kerran A oli viimeksi syyllistynyt samankaltaisiin rikoksiin vuosina 1977 (rangaistu 1978) sekä vuosina 1975 ja 1974. Hovioikeuden mielestä rikosten samankaltaisuus ei sinänsä vielä riittänyt rikosten "väliaika huomioon ottaen" RL 6:2 4-kohdan soveltamiseen.

Ajallista kriteeriä voidaan selittää suurelta osin uusimisankaroitumisen yleisillä perusteilla. Mitä lyhyempi aika teosta on kulunut, sitä lähemmin sen voi katsoa kuuluvan tekijän henkilökuvaan (näin *von Hirsch* 1981 s. 616, s. 56).

[29] Uusimisaikojen kehityksestä ks. tarkemmin *Lahti* 1977 s.69.

Voi myös kuvitella aikaisemman tuomion varoitusvaikutuksen vähitellen hälvenevän, jolloin uuden rikoksen tekeminen ei niinkään osoittaisi edellisen rangaistuksen olleen liian lievän. Perustelujen paino on kuitenkin kyseenalainen. Satunnaisuuden ja ajallisen aspektin yhteen kytkeminen lain esitöiden tapaan tuonee ilmi todellisen tausta-ajatuksen: uusimistodennäköisyyden ja tekijävaarallisuuden. *Satunnaisia ja sattumanvaraisia* ovat sellaiset tapahtumat, joiden *toistuminen on epävarmaa tai epätodennäköistä.* Satunnainen uusiminen on sellaista uusimista, jonka toistumisesta ei ole pelkoa. Lyhyen ajan sisällä suoritetut teot antavat yleisen arkikokemuksen mukaan odottaa sarjan jatkuvan. Uusimistiheyttä koskeva vaatimus kytkeytyykin ehkä edellisiä selvemmin suoraan eristämisajatteluun ja vaarattomaksi tekemiseen.

2.3.4. Harkittu ja suunnitelmallinen uusiminen

Kolmanneksi kiintopisteeksi esityöt tarjoavat harkinnan ja suunnitelmallisuuden: ”Rikosten uusimisesta voidaan tuomita tavallista ankarampi rangaistus vain, jos rikokset ovat harkittuja ja osoittavat rikoksentekijässä tietoista haluttomuutta noudattaa lakia.” ”Mitä enemmän harkintaa rikos edellyttää, sitä perustellummin voidaan katsoa rikoksen uusimisen osoittavan säännöksen edellyttämää piittaamattomuutta.” Harkittujen rikosten tekeminen ”ei johdu lainmukaisten toimintamahdollisuuksien puuttumisesta tai muista seikoista, jotka ovat heikentäneet tekijän kykyä noudattaa lakia. Rikoksentekijä saattaa siis osoittaa uusimisellaan sellaista erityistä rikollista tahtoa, jonka tavallista ankarampaa rankaisemista voidaan pitää oikeudenmukaisena” (HE 125/1975 II vp. s. 6-7 ja 12-13).

Harkittu uusiminen koventaa rangaistusta syyllisyysperustein. Esitöissä viitataan syyllisyyteen sekä toisintoimimismahdollisuutena että pahana tahtona. Toisintoimimismahdollisuuksien puuttuminen on palautettavissa esityksen yleispreventiivisiin lähtökohtiin ja huomautuksiin urautuneista elintaparikollisista. Tällöinhän rangaistusuhkien vaikutus on yhtäältä rajoittunut sen vuoksi, ettei tekijä erikseen harkitse tekojaan. Toiseksi hänen mahdollisuutensa toimia lain mukaisesti ovat ulkoisista syistä vähentyneet. Preventio- ja syyllisyysargumentit puhuvat siis koventamista vastaan. Esitöiden mukaan säännös ei tarkoitakaan ”rikoksiin urautunutta elämäntapaa”, johon liittyvät rikokset ovat ”suunnittelemattomia, vaikkakaan eivät satunnaisia” (HE 125/1975 II vp. s. 13).

Tätä on pidettävä *merkittävänä tulkintaa ohjaavaksi tarkoitettuna argumenttina.* Korostamalla useissa kohdin, että vain harkittu, suurta syyllisyyttä

osoittava uusiminen oikeuttaa rangaistuksen kovennukseen, ja sulkemalla pois rikoksiin urautuneen elämäntavan, josta esimerkiksi perinteisessä omaisuusrikollisuudessa usein on kyse, aikaisemmin rikollisuuden rangaistusta koventavaa vaikutusta on tahdottu tuntuvasti rajoittaa.

Korkein oikeus ei toistaiseksi ole antanut ainoatakaan ratkaisua, joissa tämä näkökohta expressis verbis olisi estänyt RL 6:2 4-kohdan soveltamisen. Alioikeusanalyysi vuosilta 1978—1979 osoitti säännöstä sovellettavan yhtä taajaan kuin aikaisempiakin uusimissäännöksiä pääpainon keskittyessä rikosrekisterimerkintöjen lukumäärään (*Lappi-Seppälä* 1982 s. 85). Tilastojen jatkoseuranta viittaa kuitenkin soveltamisalan vähittäiseen rajoittamiseen. Ottaen huomioon uusimisen normaalitilanteet, on otaksuttavissa, että ainakin osa lieventyneestä suhtautumisesta on tullut alkoholisoituneiden elintaparikollisten kohdalle. Tällaisesta mahdollisuudesta kielii Itä-Suomen hovioikeuden ratkaisu 1933/1981, jossa naulakosta noin viidensadan markan arvoisen nahkatakin anastanut henkilö (rekisterissä neljä rikosrekisterimerkintää, joista kaksi samankaltaisesta rikollisuudesta tekoa edeltäneeltä kolmelta vuodelta) tuomittiin hovioikeudessa kuudenkymmenen päiväsakon rangaistukseen toteamuksin, että A:n aikaisemman rikollisuuden ja hänen syykseen nyt luetun rikoksen suhde ei ". . . siihen nähden, että teko on tapahtunut hetken mielijohteesta ja liittynyt A:n . . . juopottelevaan elämäntapaan, osoita . . . sellaista ilmeistä piittaamattomuutta lain kielloista ja käskyistä, jota rikoslain 6 luvun 2 §:n 4-kohdassa tarkoitetaan."[30]

2.3.5. Rikosten määrä

Aikaisempien rikosten lukumäärästä esitöissä todetaan vain, ettei uusimisankaroitumista voida arvioida ". . . mekaanisesti aikaisempien rikoskertojen, suoritettujen rangaistusten tai tiettyjen rikosnimikkeiden perusteella" (HE 125/1975 II vp. s. 12). Seikalle ei kaikesta päättäen ole tahdottu antaa ratkaisevaa tai edes olennaista merkitystä, vaan arviointi tulisi tehdä etupäässä muiden esitöissä esiintuotujen näkökohtien mukaan.[31] Jo asian luonteesta toisaalta tavallaan seuraa, ettei olosuhdetta voi kokonaan sivuuttaa (uusiminen on *rikosten toistamista).* Rikosten lukumäärä on käytännössä myös helpoin ja yksiselitteisin tapa jyvittää uusimisen määrä ja merkitys edes jonkin yhtenäisen kri-

[30] Arvostelua lievensi myös "näpistämistä muistuttava tekotapa". Aikaisemman rikollisuuden määrä ei tosin muutoinkaan olisi ilmeisestikään riittänyt RL 6:2 4-kohdan soveltamiseen. Tärkeintä tässä ovat kuitenkin itse perustelut.

[31] Lakivaliokunnan mietinnön pohjalta on selvää, että yksikin aikaisempi rikos periaatteessa riittää (ks. LavM 1/1976 s.3 myös *Lahti* 1977 s.70-71).

teerin mukaan. Siihen katsomatta, kuinka järkevä tuo kriteeri on, on odotettavissa, etteivät tuomioistuimet — muiden muodollisten kriteereiden tultua laista poistetuiksi — hevin irtaudu ajattelusta, jonka mukaan juuri rikosrekisterin pituus on merkityksellinen uusimisvaikutuksen lähtökohta. Tähän viittaavat myös ne päätökset, joissa tuomioistuimet ovat lain sanamuotoa laajemmin pyrkineet perustelemaan uusimissäännöksen soveltamista.

> Näin esimerkiksi Helsingin hovioikeus 1581/1984 alioikeusperustelu, jonka mukaan henkilö tuomittiin RL 6:2 4-kohtaa soveltaen törkeästä rattijuopumuksesta ottaen huomioon, että "V oli ennen nyt tekemäänsä rikosta *jo kolmesti lyhyin väliajoin* tuomittu törkeästä rattijuopumuksesta" (4 kuukautta ehdotonta vankeutta). (Ks. myös VHO 514/1983).
>
> Ratkaisussa HHO 843/1983 alioikeus törkeästä rattijuopumuksesta tuomitessaan nimenomaisesti totesi, ettei syytetyn rikosrekisteristä ilmenevä ja nyt syyksi luettu rikollisuus osoita lain vaatimaa piittaamattomuutta. Hovioikeus kuitenkin päätyi soveltamaan lain koventamisperustetta todeten "L on vuosien 1975 ja 1982 välisenä aikana syyllistynyt *neljästi* liikennejuopumusrikoksiin, joista hänet on tuomittu vankeusrangaistuksiin . . .", minkä hovioikeus katsoi riittäväksi näytöksi lain tarkoittamasta piittaamattomuudesta ja sovelsi RL 6:2 4-kohtaa korottaen rangaistusta kuukaudella (5 kuukautta).

Eri kriteerit vaikuttavat ratkaisussa samanaikaisesti. Käytännössä tärkein yhdistelmä on samankaltaisuus, lukumäärä sekä uusimistiheys. Vähäisempi määrä riittää säännöksen soveltamiseen, jos rikokset ovat samankaltaisia ja tehty suppean ajan sisällä (esimerkkitapauksissa 3—4 samankaltaista rikosta). Ratkaisussa RHO 1236/1985 on lukumäärällä itsenäistä merkitystä, vaikka kyse ei ole samankaltaisesta uusimisesta:

> A tuomittiin rangaistukseen ammattimaisesta alkoholipitoisen aineen myynnistä. Vaikka A:ta ei aiemmin ollut tuomittu rangaistukseen vastaavanlaisista rikoksista, häneen sovellettiin RL 6 luvun 2 §:n 4-kohdan koventamisperustetta, koska hänen rikosrekisteristä ilmenevän rikollisuutensa ja nyt kysymyksessä olleen rikoksen suhde osoitti *rikosten lukumäärän huomioon ottaen* A:ssa ilmeistä piittaamattomuutta lain kielloista ja käskyistä. (Rikosrekisterin mukaan A oli vuodesta 1964 lähtien suhteellisen lyhyin väliajoin yli 20 kertaa tuomittu erilaisista omaisuus-, väärennys- ja liikennejuopumusrikoksista).

2.3.6. Rikosten törkeys

Uusimisankaroitumisen tausta-argumenttien mukaan myös aikaisempien ja odotettavissa olevien rikosten törkeyden tulisi vaikuttaa arviointiin. Eristämisprevention tavoittelu on sitä oikeutetumpaa, mitä vakavampia tulevaisuudessa odotettavat teot ovat. Aikaisemmin vain vähäisiin rikkeisiin syyllistynyt, mutta nyt vakavasta rikoksesta syytetty henkilö voi lisäksi torjua moraalisen moitteen vetoamalla "ensikertalaisuuteen" ja väittämällä, ettei hän milloinkaan ole syyllistynyt *tällaiseen* rikokseen (ks. *von Hirsch* 1981 s. 615-616).

Tämä jättää avoimeksi rikosten vakavuuden vaikutuksen toiseen suuntaan. Vanha uusimissäännöstö edellytti myös *uuden* rikoksen olevan määrättyä törkeysastetta (ks. HE 125/1975 II vp. s. 5). Uusi laki on sen sijaan selvästi tarkoittanut uusimisankaroitumisen ulotettavaksi myös lievempiin rikoksiin. Poikkeukseksi esitöissä kuitenkin asetetaan massarikokset, joiden mittaamisessa tulisi ''lähes yksinomaisena'' perusteena olla yhtenäisyys ja normirangaistukset (HE 125/1975 II vp. s. 13). Yhtenäisyys sinänsä ei kerro kohtelun perusteista, joten lausumalla lienee tarkoitetun yleistä pyrkimystä välttää vaikeammin arvioitavien subjektiivisten seikkojen sisällyttämistä vähäisten rikkeiden törkeysarvosteluun.[32] Käytännössä nämä ongelmat ratkeavat suureksi osaksi jo sen kautta, että rikosrekisterinote — joka säännönmukaisesti on ainoa aikaisempaa rikollisuutta koskeva tietolähde — hankitaan vasta, kun teosta saattaa seurata yli 6 kuukauden vankeusrangaistus.

2.3.7. Rangaistustuomion merkitys

Lakiteksti edellyttää ainoastaan aikaisempaa rikollisuutta, ei aikaisempia rangaistuksia. On tehty harkittu ero vanhan lain tapaan kytkeä uusimisvaikutus rangaistuksen suorittamiseen. Toisaalta ''. . . aikaisemmasta rikoksesta annettu varoittava tuomio on yleensä asiallinen, vaikka ei muodollinen edellytys sille, että uusimisen voidaan katsoa osoittavan säännöksessä tarkoitettua piittaamattomuutta'' (HE 125/1975 II vp. s. 13). Tähän suuntaan puhuvat myös yleiset uusimisankaroitumisen perusteet. Varoitusvaikutus edellyttää jo käsitteellisesti aikaisempaa reaktiota. Erityisen pahaa tahtoa tekijä voi osoittaa vasta murrettuaan aikaisemman rangaistuksen estevaikutuksen.

Argumentit tuo hyvin esiin aikaisemman rangaistustuomion merkitystä pohtinut *Lahti* (1977 s. 73): ''Tekijä on tällöin saanut konkreettisella tavalla kokea tekoaan sääntelevän lain kiellon tai käskyn sisällön, joten on ollut peruste vaatia häneltä tulevaisuudessa erityisen selvää tietoisuutta vastaavanlaisen tekonsa oikeuden (yhteiskunnan) vastaisuudesta. Alkuolettama näyttäisi siten olevan, että tällaisen uusijan, so. yhteiskunnan vastatoimenpiteen kouraantuntuvasti eikä vain etäisenä uhkana kokeneen, poikkeama keskimääräihmiseltä odotettavasta käyttäytymisestä on suurempi kuin ensikertalaisella ja että niin myös edellisen yksittäisteosta ilmenevä moitittavuus on suurempi kuin jälkimmäisen.'' Itse aikaisemman rangaistuksen laatu ei vaikuta. Asiallisin perustein voidaan jopa väittää, että jo kärsityt aikaisemmat ehdottomat vankeusrangais-

[32] Toisaalta esityöt antavat mahdollisuuden soveltaa koventamisperustetta poikkeuksellisesti myös massarikoksissa. (HE 125/1975 II vp. s.13).

tukset ovat tässä suhteessa muita seuraamuksia vähempimerkityksisiä (ks. tähän liittyen *Lahti* 1977 s. 74-75). Aivan selvää on, ettei uusimisvaikutus edellytä vapausrangaistuksen suorittamista (ks. *Lahti* 1977 s. 77-78).

Vahvistusta käsitykselle, että rikoksen toistaminen ilman väliin sijoittuvaa tuomiotakin saattaa vaikuttaa koventavasti rangaistukseen, saatiin korkeimman oikeuden tiedonannosta 1982 II 102. Tapauksessa syytetty oli syyllistynyt useampaan väkisinmakaamisrikokseen, tullut välillä kiinniotetuksi ja kuulustelluksi, mutta jatkanut tämän jälkeen toimintaansa. Muiden perusteiden ohella korkein oikeus totesi ottavansa rangaistuksia mitattaessa koventamisperusteena huomioon sen, "että syytetty oli jouduttuaan välillä kiinniotetuksi jatkanut rikoksiaan".

Niissä harvoissa tapauksissa, joissa uusimisankaroituminen tulisi kyseeseen ilman edeltävää tuomiota (tai muuta vastaavaa luotettavaa syyllisyyden vahvistavaa viranomaisreaktiota, ks. *Lahti* 1977 s. 74-75), voitaneen joka tapauksessa edellyttää, että aikaisempi rikos on selvästi uudesta rikoksesta erillinen (HE 125/1975 II vp. s. 13 ja *Lahti* 1977 s. 70). Milloin teot muodostavat jatketun rikoksen, eivät rikoksen osateot *Lahden* mukaan kelpaisi uusimissäännöksen tarkoittamaksi rikollisuudeksi (*Lahti* 1977 s. 76). Huomautus on aiheellinen, koska uusimissäännöksen sekä jatketun rikoksen edellyttämä rikosten välinen yhteys rakentuu suurelta osin samoille kriteereille (ks. *Lahti* 1977 s. 75, viitteineen).

2.3.8. Täydentäviä havaintoja

a) *Yhteisarvio.* — Uusimisankaroitumisen arvostelu on tyyppiesimerkki periaatepohjaisesta argumentaatiosta. Mukana on useita eri vahvuisia ja eri suuntaan vaikuttavia näkökohtia. Aikaisemmat rikokset ovat enemmän tai vähemmän samankaltaisia, niitä on vaihteleva määrä, niiden välillä on kulunut milloin pitempi, milloin lyhyempi aika, ne ovat osaksi suunniteltuja, osaksi suunnittelemattomia, osa törkeämpiä, osa lievempiä jne. Tämän yhteisarvioinnin ohjeeksi voi asettaa vain RL 6 luvun yleistavoitteen: ankarien rangaistusten kohdentamisen yleispreventiivisistä syistä harkittuun ja suunnitelmalliseen rikosten tekemiseen (HE 125/1975 II vp. s. 8). Tähän pyritään tekosyyllisyyttä ilmentävän piittaamattomuuskonstruktion kautta. Lahden suositusta seuraten uusimissäännöksen soveltaminen olisi vastoin lainkohdan henkeä, jos tuomioistuin "havaitsee olevan syytä kohdistaa moite uusimisesta tekijään pikemminkin tämän persoonallisuuspiirteiden tai vaarallisuuden tähden . . . kuin tämän uusimisellaan osoittaman erityisen intensiivisen "pahan tahdon" vuoksi" (*Lahti* 1977 s. 81). Lain edellyttämä piittaamattomuus ja "paha tahto" vuo-

rostaan on sitä vankemmin todistettu mitä enemmän harkintaa edellyttäviä, mitä lukuisampia, mitä lyhyemmin väliajoin ja mitä samankaltaisemmista rikoksista on kyse (ks. myös *Lahti* 1977 s. 69).

b) *Vähentynyt syyntakeisuus, motivointivaikeudet ja nuoruus.* — Uusimisankaroitumisen kytkeminen harkittuun ja tietoiseen lainrikkomiseen oikeuttaa edelleen päättelemään, että *vähentynyt syyntakeisuus* — tai sitä lähentelevä tila — viitannee monesti piittaamattomuutta koskevan edellytyksen täyttämättä jäämiseen (*Lahti* 1977 s. 84 viitteineen). Moitearvostelun kytkeminen *motivointimahdollisuuksiin* — jotka ovat hyvät juuri harkituissa teoissa — oikeuttaa niin ikään katsomaan, että milloin teko on tehty RL 6:3 tai 2 kohdassa tarkoitetuissa olosuhteissa, lainkohdan piittaamattomuusedellytys jää myös useasti täyttymättä. Tästä esimerkkinä HHO 2852/1984:

> Syytetty, jolla oli ollut aikomus vahingoittaa itseään ja joka sen vuoksi oli viety vankilan eristysosastolle, oli teljennyt itsensä selliin ja heittänyt häntä sellistä pois hakevia vartijoita lampusta rikkomillaan lasinpalasilla osuen vartijaan. Tuomittaessa syytetty rangaistukseen täyttä ymmärrystä vailla olevana tehdystä jatketusta rikoksesta, joka käsitti vahingonteon ja virkamiehen väkivaltaisen vastustamisen, otettiin huomioon *syytetyn henkilökohtaiset olosuhteet,* jotka *olivat omiaan heikentämään hänen kykyään noudattaa lakia,* ja katsottiin, *etteivät syytetyn syyksi nyt luetut rikokset suhteessa hänen aikaisempaan rikollisuuteensa näissä olosuhteissa* osoittaneet hänessä ilmeistä piittaamattomuutta lain kielloista ja käskyistä.

On myös muistettava piittaamattomuusarvioinnin tapahtuvan *sekä aikaisemman että uuden* rikoksen perusteella. Poikkeukselliset teko-olosuhteet ja vähentynyt syyntakeisuus ovat siten merkityksellisiä ratkaisuperusteita myös *aikaisempaa* rikosta/rikoksia koskevana (ks. myös *Lahti* 1977 s. 86-87).

Nuoret ovat myös uusimisankaroitumisen suhteen perinteisesti olleet erityisasemassa. Vanhan lain mukaan alle 18-vuotiaana tehdyt rikokset jäivät huomiotta. Uusi laki ei tässä suhteessa kohtele nuoria muista poikkeavasti. Ankaroitumisen kytkeminen harkittuun rikosten tekemiseen oikeuttaa esitöiden mukaan kuitenkin nuorten lievempään kohteluun, sillä nuorten rikokset saattavat johtua pikemminkin nuoruuden harkitsemattomuudesta ja epäkypsyydestä kuin säännöksen tarkoittamasta piittaamattomuudesta». (HE 125/1975 II vp. s. 13) *Lahden* tavoin voidaankin suosittaa, että uusimissäännöksen soveltaminen nuoriin henkilöihin (myös yli 18-vuotiaisiin, jos aikaisemmat rikokset on tehty alle 18-vuotiaana) jäisi poikkeukselliseksi (*Lahti* 1977 s. 87).[33]

[33] Taustalla olevat kriminaalipoliittiset näkökohdat eivät mitenkään edellytä, että teot olisivat tehdyt tai tuomitut kotimaassa (samoin *Hiltunen* 1951 s.46 ss, ks. myös LavM 1/1976 s.3, *Lahti* 1977 s.70 VHO:n päätöksellä 498/1985 Ruotsissa aikaisemmin useaan otteeseen rangaistu henkilö tuomittiin Suomessa RL 6:2 4-kohtaan soveltaen. Samalla kannalla on myös Saksan liittotasavallan oikeus (*Schönke-Schröder* 46 § 32.).

c) *Huono maine mittausperusteena.* Saksalaisella kielialueella esitettyjen käsitysten mukaan mittaamisessa voitaisiin ottaa huomioon myös huono maine ja rankaisematon, mutta "oikeusvihamielisyyttä" osoittava käyttäytyminen (ks. tarkemmin *Bruns* 1974 s. 586-587). Nämä ovat puhtaita tekijärikosoikeudellisia argumentteja, eikä niiden hyväksymiseen Suomessa ole mitään perusteita.[34] Näin vaatii jo legaliteettiperiaate: ei ole oikeutta koventaa rangaistusta ja rangaista toiminnasta, joka — joskin ehkä moraalisesti väärin — on periaatteessa rankaisematonta. Samat syyt, jotka ovat jättäneet nämä käyttäytymismuodot kriminalisointien ulkopuolelle, pätevät myös pohdittaessa niiden merkitystä mittaamisperusteena (näin myös *von Hirsch* 1981 s. 610-611).

> Mittaamisperusteet heijastelevat herkästi yhteiskunnassa vallitsevia moraalikäsityksiä, ja on aina oltava valmis vastaamaan, ovatko nämä käsitykset sellaisia, että niiden edistäminen ja vahvistaminen on luvallista rikoslain keinoin. Historiallisena kuriositeettina tässä yhteydessä käy saksalainen oikeuskäytäntö ja mittaamisoppi, joka toisen maailman sodan jälkeen kehitteli teemaa "Soldatische Führung und Strafzumessung" (*Schönke-Schröder* 1942 13 § VIII). Arvovaltaisin rikoslain kommentaari mainitsikin vuoden 1942 painoksessaan ensimmäisenä mittaamisperusteena "ansiokkaan toiminnan sodassa". Virallisen tulkinnan mukaan sotilaana toimiminen ja isänmaan etujen puolustaminen on nyttemmin "useimpien rikosten" (!) yhteydessä vailla merkitystä (*Bruns* 1974 s. 589-590).

2.4. Uusimisankaroituminen ja oikeusseuraamuksen valinta

Varoitusvaikutukseen perustuva uusimisankaroituminen oikeuttaa lajin vaihtoon sakosta ehdolliseen vankeuteen. Aikaisempaa tehokkaampaan varoittamiseen voi pyrkiä myös korottamalla päiväsakkojen lukumääriä. Koska rangaistusajan pituudella ei ennen ehdollisen vankeusrangaistuksen täytäntöönpanoa ole tuomitulle reaalista merkitystä, rangaistusajan pidentäminen tuskin on perusteltavissa ainakaan varoitusvaikutukseen nojaten. Varoitusvaikutus ei myöskään perustele siirtymistä ehdollisesta ehdottomaan vankeuteen. Sen sijaan tähän on tarve, jotta ehdollinen vankeus säilyttäisi seuraamuksena uskottavuutensa. Eristämisvaikutus perustelee lajivaihdon ehdollisesta ehdottomaksi sekä ehdottoman vankeuden vankeusajan pidentämisen. Syyllisyysperustelut

[34] Argumentaation tekee oikeusturvanäkökohdista erityisen arveluttavaksi esim. *Brunsin* tapa myöntää halukkaasti aikaisemmalle elämäntavalle *raskauttava* vaikutus. Sen sijaan hän suhtautuu jo huomattavasti varauksellisemmin nuhteettoman elämäntavan *lieventävään* vaikutukseen, (ks. *Bruns* 1974 s.587-588 ja sama 1980 s.197-198, jälkimmäisessä suhteessa hieman myönteisemmin *Schönke-Schröder* 46 § 30 ja *Dreher-Tröndle* 46 § 24, ks. myös *Hirsch* LK 46 § 84).

vakuuttavat lähinnä muita kuin laitosseuraamuksia käytettäessä. Moraalisiin näkökohtiin perustuva ensikertalaisuuslievennys rajoittaa uusimisankaroitumisen kumuloitumista; se edellyttää vain, että ensikertalaisia kohdellaan muita lievemmin.

Uusimisankaroitumisen myötä seuraamusjärjestelmä rakentuu porrasmallin varaan (ks. esim. *Elwin* 1976). Rikosten toistuessa siirrytään vähä vähältä kohden ankarampia vaihtoehtoja ja viimeisenä odottavaa ehdotonta vankeusrangaistusta. Viimeisellä portaalla ainoa uskottava motiivi nojaa eristämistavoitteeseen. Syyllisyysperustelut ovat menettäneet merkitystään heikentyneiden lainnoudattamismahdollisuuksien myötä samalla kun laitosten outouteen liittyvät pelot ja niiden myötä toivo varoitusvaikutuksen saavuttamiseksi ovat laimenneet. Mietittäessä taas uusimisen merkitystä ehdottoman vankeusrangaistuksen mittaamisperusteena, on otettava huomioon useampia seikkoja. Näihin kuuluvat mm. eristämistavoitteeseen yleensä liittyvät epävarmuustekijät (mm. false positives ongelma) sekä yleiset kustannus/hyöty näkökohdat. Ennen kaikkea on kuitenkin huomattava, ettei uusimisankaroituminen rajoitu uudesta rikoksesta tuomitun rangaistuksen ankaroittamiseen. Myös aikaisemmat ehdolliset vankeusrangaistukset voivat tulla pantavaksi täytäntöön. Sama koskee mahdollista jäännösrangaistusta.[35] Uusijan pääsy ehdonalaiseen vapauteen lykkääntyy myös, milloin kyse on vankeinhoidollisesta uusijasta (ensikertalainen vapautuu laitoksesta yleensä kun rangaistuksesta on suoritettu puolet, uusija kun tuomiosta on enää jäljellä neljännes). Nämä täytäntöönpanoa koskevat määräykset on otettu Ruotsin vapausrangaistuskomitean ehdotuksissa huomioon siten, että uusimisankaroituminen rajoittuisi mittaamisessa koskemaan vain sakon ankaruutta ja lajivalintaa. Sillä ei olisi vaikutusta pohdittaessa ehdottoman vankeusrangaistuksen pituutta. Tältä osin tarvittava sanktioiden kovennus sisältyy aikaisemman jäännösrangaistuksen täytäntöönpanoon (ks. SOU 1986:14 s.425-426 ja 463-465). Ehdotus vastaa monessa suhteessa tämän tarkastelun tuloksena saatuja suosituksia. Etenkin milloin syytetyn aikaisemmat ehdolliset vankeusrangaistukset menevät täytäntöönpanoon, on syytä välttää uusimiskovennusta. Kankea sanktiojärjestelmämme johtaa po: tilanteissa muutoinkin tarpeettoman jyrkkiin hyppäyksiin.

[35] Toisaalta ehdonalaista vapauttamista koskevat nykyiset säännökset (RTA 2:16 §) johtavat siihen, että jäännösrangaistuksen vaikutus vapautumisen ajankohtaan on vain välillinen (määräosat lasketaan yksinomaan uudesta rangaistuksesta, mutta laitoksessa vietettävä minimiaika on kuitenkin 6 kk).

3. Vähentynyt syyntakeisuus

3.1. Syyntakeisuudesta

Syyntakeisuuden määritelmissä on viitattu vuoroin toimintakykyisyyteen, vuoroin rangaistuskelpoisuuteen (ks. *Honkasalo* II s.24 ss). Syyntakeisuuden suhde rikoksen rakenneosiin ja etenkin syyllisyyteen on myös epäselvä. *Honkasalo* määrittää syyntakeisuuden syyllisyyden ainesosaksi. Syyntakeisuuden puuttuessa puuttuu myös syyllisyys (*Honkasalo* II s. 25 ja 31). *Anttila-Heinosen* mukaan kyse on kyvystä rikosoikeudelliseen vastuuseen. Syyntakeetonkin voi syyllistyä rikokseen (''tehdä tahallisesti tai tuottamuksellisesti oikeudenvastaisen teon''). Rangaistuksesta luopuminen ei perustuisi syyllisyyden puuttumiseen vaan syyntakeetonta koskevaan ''poikkeukselliseen säännöstöön'' (*Anttila-Heinonen* 1977 s.133).

Syyntakeisuuden luonnehdintaan ja määrittelyyn vaikuttavat paitsi laajemmat rikoksen rakennetta koskevat perusratkaisut (ks. *Utriainen* 1983 s.334 ja mts. alav. 688), myös perustavat kriminaalipoliittiset lähtökohdat. Niinpä syyntakeisuuden määrittely rangaistuskelpoisuudeksi - kyvyksi olla jossain järkevässä merkityksessä rangaistuksen kohteena - käy läheisesti yhteen niiden katsomusten kanssa, joiden mukaan rangaistuksella todella tavoitellaan sellaisia vaikutuksia, joiden saavuttaminen vaatii kohteeltaan erityisiä ominaisuuksia. Tästä ovat hyvänä esimerkkinä erityisestävät teoriat. Syyntakeisuuden yhdistäminen toimintakykyisyyteen taas painottaa moraalista näkökulmaa ja kytkeytyy rikosoikeudessa klassiseen sovitusajatukseen.

Kysymys ei ole pelkistä opillisista ratkaisuista. Valintoihin eri vaihtoehtojen välillä liittyy useita käytännön seurauksia.[36] Rangaistuskelpoisuuteen ja toimintakykyisyyteen vaikuttavat eri seikat. Rangaistuskelpoisuutta ja erityispreventiivistä ajattelua korostettaessa ratkaisevana on tuomiohetken tilanne. Toimintakykyisyyden kannalta ratkaisee taas tekohetki. Rikoslain syyntakeettomuussäännöksissä on näistä kahdesta edustettuna jälkimmäinen (ks. myös *Lahti* 1979 s.225-226). Paino olisi siis toimintakyvyllä ja sitä kautta moraalisilla syyllisyysnäkökohdilla. Samalla kannalla on myös rikosoikeuskomitea. Mietinnössä korostetaan, että jako syyntakeettomiin ja syyntakeisiin onkin tarpeen vain järjestelmässä, joka perustuu moitteen ilmaisemiseen. Toisaalta sen argumentoinnissa korostuu myös tarkoituksenmukaisuusnäkökulma. Syynta-

[36] Honkasalo ei tunnu tekevän selvää valintaa kummankaan katsomuksen välillä, vaan toistaa tässä yhteydessä Serlachiuksen luonnehdinnan, jonka mukaan syyntakeisuus edellyttää toiselta puolen henkistä kypsyyttä, toiselta puolen henkistä terveyttä (*Honkasalo* II s.26). Tässä on kuitenkin jo siirrytty määritelmästä syyntakeisuuden kriteereihin.

keettomien rankaisematta jättämistä voidaankin komitean mukaan perustella sillä, että rankaiseminen on näissä tapauksissa sekä epätarkoituksenmukaista että syyllisyysperiaatteen vastaista ja siis epäoikeudenmukaista.[37] Syyntakeettomuuden ehdoksi komitea asettaa, että henkilöiltä on "siinä määrin puuttunut kyky tajuta tekonsa tosiasiallinen tai moraalinen luonne taikka puuttunut käyttäytymisen vapaus, että olisi kohtuutonta kohdistaa häneen moitetta" (Rikosoikeuskomitea 1976:72 s. 113).[38]

Vähentynyttä syyntakeisuutta koskevalla säännöksellä (RL 3:4) perustettiin täyden vastuun ja rankaisemattomuuden välille lievemmin rangaistavien tapausten ryhmä. Näin molempien säännösten taustasyyt ovat yhtenevät. Rikosoikeuskomitean kannan mukaan vähentyneesti syyntakeisten ryhmä tulisikin määritellä samojen periaatteiden mukaan kuin syyntakeettomuus. Tarkasteltaessa vähentynyttä syyntakeisuutta moraalisen moitteen kannalta, on siis kyse perusteesta, joka vaikuttaa rangaistusta lieventävään suuntaan. Siitä, että kyse on asteikollisesta suureesta ei liene enää epäselvyyttä (ks. myös *Aromaa* 1972 s.4-6). Toinen asia on, että moraalisiin näkökohtiin perustuvan lievennyksen ohella tarkoituksenmukaisuussyyt voivat taas edellyttää toimenpiteitä, jotka merkitsevät rangaistuksen tosiasiallista ankaroittamista. Aluksi tarkastellaan ensimmäistä tilannetta.

3.2. Ymmärryksen puute ja moitteen lieventäminen

Rikosoikeuskomitean mukaan syyntakeisuuden asteen määrittämisessä olisi kiinnitettävä huomio (a) tekijän kykyyn käsittää teon tosiasiallinen luonne, (b) kykyyn erottaa oikea väärästä ja oivaltaa teon moraalinen luonne sekä (c) kykyyn säädellä käyttäytymistään (Rikosoikeuskomitea 1976 s.114). Kyky ymmärtää teon tosiasiallinen luonne voi olla alentunut mm. älyllisen heikkouden vuoksi (vajaamielisyys). Kyky ymmärtää tekonsa yhteiskunnallinen ja moraa-

[37] Rikosoikeuskomitea 1976:76 s.112, ks. myös *Lahti* 1979 s.232. Argumentointi palautuu lopulta yleiseen konformiteettiperiaatteeseen, joten tässä yhteydessä riittää viittaus aikaisempaan esitykseen (jakso III.A. sekä erityisesti suorasta yleispreventiivisestä argumentaatiosta ks. *Honkasalo* II s.25, *Ross* 1974 s.283 ja vrt. *Morris* 1983 s.143-144).

[38] Ks. myös *Lahti* 1987 s.2-3, jossa todetaan kuinka "eri maiden rikoslaeissa on säilynyt vallitsevana piirre, että tekijän syyntakeisuus eli hänen *psyykkisistä ominaisuuksistaan johtuvan määräntynlainen kykynsä käyttäytyä lainmukaisesti* katsotaan edellytykseksi hänen saattamiselleen rikosvastuuseen - ei vain edellytykseksi (määrätynlaisten) rangaistusten käytölle." (kurs. tässä). Kirjoituksessa *Lahti* 1981 s.177 syyntakeisuudella tarkoitetaan "lainrikkojan henkilökohtaisille ominaisuuksille (psykofyysisille kyvyille) asetettavien vaatimusten kokonaisuutta, joiden täyttyessä henkilöä on pidettävä rikosoikeudellisesti vastuunalaisena rangaistavaksi säädetystä teostaan".

linen merkitys on usein sidoksissa koulutukseen ja kasvatukseen. Myös tunne- ja tahtoelämän häiriöillä voi olla vaikutusta useammankin syyntakeisuuskriteerin kannalta. Tällöin puhutaan usein psykopatiasta tai luonnevikaisuudesta. Honkasalon mukaan luonnevikaisuus voidaan huomioida RL 3:4:n mukaisena vähentämisperusteena, milloin se on ollut vaikeana esteenä asianomaisen henkilön kykeneväisyydelle normin mukaiseen suhtautumiseen (*Honkasalo* II s.55 ja 74).

Syyntakeisuuteen vaikuttavien yksittäisten perusteiden selvittely on mahdollista vain erityistutkimuksin. Vaikka kyseessä on juridinen ja viime kädessä moraalinen käsite (kyse on siitä, mitä kultakin voi vaatia ja kuka voidaan asettaa vastuuseen), on lääketieteellisellä ja psykiatrisella asiantuntemuksella kriteerien erittelyssä olennainen merkitys. Niiden esittelyn sijasta[39] on tässä syytä kiinnittää huomio asian juridis-moraaliseen puoleen sekä syyntakeisuuden ja syyllisyysarvostelun yhtymäkohtiin. Kuten näitä rikosoikeuskomitean luettelemista kriteereistä ilmeni, tuntuvat ne kaikki liittyvän perinteisen syyllisyysarvioinnin piiriin. Ne sisältävät syyksiluettavuuden, normatiivisuuden ja kontrolloitavuuden ongelmat. *Lahti* onkin todennut rajan syyllisyyden normatiiviseen aineosaan hämärtyvän komitean esityksessä (*Lahti* 1979 s. 234 viitteineen). Sama vahvistuu mittaamissäännöstön esitöitä tarkasteltaessa. Mittaamisessa vaikuttavan ja RL 6:1:ssä mainitun syyllisyyden vahvistamisesta todetaan yhtäältä, että "tekijän syyntakeisuutta tässä ei kuitenkaan tarkoiteta, vaikka syyntakeisuuden toteaminen on osa syyllisyysarviointia" (HE 125/1975 II vp.s.9), mutta myöhemmin jatketaan: "syyllisyyden arvioinnissa on otettava huomioon tekijän syyntakeisuuden aste, joka yleensä vaikuttaa kykyyn noudattaa lakia" (HE 125/1975 11 vp. s. 10).

Syyntakeisuuden asteen ja toisintoimimismahdollisuuden yhteenkytkeminen johtaa väistämättä määrättyyn käsitteelliseen päällekkäisyyteen. Kysymykseen tässä sen syvemmin puuttumatta lienee muutama huomautus paikallaan. Jos verrataan mahdollisia alentuneen syyntakeisuuden tilanteita niihin, joissa normatiivinen syyllisyys on aikaisemman esityksen perusteella heikentynyt, on niiden välillä tietty ero. Milloin kyse oli normatiivisen syyllisyyden alentumisesta motivointivaikeuksien vuoksi, nuo vaikeudet peräytyivät usein *ulkoisiin, tekijän psyykkeestä tavallaan irrallaan oleviin ja tilapäisiin tekohetkisiin seikkoihin.*[40] Niiden toteamiseksi ei tarvita lääketieteellistä eikä psykiatrista asi-

[39] Syyntakeisuuteen vaikuttavia tiloja on käsitelty varsin laajaan Martti Kailan oikeuspsykiatrian pohjalta erityisesti Honkasalon oppikirjassa (*Honkasalo* II s.24-75 erit. s.55 ss, ks. myös *Forsman* 1930 s.74 ss. ja *Serlachius* 1909 s.117 ss). Uudemmista psykiatrisista kannanotoista ks. Oikeuslääketiede 1981 s.85-89.

[40] Selvennykseksi todettakoon, ettei syyntakeettomuus edellytä pysyvää sielullista de-

antuntemusta. Sen sijaan syyntakeisuusarvioinnissa on harvemmin kyse puhtaasti ulkoisista tilannekohtaisista olosuhteista. Kysymys on *pysyvämmistä persoonallisuutta koskevista tiloista.* Eroa voisi siis luonnehtia lähinnä siten, että kun normatiivista syyllisyysmoitetta alentaa usein toisintoimimismahdollisuuden heikkeneminen *tilapäisen ulkoisen seikan* vaikutuksesta, syyntakeisuus on alentunut *pysyvämmän psyykkisen ominaisuuden* vuoksi.

Kun lievennys perustuu määrätyn psyykkisen epänormaalisuustilan vaikutukseen, on luonnollisesti osoitettava tuon tilan ja heikentyneen motivointikyvyn välinen yhteys. Psyykkiset häiriöt eivät välttämättä vaikeuta käyttäytymistä kaikilla aloilla. Jos tekijä on syyllistynyt useampaan rikokseen, voi lievennys kohdistua siis vain osaan rikoksista (ks. myös *Lahti* 1979 s.226, 1981 s. 178 ja sama 1987 s.4). Toisintoimimismahdollisuuden heikkeneminen ja tuon yhteyden todistaminen on vuorostaan sitä tärkeämpää, mitä lievemmän asteen psyykkisestä poikkeamasta on kyse. Samalla arvioinnissa vähenee vastaavasti varsinaisen psykiatrisen asiantuntemuksen paino suhteessa normatiiviseen argumentaatioon (näin *Lahti* 1987 s.4).

Käytännössä syyntakeisuuslausunnoissa ja niiden myötä päätösperusteluissa tunnutaan panevan painoa teon taustana olevan psyykkisen häiriön laadulle, tekijän persoonallisuuden koostuneisuudelle tekohetkellä sekä tekijän toisintoimimismahdollisuudelle. Niiden keskinäinen suhde ja painoarvo kuitenkin vaihtelevat (ks. erit. *Lahti* 1981 s.187 ja sama 1987 s.9-15). Syyntakeisuusongelmien havainnollistamiseksi tässä riittänee KKO:n viimeisimmän tiedonannon esittely (KKO 1985 II 134).

> Tapauksessa syytettynä oli useita kymmeniä kertoja lähinnä omaisuusrikoksista tuomittu ja vuonna 1962 antisosiaalisen ja asosiaalisen luonnevikaisuuden vuoksi vähentyneesti syyntakeiseksi todettu mies. Jutun käsittelyn kuluessa KKO antoi uuden määräyksen mielentilatutkimuksen suorittamisesta. *Tutkineen lääkärin* lausunnossa todettiin, kuinka syytetyn persoonallisuus oli kuluneiden vuosikymmenten aikana "kiteytynyt antisosiaalisten piirteiden suuntaan ja nuo piirteet olivat suuressa määrin hänen itsensä hyväksymän elämänmuodon osa". Vaikka tuon lausunnon mukaan "*yhteiskunnanvastaisuutena ilmenevää luonnehäiriötä ei sinänsä pidettäisi (nykykäytännössä) syyntakeisuutta alentavana teki-*

---

fektiä. Jo RL 3:3[2] säätää syyntakeettomuuden perustavaksi tilaksi satunnaisen mielenhäiriön. Tällaisessa tilassa on Honkasalon mukaan henkilö, "jonka sielunelämä ei ole yleensä defektin vaivaama, mutta joka jonkin tilapäisen syyn, kuten kuumetaudin, myrkytyksen, aivotärähdyksen, tunnottomuuteen asti menevän päihtymyksen vuoksi on menettänyt syyntakeisuuden edellyttämän tietoisuuden tai tahtomiskyvyn" (*Honkasalo* II s.29, ks. myös sama s.39 ss sekä 74). Ks. myös mitä jaksossa 4.3.5 on esitetty juopumuksesta.

jänä'', syytetyn persoonallisuuden kehitystä oli varsin suuressa määrin ohjannut paranoidinen peruspatologia. Lopputuloksena lausunnossa päädyttiin siihen, että syytetyn ''*normisto on puutteellisesti sisäistynyt ja hänen kykynsä tehdä valintoja oli erittäin rajoittunut*'', ja tekijän katsottiin olleen syytteenalaisten tekojen aikana täyttä ymmärrystä vailla. - *Lääkintöhallitus* (huomauttaen tutkimusaineiston jääneen tutkittavan yhteistyöhaluttomuuden vuoksi huomattavan niukaksi) katsoi, että ''huolimatta L:n vaikeasta luonnehäiriötä *ei hänen kykyään käsittää syytteessä tarkoitettujen tekojen tosiasiallista luonnetta ja kykyä säädellä käyttäytymistään voitu pitää siinä määrin alentuneena,* että häntä voitaisiin pitää alentuneesti syyntakeisena''. - *KKO:n enemmistö* päätyi lääkintöhallituksen kannalle. - *KKO:n vähemmistö* (2 jäsentä ja esittelijä) päätyi lausunnon antaneen lääkärin kannalle. Yksi jäsenistä perusteli ratkaisuaan viitaten aikaisempaan mielentilatutkimukseen todeten, ettei mikään osoita, että ''L:n kyky arvioida oikein toimintansa ja ohjata sitä olisi parantunut vuoden 1962 jälkeen . . . myöskään ei ole tapahtunut sellaista psykiatrisen tietouden taikka lainsäädännön muutosta, joka oikeuttaisi arvioimaan uudelleen L:n rikosoikeudellista syyntakeisuutta''. Esittelijän muistiossa korostettiin mm, että ''L:n kyky tehdä valintoja on olennaisesti heikentynyt ja että hänen henkinen rakenteensa ohjaa häntä pakonomaiseen käyttäytymiseen''. Toinen esittelijän muistioon yhtynyt eri mieltä oleva jäsen lisäsi vielä, että ''L:sta esitetyt tiedot oikeuttavat päättelemään, ettei hänen paranoidisesta peruspatologiasta johtuva luonnehäiriönsä ole hänen omien kykyjensä mukaan hallittavissa eikä parannettavissa. . .''. - Enemmistö tuomitsi täydessä ymmärryksessä tehdystä törkeästä varkaudesta 1 v 4 kk ja jatketusta petoksesta 4 kk vankeutta. Vähemmistö tuomitsi samoista rikoksista täyttä ymmärrystä vailla tehtyinä 1 v ja 3 kk vankeusrangaistukset.

Esitetyissä kannanotoissa kiinnittyy huomio ensinnäkin tutkineen lääkärin (dosentti Tuovinen) huomautukseen, jonka mukaan luonnevikaisuus ei nykykäytännön mukaan yksin perusta vähentynyttä syyntakeisuutta (vrt. kuit. Oikeuslääketiede 1981 s.89). Lääkintöhallitus ja KKO:n enemmistö päätyivät lopulta tulkintaan, jossa korostui varsin voimakkaasti toisintoimimismahdollisuus syyntakeisuuden ehtona. Tämä vastaa myös rikosoikeuskomitean linjaa, mutta tuntuu eroavan jossain määrin KKO:n aikaisemmasta ratkaisusta 1977 II 3. Siinä paino oli pikemminkin psykiatrisilla seikoilla, siis persoonallisuuden koostuneisuudella ja siinä, kuinka hyväksytysti, ristiriidattomasti ja jäsentyneesti rikos oli tapahtunut (ks. *Lahti* 1979 s.231-232, 1981 s.178 ja sama 1987 s.13).

Toisintoimimismahdollisuutta painotettaessa paljon tietysti ratkeaa sen mukaan, millaista näyttöä toimimiskyvystä käytännössä edellytetään. Tähän on myös kiinnittänyt huomiota ratkaisua KKO 1985 II 134 arvioinut Lahti (*Lahti*

1987 s.14-15). Mahdollisuudet tuollaisen näytön hankkimisessa ovat teoreettisesti vähäiset. Tämä velvoittaa yleisesti tiettyyn varovaisuuteen moraalisten tuomioiden langettamisessa (*Ofstad* 1980 s.138-139). Yleisten syyllisyysoppien kannaltahan on selvää, että toisintoimimismahdollisuuden todistaminen ei edellytä todistusta ''tahdon vapaudesta''. Riittää kun henkilöltä yleisen elämänkokemuksen perusteella on kohtuudella voitu vaatia lain mukaista suhtautumista (näin Rikosoikeuskomitea 1976 s.112-113 ja edellä jakso III.A.4.1.). Tämä on omiaan johtamaan eräänlaiseen keskimääräisarviointiin ja vastuuehtojen objektivoitumiseen. Rutiinitilanteissa - milloin ei ole syytä olettaa tapaukseen liittyneen mitään epätavallista - tästä tuskin aiheutuu ongelmia. On kuitenkin syytä huomata, että syyntakeisuuskysymykset liittyvät *psyykkisiin poikkeustilanteisiin*. Tällaisissa tapauksissa on varaa joustaa yleisprevention edellyttämästä, ja otaksuttuun keskimääräiskykyyn nojaavasta yleisestä syyllisyysvastuusta. Täyden vastuun määrääminen tilanteissa, joissa henkilöllä kiistatta on psykiatrinen tausta ja useita hoitokertoja takanaan pelkästään siihen vetoamalla, että syytetyltä yleisen elämänkokemuksen valossa olisi voitu vaatia lainmukaista menettelyä, edustaa arveluttavan objektivoitunutta ja yleistävää syyntakeisuustulkintaa.

3.3. Luonnevikaisuus ja riskiarviot

Ainakin vanhemmassa oikeuskäytännössä on vähentyneesti syyntakeisiin luettu - vastoin rikoslain alkuperäistä tarkoitusta (Rikosoikeuskomitea 1976 s.114) - myös luonnevikaisten rikoksentekijöiden ryhmä. Näissä tapauksissa rangaistuksen lieventäminen on usein kriminaalipoliittisesti epämielekästä. Rikosoikeuskomitea esittääkin, että samalla kuin vähentynyt syyntakeisuus oikeuttaa minimin alittamiseen ja käyttämään lievempiä rangaistuslajeja, tulisi aina olla mahdollisuus myös täyden rangaistuksen tuomitsemiseen (Rikosoikeuskomitea 1976 s.114). Vähentyneeseen syyntakeisuuteen (tai ainakin tätä säännöstä soveltaen tuomittuihin tapauksiin) voikin liittyä myös vaatimus rangaistusten koventamisesta. Tälle löytyy kaksi selitystä (ks. seuraavan johdosta erityisesti *Morris* 1983 passim).

Käyttäytyminen, jota on vaikea selittää ja joka tuntuu ulkopuolisen tarkkailijan kannalta irrationaaliselta, ja siinä mielessä kontrolloimattomalta, voi herättää pelkotiloja pelkällä outoudellaan. Nuo pelot kanavoituvat helposti vaatimuksiin rangaistusten koventamisesta - siitä huolimatta, ettei käyttäytymiseen liity varsinaista turvallisuusriskiä (vrt. tirkistelijät ja ''namusedät''). Vaikka nämä kovennusvaatimukset ovat sosiaalipsykologisesti ymmärrettäviä, ovat ne usein sikäli empiirisesti perusteettomia, ettei po. käyttäytyminen edusta todel-

lista vaaraa rikoslailla suojatuille eduille (*Morris* 1983 s.144-145). Tämänkaltaisille tuntemuksille ei tulisi myöskään antaa kriminaalipolitiikassa kovin suurta merkitystä.

Useimmiten sanktioiden kovennus pohjaa kuitenkin luonnevikaisuuteen liittyvään uusimisriskiin. Tällöin syyntakeisuusproblematiikka kytkeytyy tuon käsitteen erityispreventiiviseen tulkintaan ja rangaistuskelpoisuuteen. Nyt paino on syytetyn tilassa tuomion hetkellä. Lisäksi kysymys on tulevaisuudessa otaksuttavasti pitempään jatkuvasta psyykkisestä häiriötilasta. Vähentynyttä syyntakeisuutta käsitellyt *Serlachius* torjuikin rangaistuksen lievennyksen, milloin vähentynyt syyntakeisuus perustui "pysyväiseen henkiseen vajaamittaisuuteen". Tämän ryhmän varalle kirjoittaja ehdotti pakkohoitolaa (*Serlachius* 1909 s.119-120, samoin *Honkasalo* II s.74-75). Uudistettaessa pakkolaitoslakia 1950-luvun alussa vähentynyttä syyntakeisuutta koskevassa säännöksessä tarkoitettua vajaakykyisyyttä pidettiinkin sellaisena tekijän vaarallisuutta ja uusimistodennäköisyyttä lisäävänä ominaisuutena, jonka vuoksi henkilö tulisi voida eristää pakkolaitokseen helpommin edellytyksin kuin terve rikoksentekijä (ks. *Lahti* 1979 s. 228-229). Tehdyn arvion mukaan vähentynyt syyntakeisuus lisäsikin vuoden 1953 uudistuksen jälkeen eristämisriskiä. Vuoden 1971 uudistuksen jälkeen suurin osa vaarallisina rikoksenuusijoina eristetyistä on tuomittu vähentyneesti syyntakeisena (*Minkkinen-Pihlajamäki* 1987).

Myös vähentyneesti syyntakeisten riskiarvioinneissa on erittelemättömän intuition sijasta pyrittävä turvaamaan systemaattiseen tutkimustietoon. Tutkimusten perusteella on ilmeistä, ettei mielisairaus ja psyykkinen epänormaalisuus välttämättä korreloi rikolliseen käyttäytymiseen (ks. jakso II.E.3.2.3 sekä *Morris* 1983 s.147). Kaikki vähentyneesti syyntakeiset eivät edusta keskimääräistä suurempaa uusimisriskiä.

Niissäkin tapauksissa, joissa uusimisriskin voi perustellusti sanoa olevan keskimääräistä suuremman, on otettava huomioon, paitsi tuomittavan rikoksen törkeys, myös odotettavissa olevien rikosten vakavuus ja todennäköisyys, virhe-ennusteiden mahdollisuus sekä tavoiteltu päämäärä suhteessa käytössä oleviin keinoihin.

Mitä keinoihin tulee, on jo lähtökohtaisesti edellytettävä, että liikutaan ehdottoman vankeusrangaistuksen ja eristämisvaikutuksen alueella. Vaikka sakon koventamisella voisi muissa tekijäryhmissä olla määrätty varoitusvaikutus, se tuskin hillitsee pakonomaisesti käyttäytyvää psykopaattia. Toisaalta ehdoton vankeusrangaistus edustaa viimeistä keinoa, johon on lupa turvata vasta kun tehty rikos ja odotettavissa olevat rikokset ovat laadultaan ja määrältään sellaisia, että eristäminen kaikkine haittavaikutuksineen ja virheriskeineen on

kaikki muutkin mittaamisessa huomioonotettavat arviointikriteerit rationaalisesti hyväksyttävissä oleva lopputulos. Luonnevikaisuus yksin ei oikeuta näistä ehdoista poikkeamiseen. Jos tuomittavana on vähäinen, mutta melkoisella varmuudella toistuvaksi odotettavissa oleva rikos (vrt. esimerkiksi kleptomaanit), ei rikosten uhka riitä perusteeksi eristämiselle (sen enempää kuin sakkorangaistuksen koventamiselle). Tällaisessa tilanteessa vähentyneesti syyntakeisen korkea uusimisriski on siis tarkoituksenmukaisuusargumentointiin pohjaavana koventamisperusteena irrelevantti. Sen sijaan toimimiskykyyn liittyvät moraaliset seikat voivat johtaa sanktion lievennykseen.

Silloinkin kun ehdottoman vankeuden käyttö on jo lähtökohtaisesti perusteltua, on luonnevikaisuuteen liittyvä uusimisriski vain yksi mittaamisperuste muiden joukossa. Ajatukseen, että mittaamisstrategian valinta on joko- tai ratkaisu on tässä tutkimuksessa suhtauduttu skeptisesti. Siitä, että joillakin preventioargumenteilla on määrätilanteessa erityinen paino ei seuraa, että voidaan samalla unohtaa muut argumentit. Oikeudenmukaisuusargumenttien ja tarkoituksenmukaisuusargumenttien painotukset vaihtelevat ilman, että on mahdollista jakaa ratkaisutilanteita puhtaisiin oikeudenmukaisuus ja puhtaisiin tarkoituksenmukaisuusratkaisuihin. Toisaalta, jokin periaate tai argumentti saa päätöksissä kyllä aina muita keskeisemmän — ratkaisua tavallaan luonnehtivan aseman. Niin kauan kuin kysymys on rikosoikeudellisen rangaistuksen mittaamisesta, tällaisena *johtavana periaatteena on suhteellinen oikeudenmukaisuus.* Tämä periaate ei luovuta asemaansa eristämistehon tavoittelulle meidän järjestelmässämme muutoin kuin VaarRikL:n ehdot täyttävissä tapauksissa. Tämän linjan teoreettiset, empiiriset ja kriminaalipoliittiset perustelut on esitetty luvussa III. Niin kauan kuin kysymys on rikosoikeudellisen rangaistuksen käytöstä, on tehtyä lopputulosta kyettävä puolustamaan kaikki mittaamisperusteet huomioon ottaen oikeudenmukaisena ja kohtuullisena rangaistuksena. Selvät poikkeamat oikeudenmukaisesta ja hyväksyttävästä rangaistuksesta tehdään voimassaolevan lain mukaan VaarRikL:n mukaisessa järjestyksessä.[41]

> Suhteellisen oikeudenmukaisuuden vaatimuksesta luopuminen johtaisi takaisin siihen kriminaalipoliittiseen järjestelmään, josta Pohjoismaissa on 1960-luvulta lähtien pyritty irtautumaan. Riskiarvioinneille ei siis teoriassa jää paljoakaan sijaa. Tosiasiallinen mittaamiskäytäntö toisaalta nojaa (etenkin uusijoita tuomittaessa) eräänlaiseen terveen järjen

[41] Tuon järjestelmän arviointi ei kuulu tämän esityksen piiriin. Sen puutteiden vastapainona on kieltämättä tekninen mahdollisuus vastustaa laajalle ulottuvaa intuitiivista riskiarviointeihin perustuvaa mittaamisstrategiaa. Toisaalta siihen kohdistettavat kriittiset huomautukset ovat myös hyvin perusteltuja (ks. *Heinonen* 1980 passim.).

mukaiseen eristämisajatteluun. Sen purkaminen vähäisten omaisuusrikosten osalta on syytä ottaa tarkkaan harkittavaksi. Vastaava tilanne väkivaltarikosten yhteydessä on ongelmallisempi. Nämä rikokset herättävät yleisössä voimakkaita pelkoreaktioita, siitä huolimatta, että uhriksi joutumisen todennäköisyys on vähäistä. Jos kyse on luonnevikaisesta, toistuvasti väkivaltarikoksiin syyllistyvästä henkilöstä, oikeustajunta lienee valmis vaatimaan tuntuviakin seuraamuksia. On kuitenkin syytä korostaa, että juuri tämän ryhmän varalta käytössä on muita keinoja. Törkeimpiä väkivaltarikoksia vastaan suojaudutaan VaarRikL:n järjestelyin. Sen edustaman eristämistehon reaalinen vaikutus tosin lienee melko vähäinen. Tämä ei kuitenkaan merkitse, etteikö yhteiskunta suojaisi itseään huomattavan tehokkaasti psyykkisesti poikkeavien taholta kohdistuvaa uhkaa vastaan. Mielisairaaloissa säilytetään jatkuvasti keskimäärin 450 syyntakeettomaksi katsottua kriminaalipotilasta (10 % koko vankiluvusta). Tämä ryhmä yleensä unohdetaan vaadittaessa pidempiä eristysrangaistuksia. Näiden henkilöiden laitosajat sitä paitsi ylittävät henkirikoksia lukuun ottamatta säännönmukaisesti vastaavista rikoksista tuomitut normaalikäytännön mukaiset rangaistusajat. On lisäksi vahvat syyt epäillä, etteivät tämän pakkohoidon motiivit ole yksin lääkinnälliset. Sen jälkeen kun VaarRikL:n eristämisedellytykset tiukennettiin v. 1971, tuomioistuimissa tehdyt syyntakeettomuuspäätökset lisääntyivät viidessä vuodessa 70 %:lla (ks. *Minkkinen-Pihlajamäki* 1987).

3.4. Loppuhuomautuksia

Syytetyn mielentilaa koskevat selvitykset hankitaan yleensä vasta kun kyse on melko törkeästä rikoksesta (ks. OK 17:45). Tämä näkyy myös rangaistusjakautumissa siten, että vähentynyt syyntakeisuus mainitaan ehdottomaan vankeuteen päätyvissä ratkaisuissa kymmenen kertaa useammin kuin muuhun rangaistukseen päätyneissä tapauksissa.[42] Kun kaksi kolmesta RL 3:4:n mukaan rangaistukseen tuomituista tuomittiin ehdottomaan vankeuteen ja neljännes sakkoon, vastaavat luvut kaikkien rikoksentekijöiden ryhmässä olivat 66 % (sakko) ja 15 % (ehdoton vankeus). Luvut antavat jonkin verran pontta otaksumalle, että vähentynyttä syyntakeisuutta ei käytetä yksinomaan lopputuloksen lieventämiseen. Samalla on tietysti selvää, että lieviin rikoksiin syyllistyneet jäävät usein vaille heille kuuluvaa lievennystä. Rangaistusten jakautumaa selittää RL 3:4:n mukaan tuomittujen ryhmässä toisaalta myös uusimisvaikutus. Vähentyneesti syyntakeisten joukossa on suuri osa uusijoita, jolloin RL 3:4:n soveltamiseen mahdollisesti liittynyt lievennys kätkeytyy uusi-

[42] RL 3:4:n säännöstä on sovellettu sakkoihin tuomittaessa 0.4 %, ehdolliseen vankeuteen tuomittaessa 0.6 % ja ehdottomaan vankeuteen tuomittaessa 4.2 % tapauksista (SVT XXIII B:120, taulu 20).

miskovennuksen taakse (ks. myös *Aromaa* 1972 s. 39-40). Kysymykseen vähennyksen suuruudesta palataan empiirisissä tarkasteluissa.

KKO:n harvojen asiaa koskevien ratkaisujen perusteella ei ole mahdollista muotoilla kiinteitä linjoja. Niissä heijastuukin olosuhteen tulkinnanvaraisuus: se on yhtäältä asteikollinen ja lisäksi kaksisuuntaisena mittaamisperuste. — Ratkaisussa KKO 1985 II 134 (ks. edellä) vähemmistön esittämä alennus olisi vastannut asteikon muuntosäännöksen mukaista neljännestä. — Tapauksessa KKO 330/1980 vähennys tehtiin oikaisuin erään toisen asian yhteydessä hankitun mielentilalausunnon perusteella siten, että vuotta pidemmistä rangaistuksista vähennettiin 2 kuukautta, 1 kk—12 kk:n rangaistuksista yksi kuukausi ja alle kuukauden rangaistuksista 10 päivää. — Ratkaisussa KKO 1981 II 181 RL 3:4:ää sovellettiin taas apulaisoikeuskanslerin oikaisupyynnön perusteella vasta KKO:ssa ilman, että asialla oli muutosta rangaistukseen. Perusteluiksi esitettiin se, että alemmilla tuomioistuimilla joka tapauksessa oli henkilötutkinnan ja aikaisempien tuomioiden perusteella tiedossa A:n älyllinen vajavuus ja luonteen poikkeavuus, eivätkä rangaistukset poikenneet niistä, joita yleisen rangaistuskäytännön mukaan tuomitaan ilman täyttä ymmärrystä olevalle. Kaksi ensimmäistä ratkaisua vahvistaa, että vähentynyt syyntakeisuus lieventää lopputulosta. Viimeinen on lähinnä osoituksena siitä, ettei RL 3:4:n muodollisella maininnalla ole asiassa olennaista merkitystä.

4. Ikä

Ikä mainittiin jo syyntakeisuussäännösten yhteydessä. Alle 15-vuotiaat ovat syyntakeettomia. Toisaalta ikäheikkous oli myös yksi RL 3:3:n mukaisista syyntakeettomuusperusteista. Grenzwert-logiikan mukaan iällä on jakautuman molemmissa päissä merkitystä myös mittaamisperusteena. Lieventämistä voi perustella syyllisyys-, tarkoituksenmukaisuus- ja kohtuusnäkökohdin. Seuraavassa tarkastellaan lyhyesti yleisiä syyllisyys- ja tarkoituksenmukaisuusnäkökohtia. Reaalisten tavoite- ja arvoargumenttien osuus jää lähinnä jakson D varaan.

4.1. Nuoruus

Puuttuva tieto ja ymmärrys teon merkityksestä ja sen moraalisesta luonteesta sekä yhteiskunnan jäsenilleen asettamista toimintavaatimuksista puoltavat syyllisyysargumentein nuorten tuomitsemista lievempään rangaistukseen (näin *Forsman* 1930 s. 95-96). Nuorilta ei voi vaatia samaa lainnoudattamista kuin aikuisilta. *Honkasalo* taas perustelee asiaa vetoamalla rikolliseen tahtoon: henkilön, jonka luonne ei ole vielä vakiintunut, teko ei useinkaan osoita sellaista ”piintynyttä tai vakaumuksellista asosiaalisuutta, joka oikeustajunnan kan-

nalta kaipaisi samanlaisen sovituksen kuin varttuneen henkilön teko''. Nuorten tekemät rikokset voivat olla usein osoituksena pikemminkin ymmärtämättömyydestä ja ajattelemattomuudesta kuin vakaasta ja suunnitelmallisesta rikoksentekopäätöksestä (*Honkasalo* II s. 35-36). Syyllisyysarvostelun kääntöpuolena ovat yleis- ja erityispreventiiviset syyt. Lasten ja nuorten käyttäytyminen on impulsiivisempaa ja vähemmän harkittua kuin aikuisten, eikä yleisprevention varaan voi siksi rakentaa kovinkaan paljoa. Kysymys ei ole vain siitä, että käyttäytyminen itsessään on impulsiivista. Ennen kaikkea nuoret eivät täydessä merkityksessä oivalla esim. vankeusrangaistuksen myötä seuraavien haittojen suuruusluokkaa. He eivät osaa suhtautua rangaistuksiin niiden edellyttämällä vakavuudella.

Nuoriin kohdistettavan *moitteen yleinen lieventäminen* ilmenee RL 3:2:n säännöksestä, joka oikeuttaa 15-17-vuotiaana tehtyjen rikosten tavallista lievempään rankaisemiseen. Joustaminen *yleisestävyyden* vaatimuksista näkyy ennen kaikkea eräissä seuraamusten käyttöä koskevissa säännöksissä (vrt. toimenpiteistä luopumista koskevat NuorRikL:n 2-4 ja 7 §:n säännökset, ks. myös *Anttila-Heinonen* 1977 s. 203).

Ikävuosien kertyessä yleispreventiivisten ja syyllisyyspohjaisten perustelujen paino heikkenee melko nopeasti. Useimmat jo 15 vuotta täyttäneet kykenevät otaksuttavasti rationaaliseen päätöksentekoon. Äänestysikärajan tultua ohitetuksi tätä suorastaan edellytetään. Viimeistään 20 ikävuotta lähestyttäessä tulisi siis lievemmän kohtelun perusteiden löytyä puutteellisen motivoinnin sijasta muualta (ks. myös Rikosoikeuskomitea 1976 s.116). Painavammat argumentit liittyvätkin tässä vaiheessa negatiiviseen erityispreventioon sekä subjektiiviseen rangaistuskärsimykseen. Ensin mainittujen suhteen pätevät edelleen *Honkasalon* laitosrangaistusten haittoihin kohdistuvat huomautukset. Sen sijaan, että ne parantaisivat nuoren — kirjoittaa Honkasalo — ''saattavat ne näet yleisissä rangaistuslaitoksissa tarjona olevalle siveelliselle tartunnalle alttiiksi ja vievät hänet siten lopullisesti rikoksen tielle'' (*Honkasalo* II s. 36). On vain valitettavaa, ettei kriminaalipolitiikka ole kyennyt tarjoamaan niitä Honkasalon odottamia keinoja, joilla vaarat voitaisiin välttää. Tuomitsemistasolla tämä tulisi ottaa huomioon karttamalla nuorten ensikosketusta suljettuihin laitoksiin niin pitkään kuin yleisestävät syyt antavat periksi, ja silloin kun tämä ei ole mahdollista, pyrkimällä rangaistusaikoja lyhentämällä rajoittamaan tämä tuttavuus mahdollisimman lyhyeen. Laitosrangaistusten välttäminen voidaan kytkeä myös rangaistuskärsimykseen. Ehdoton vapausrangaistus on nuorille sekä kokemuksena että sosiaalisilta vaikutuksiltaan keskimääräistä tuntuvampi ja haitallisempi seuraamus.

4.2. Korkea ikä

Monet yllä esitetyistä näkökohdista pätevät korkeaan ikään mutatis mutandis. Täällä mekaanisilla ikärajoilla ei tosin ole merkitystä, vaan laki asettaa ikäheikkouden yleisesti erääksi syyntakeettomuusperusteeksi. *Forsman* tarkastelee vastuuehtoa vapaan tahdon kannalta: "Frihet i viljebestämningen måste nämligen saknas där uppenbar slöhet eller svaghet till såväl yttre sinnen som i minnet och uppfattningsförmågan förefinnas" (*Forsman* 1930 s. 102). Myös korkean iän tuoma syyntakeisuuden alentuminen voidaan ottaa vähentämisperusteena huomioon (RL 3:4). Vaikkei psyykkinen heikkoustila oikeuttaisikaan vähentynyttä syyntakeisuutta koskevan säännöksen soveltamiseen, olisi Forsmanin mukaan vanhuksen tekemä rikos psykologisesti ymmärrettävämpi syystä, että iän tuoma "sielunvoimien ja vastustuskyvyn heikkeneminen" on tehoton "sitä ulkoista painetta vastaan, joka on tekijän tekoonsa johtanut" (*Forsman* 1930 s. 102).

Psykologisen syyllisyyskäsityksen mukaisen perustelun ohella on laitosrangaistusten yhteydessä *kärsimysperusteisilla* näkökohdilla täällä aivan erityinen merkitys. Ikääntyneempien rikoksentekijöiden lievempi kohtelu on siten perustettavissa kohtuusnäkökohdin jo tilanteissa, joissa ikäheikkous ei vielä varsinaiseen ymmärrykseen ole ehtinyt vaikuttaa. Näihin kysymyksiin palataan tarkemmin seuraavassa pääjaksossa.

D. TEON ULKOPUOLISET MITTAAMISPERUSTEET

1. Yleistä

Kolmannen pääryhmän perusteille on yhteistä enemmän tai vähemmän kiinteä liittyminen tuomitun *rangaistuksen vaikutukseen ja tehoon*. Viittaus rangaistuksen "vaikutuksiin" saattaa tarkoittaa vuoroin tavoiteltavaa preventiivistä tehoa, vältettäviä erityispreventiivisiä haittoja, kokonaisseuraamuksen kohtuuttomuutta tai rangaistuksen suhteetonta ankaruutta ottaen huomioon tuomittavan henkilön erityispiirteet. Oikeusperusteet siis poikkeavat toisistaan. Tämä näkyy myös käytetyissä nimikkeissä: puhutaan "kohtuusperusteista"[1], rangaistuksen vaikutuksiin liittyvistä perusteista,[2] tai vain neutraalimmin "teon ulkopuolisista mittaamisperusteista".[3] Viimeinen nimike on sikäli osuva, ettei se rajaa pois tavoiteargumentteja. Se tuo esiin myös perusteiden poikkeusluontoisuuden ja sen, etteivät ne liity kiinteästi rikoksen moitearvosteluun. Tämän ryhmän kriminaalipoliittinen ja oikeusteoreettinen status on siis luonnehdittavissa seuraavasti: kyse on *seurausten vaikutusten arviointiin liittyvästä reaalisesta argumentaatiosta*, jolla *lopputulosta joko lievennetään* (reaaliset arvoargumentit) tai saatetaan *vastaamaan paremmin kriminaalipoliittisia tarkoituksenmukaisuusnäkökohtia* (reaaliset tavoiteargumentit), verrattuna yleistävän oikeudenmukaisuusajattelun edustamien mittaamisnormien muutoin edellyttämään lopputulemaan.[4] Tämän mukaisesti tarkastelun kohteeksi valikoi-

[1] "Billighetshänsyn", SOU 1986:14 s.422, *Jareborg* 1985 s.10 ja *Victor* 1981 s.15. Erotukseksi rikoksen rangaistusarvoa määrittävistä perusteista kirjoittajat lukevat tähän ryhmään yleisesti perusteet, jotka liittyvät tekijän henkilöön tai hänen käyttäytymiseensä teon jälkeen (ks. erit. SOU 1986:14 s.423).

[2] "Strafwirkungen" *Bruns* 1974 s.383, 1980 s. 118 ja 1985 s.144. Tähän kuuluvat mm. subjektiivinen rangaistuskärsimys ja rangaistuksen vastaanottavuus.

[3] *Nousiainen* 1961 s.126, *Andenaes* 1974a s.419 ja *Bratholm* 1980 s.598 ss. Sisältää edellisten lisäksi mm. tekijän käyttäytymisen teon jälkeen ja erilaiset preventioargumentit.

[4] Oikeuslähdeopillisesti reaalisten argumenttien erääksi tuntomerkiksi saatetaan asettaa, ettei kyse ole lakiin sisällytetyistä perusteista. Kun osa nyt käsiteltävistä seikoista on mainittu myös RL 6 luvussa, eivät perusteet siis tässä merkityksessä olisi reaalisia argumentteja. Tältä osin kyse on kuitenkin lähinnä termeistä. Esityksessä on ratkaisevaksi katsottu perusteen suhde normaalitilanteissa vaikuttavaan argumentaatioon. Reaalisiksi argumenteiksi on

tuivat (a) tekijän käyttäytyminen teon jälkeen, (b) sanktiokumulaatio, (c) subjektiivinen rangaistuskärsimys ja (d) vanhentumisnäkökohdat.

Näiden perusteiden systemaattiseen asemaan ja justifiointiin on kiinnitetty saksalaisen kielialueen mittaamisopissa runsaasti huomiota (erit. peruste "Verhalten des Täters nach der Tat", StGB 46). Syynä on lähtökohta, jonka mukaan rangaistuksen määrääminen on yksinomaan teon vääryyssisällön vahvistamista. Kun vääryyssisältö tulee teolla lukkoon lyödyksi, ei teon jälkeisillä — tai sitä edeltävillä — toimilla voi olla "Unrechtin" kannalta merkitystä (*Bruns* 1974 s.392 ja 562 ss.). Näiden legitimoimiseksi *Lang-Hinrichsen* konstruoi erillisen "*mittaamisopillisen tekokäsitteen*". Yleinen rikosopillinen tekokäsite olisi vain toiminnan lähtökohta, lopullisen mittaamisen tapahtuessa oman mittaamisopillisen käsitteen rajoissa (*Lang-Hinrichsen* 1969 s.333 ss, kritiikistä esim. Bruns 1980 s.191). On myös sovellettu *prosessuaalista tekokäsitettä*. Sen mukaan "teko" viittaa yksinkertaisesti rangaistusmenettelyn kohteeseen. Tekoa edeltävä ja sen jälkeinen käyttäytyminen on merkityksellistä siltä osin kuin se on tähän prosessin kohteeseen "yhteydessä" (*Zipf* 1977 s.441). Apuun on myös tarjottu *mittaamisopillista syyllisyyskäsitettä* ja sen jakoa teko- ja seurauskomponenttiin sekä preventio ja syyllisyysperusteiden erottelua; koska seurausten suuruus on riippuvainen myös teon jälkeisistä tapahtumista, voidaan teonjälkeinen käyttäytyminen kuljettaa mittaamiseen osana seurausvääryyttä (*Zipf* 1977 s.441-442). Ne moitearvosteluun vaikuttavat seikat, jotka tällä tavalla jäävät huomiotta voidaan viime kädessä legitimoida preventioperusteina (joiden ei ts. tarvitse olla yhteydessä tekoon). Syyllisyysvastuusta tiukemmin kiinnipitävät kiistävät teonjälkeisen käyttäytymisen *itsenäisen* merkityksen. Se voidaan tästä huolimatta ottaa huomioon, mikäli toiminta voidaan katsoa *indisioksi syyllisyydestä ja vaarallisuudesta*:". . . als . . . Indiz . . . für die Willenrichtung und die Verbrecherische Energie des Täters, d.h. seine Schuld oder Gefährlicheit".[5] Näiden pohdintojen päätavoitteena on perusteiden systeeminmukaisuuden osoittaminen. Mittaamisperuste on ts. justifioitu, kun sille on osoitettu paikka systeemissä. Kriminaalipoliittisen otteen puuttuminen näkyy myös siinä, että systeeminmukaisuuden tultua osoitetuksi myös puhtaan tekijärikosoikeudelliset katsomukset on hyväksyttävä vaikuttaviksi.[6] Seuraavan esityksen paino on käsiteyhteyk-

luettu perusteet, jotka poikkeustapauksissa tulevat otettaviksi huomioon ensi sijassa seuraamusharkinnan kautta. Koko pääryhmän nimikoinnissa taas ratkaisevana on se, kuuluvatko perusteet teon moitearvostelun piiriin.

[5] Ns. "Doppelpsurige Indizkonstruktion"; kaksinkertainen siinä mielessä, että legitiimejä ovat sekä syyllisyyttä että vaarallisuutta koskevat indisiot. Tämän ns. vallitsevana kantana pidettävän ajatuksen hyväksyvät mm. *Bruns* 1974 s.591-595, *Hirsch* LK 46 § 93 sekä *Schönke-Schröder* 46 § 8.

[6] Tästä on esimerkkeinä jälkiuusimisen legitimointi mittaamisperusteeksi. Vaaditaan vain, että se on indisio sellaisista käsitteistä kuten "Gesinnung" ja "Verbrecherische Ener-

sien sijasta perusteiden tueksi esittävien kriminaalipoliittisten näkökohtien punninnassa.

2. Tekijän käyttäytyminen teon jälkeen (RL 6:3 3-kohta)

2.1. Yleistä

RL 6:3 3-kohdan mukaan rangaistusta lieventää "tekijän oma-aloitteinen pyrkimys estää tai poistaa rikoksensa vaikutuksia taikka edistää rikoksensa selvittämistä". Mittaamisperuste on sukua yrityksestä luopumista ja tehokasta katumusta koskeville säännöksille. Samaa oikeusajatusta heijastavat myös ne yksittäismääräykset, joissa tekijän jälkikäteinen katumus estää tunnusmerkistön täyttymisen. Mittaamissäännöstön esityöt toteavat perusteen justifioinnista lyhyesti: "Pääasiassa samanlaiset tarkoituksenmukaisuussyyt, jotka puoltavat rikoksen yrityksen jättämistä rankaisematta tehokkaan katumuksen tapauksissa (RL 4:2), tekevät myös tämän lieventämisperusteen oikeutetuksi" (ks. HE 125/1975 II vp. s. 15). Myös *Anttila* (1973 s. 378) on kytkenyt perusteen tarkoituksenmukaisuussyihin (samoin *Lahti* 1974 s. 275 av. 98 ja *Grönqvist-Lindholm* 1977 s. 4). Saksalaislähteisiin nojaava *Nousiainen* perustaa samaa koskevat suosituksensa sen sijaan karakterologiseen syyllisyyskäsitykseen (*Nousiainen* 1961 s. 270-271). Käsillä onkin konkreettinen esimerkki mahdollisuuksista puoltaa samaa ratkaisua vuoroin syyllisyys- ja vuoroin tarkoituksenmukaisuussyin. Jälkimmäiset ovat sikäli turvallisempia, että niihin nojatessa suositusten reaalinen perusta on näkyvillä ja alttiina koettelulle. Deonttisesti velvoittavia syyllisyysargumentteja on noudattaminen silloinkin, kun todellisten taustasyiden reaalinen perusta on pettänyt.

Yhdistettäessä säännöksen sisältö RL 4:2:n määräyksiin saadaan tarkasteltaviksi kolme tilannetta: (a) yrityksestä luopumista lähellä olevat tapaukset, (b) lähes rankaisematon tehokas katumus sekä pyrkimys seurausten estämiseen ja (c) rikoksen selvittämisen edistäminen. Viimeksi mainittuun liittyy myös muun prosessikäyttäytymisen arviointi.

2.2. Yrityksestä luopumista lähellä olevat tilanteet

Rankaisematon yrityksestä luopuminen edellyttää, että tekijä ". . . omasta tahdostaan, eikä ulkoisten esteiden vuoksi, on luopunut rikoksen täyttämisestä"

---

gie". Riittäväksi indisioksi kelpaa teon ja jälkiuusimisen välillä oleva "tietty" (Gewissen) suhde (ks. *Schönke-Schröder* 46 § 39 ja kriittisesti *Weigend* 1983 s.54).

(RL 4:2). Luopumisen on oltava vapaaehtoista. Koska raja vapaaehtoisen ja ulkoisten esteiden vuoksi tapahtuvan yrityksestä luopumisen välillä on liukuva, saattaa esiintyä tapauksia, joissa on aihetta lieventää rangaistusta siitä huolimatta, ettei yrityksestä luopuminen täysin täytä vapaaehtoisuudelle asetettavia kriteereitä. On siis kiinnitettävä huomio vapaaehtoisuuden poistaviin perusteisiin.

Vapaaehtoisuuteen riittää mm. mielenkiinnon menettäminen tekoa kohtaan ja rangaistusten pelko (ks. tarkemmin *Wennberg* 1985 s. 286). Kiinnijoutumisen pelko sekä teon täyttämisessä kohdattavat vaikeudet ovat eräänä vedenjakajana rangaistavan ja rankaisemattoman käyttäytymisen välillä. *Wennbergin* mukaan luopuminen olisi vielä vapaaehtoista, kun tekijä ylipäätään tulee siihen tulokseen, että rikoksen *yleinen* kiinnijoutumistodennäköisyys on "turhan korkea". Jos sen sijaan tekijän tietoon tulee jotakin juuri *tätä rikosta* koskevaa, jonka vuoksi hän arvioi riskin *tässä* tapauksessa keskimääräistä suuremmaksi, ei luopuminen ole vapaaehtoista (*Wennberg* 1985 s. 287 ja 309-313 viitteineen). Rangaistaessa rajamaastoon sijoittuvia tapauksia on tulkinnanvaraisissa tapauksissa mahdollisuus lieventää rangaistusta.

Myös täytäntöönpanoa kohtaavat *tosiasialliset esteet* poistavat vapaaehtoisuuden (*Honkasalo* II s.182 ja *Wennberg* 1985 s. 314-317). Esteet voivat jälleen vaihdella vahvuudeltaan ilmiselvästä mahdottomuudesta tilanteeseen, jossa täytäntöönpano on vain jonkin verran vaikeutunut. On siis perusteltua kohdella eri tavoin tilanteita, joissa yrityksestä luovuttiin, koska rikoksen suorittamista pidettiin toivottomana, sekä tilanteita, joissa tekijä vain ajattelee rikoksen suorittamisen olevan "tarpeettoman vaivalloista" (edellyttäen, ettei tekijää jälkimmäisissä tapauksissa kokonaan vapauteta vastuusta, ks. *Wennberg* 1985 s. 287). Rajatapauksiin kuuluu edelleen *tekijän ylipuhuminen*. Luopuminen on vapaaehtoista, jos joku tekijän *kumppaneista* tai *ystävistä* onnistuu tässä; jos sen sijaan uhri saa puheillaan tekijän luopumaan rikoksesta, olisi kyse rangaistavasta yrityksestä (*Wennberg* 1985 s. 319). Tällöinkin olosuhde kelpaa mittaamisperusteeksi.

2.3. Rikoksen vaikutusten estäminen tai poistaminen sekä vahinkojen hyvittäminen

Sekä tehokas katumus että lieventämisperusteeksi säädetty "pyrkimys estää tai poistaa rikoksensa vaikutuksia" edellyttävät vapaaehtoisuutta (oma-aloitteisuutta). Tilanteet erottaa toisistaan ts. ainoastaan toimien onnistuminen. Tehokasta katumusta koskevaa säännöstä on tässä suhteessa aiheesta moitittu seurausvaikutukseksi. Myös tehottomiksi jääneet pyrkimykset huomioon ottava

lieventämisperuste onkin enemmän sopusoinnussa syyllisyysvastuisen ajattelun kanssa (*Anttila* 1980 s. 6, ks. myös Saksan liittotasavallan osalta *Hirsch* LK 46 § 98).

Oma-aloitteisuuteen ja vapaaehtoisuuteen pätee soveltuvin osin edellä sanottu. Eräänä indisiona vapaaehtoisuuden asteesta on *jälkitoimien ajankohta*. Mitä myöhemmässä vaiheessa pyrkimys vahinkojen hyvittämiseen ja rikosten vaikutusten estämiseen esiintyy, sitä varovaisemmin on lievennykseen suhtauduttava. Esitöiden mukaan pyrkimysten tulisi mieluimmin ilmetä jo ennen kuin tekijä tietää paljastuneensa. Tarkoitus ei ole suosia rikasta rikoksentekijää, joka vasta juuri ennen tuomiota koettaa korvauksia maksamalla lieventää rangaistustaan (HE 125/1975 II vp. s. 15). Järjestely ei olisi sen enempää oikeudenkuin tarkoituksenmukaistakaan. Tieto siitä, että jos huonosti käy, teosta voi viime hetkellä selvitä rahalla, heikentää myös preventiota.

Myös sillä, kuinka *laajalti* tekijä on *kyennyt seurauksia poistamaan* tai niitä estämään, taikka *kuinka laajalti hän tähän tavoitteeseen on pyrkinyt* on merkitystä. Tulee arvostella eri tavoin tilanteet, joissa tekijän aikomuksena oli mitätöidä vain osa teon seurauksista ja tilanteet, joissa hän pyrki vaikutusten täydelliseen eliminoimiseen.

Esitöissä ja oikeuskirjallisuudessa mainitaan perusteen soveltamisesimerkkeinä tilanteet, joissa pahoinpitelijä auttaa uhrin sairaalahoitoon ja murhapolttoon syyllistynyt hälyttää palokunnan. Edelleen rangaistusta voisi lieventää anastettujen rahojen ja tavaroiden palauttaminen omaisuusrikoksissa tai valheellisten tietojen oikaiseminen kunniaan kohdistuvissa rikoksissa jne. (ks. HE 125/1975 II vp. s. 15 sekä *Anttila* 1980 s. 5). Oikeuskäytännöstä voidaan kerätä seuraavat esimerkit.

ISHO 25.11.1977 R 1975/371/1890. Syytetty oli tahallaan yrittänyt kuristamalla surmata 9 kk:n ikäisen poikansa. Tämän menetettyä tajuntansa tekijä oli kuitenkin *ryhtynyt elvyttämään uhria antamalla tälle tekohengitystä sekä hälyttänyt sairasauton*. Kun tekijä oli siten *omasta tahdostaan ehkäissyt rikoksen vaikutuksen, tuomittiin hänet RL 21:5:n mukaisesta pahoinpitelystä*.

THO 17.5.1979 R 72. Murhapolttoon syyllistynyt oli *oma-aloitteisesti huolehtinut siitä, että hänen sytyttämänsä palo sammutettiin ennen kuin tuli oli ehtinyt aikaansaada erityistä vahinkoa*. Rangaistus lievennettiin RL 3:5²:n nojalla 8 kk vankeusrangaistukseksi.

HHO 16.2.1978 R 1978/2476. Syytetty oli lyönyt uhria puukolla kolmesti ja aiheuttanut tälle hengenvaaran. Teko katsottiin törkeäksi pahoinpitelyksi mutta rangaistuksen lieventämisperusteena otettiin huomioon, että syytetty oli *oma-aloitteisesti ryhtynyt hankkimaan uhrille apua*.

HHO 837/1986. AO oli tuominnut 72 000 mk:n liikemurtoon syyllistyneen tekijän törkeästä varkaudesta 8 kk:n ehdolliseen vankeusrangaistukseen. Syytetty vaati hovioikeudessa rangaistusta lievennettäväksi RL 6:3 3-kohdan perusteella. HO alensi rangaistusta mainitun lainkohdan nojalla yhdellä kuukaudella perusteluin: "S on,

sen jälkeen kun hänen isänsä oli anastustekoa seuranneena aamuna ilmoittanut palauttavansa anastetun omaisuuden sen omistajalle, välittömästi *itse palauttanut anastetut tavarat S Oy-Ab:n tavarataloon ja tunnustanut anastustekonsa tavaratalon edustajille*. Hovioikeus katsoo, että tuo S:n pyrkimys estää ja poistaa rikoksensa vaikutuksia ja edistää rikoksen selvittämistä on otettava huomioon rangaistusta lieventävänä seikkana".

ISHO 1129/1972. Poliisiasemalla pidätettynä oleva A oli kumppaninsa B:n avustuksella karannut asemalta palaten sinne kuitenkin myöhemmin vapaaehtoisesti takaisin. AO ja HO tuomitsivat teosta RL 3:5²:n perusteella sakkoon, koska ". . . A:n ja B:n tekojen oli katsottava johtuneen heidän ikänsä huomioon ottaen *anteeksi annettavasta ajattelemattomuudesta* ja niitä oli, kun *A oli B:n tieten karatessaan tarkoittanut vain poistua lyhyeksi ajaksi poliisiasemalta*, jonne hän oli *muutaman tunnin kuluttua omasta aloitteestaan palannut*, pidettävä lievinä eikä myöskään yleinen etu muuta vaatinut. . .".

Käytännössä uhri voi poistaa rikoksen vaikutuksia tai ainakin *hyvittää aiheuttamiansa vahinkoja* suoraan *vahingonkorvauksin*. Koska vahinkojen hyvittäminen pienentää rikoksen aiheuttamaa lopullista oikeudenloukkausta, voi lievennystä perustella myös pienentyneiden seurausten avulla (näin Saksan liittotasavallan mittaamisoppi, *Hirsch* LK 46 § 98). Järjestely joka tapauksessa rohkaisee rikoksentekijää korvausten suorittamiseen. Koska korvaukset muussa tapauksessa saattaisivat jäädä kokonaan maksamatta, on tämä myös yksi keino edistää uhrin asemaa.[7] Asiasta kertyi aineistoon seuraavat oikeustapaukset:

ISHO 1625/1974. Syytetty oli väärentänyt käyttösekin (150 mk). Rangaistukseksi määrättiin RL 3:5²:n nojalla 3 kk vankeutta "koska A oli korvannut rikoksella aiheuttamansa vahingon eikä yleinen etu vaatinut A:n tuomitsemista kuritushuoneeseen". HO katsoi väärennöksen tapahtuneen erittäin lieventävien asianhaarojen vallitessa ja sovelsi yksinomaan RL 36:5:tä.

VHO 16.10.1979 R 555/1977. Sakkoa pidettiin riittävänä rangaistuksena moottoripyörän luvatonta käyttöönottoa koskevassa jutussa, koska syytetyt "olivat *sopineet asianomistajan kanssa anastuksen aiheuttaman vahingon korvaamisesta* sekä ottaen huomioon teon vahingollisuus, vaarallisuus ja syytettyjen syyllisyys. . .".

2.4. *Prosessikäyttäytyminen ja rikoksen selvittämisen edistäminen*

Sitkeä kiistäminen ja tunnustaminen tulee Nousiaisen mukaan ottaa mittaamisessa huomioon osana karakterologista syyllisyyttä (*Nousiainen* 1961

[7] Käytännössä korvausten suoritusta voidaan tehostaa myös erilaisin sovittelumenettelyin. Suomessa tällaista edustaa Vantaan sovitaan-projekti (joskin sen tavoitteet ovat tätä laajemmat). Rikoksentekijän ja uhrin välillä syntynyttä sovittelusopimusta voikin pitää osoituksena lain tarkoittamasta pyrkimyksestä vahinkojen hyvittämiseen ja rikoksen vaikutusten poistamiseen.

s. 270-271)[8]. *Kiistämisen* rangaistusta koventava vaikutus perustuu tekijäsyyllisyyteen ja intuitiivisiin paheksumisreaktioihin. Oikeuspoliittisin syin on perinteisesti kuitenkin katsottu, ettei tekijää voida velvoittaa osallistumaan oman rikoksen selvittämiseen. Rangaistuksen kovennukset ovat torjuttavissa ensisijaisesti oikeusturvasyin. Ne eivät samassa määrin estä seuraamuksen *lievennystä* edellyttäen, ettei mahdollisuutta käytetä keinona ylimääräisten tunnustusten hankkimiseksi (samoin *Bruns* 1980 s. 203).[9] Myös mittaamissäännöstön esityöt mainitsevat itsensä ilmiantamisen sekä vilpittömän käyttäytymisen kuulusteluissa yhtenä esimerkkinä rangaistusta lieventävästä oman rikoksen selvittämisen edistämisestä (HE 125/1975 II vp. s. 15, ks. myös *Hirsch* LK 46 § 97). Käytännössä po. säännöstä on sovellettu mm. mutkikkaissa talousrikoksissa, joissa syytettyjen toimet tilien tms. paljastamisessa ovat huomattavasti säästäneet viranomaisten vaivoja. On kuitenkin vielä korostettava, ettei kiistämistä saa vastaavasti pitää rangaistuksen koventamisperusteena.[10] Lievennys rajoittuu sitä paitsi vain tekijän *omiin* rikoksiin. Lieventämisperusteen kautta ei Suomeen ole tarkoitettu tuoda anglosaksisista maista tuttua kruununtodistajajärjestelmää (HE 125/1975 II vp. s. 15 ja LavM 1/1976 s. 3).[11]

---

[8] Nousiaisen suositusten esikuvana ollut Saksan liittotasavallan oikeuskäytäntö on koventanut rangaistuksia, milloin sitkeä kiistäminen on ollut osoitusta erityisestä syyllisyydestä tai vaarallisuudesta (*Bruns* 1974 s. 601-602 ja 1980 s. 205, *Hirsch* LK 46 § 95 sekä *Schönke-Schröder* 46 § 41-42). Vastaavasti katumus ja tunnustaminen on samoin perustein hyväksytty myös yleiseksi lievennysperusteeksi (em. lähteet sekä laajemmin *Bruns* 1974 s. 595-608 ja *Dreher-Tröndle* 80 § 29). *Horn* katsoo ahtaan tekokäsitteensä (ks. edellä jakso 1.) pohjalta, ettei kiistämisellä voi olla tekemistä syyllisyysarvioinnin kanssa. Sen sijaan se saattaa osoittaa erityispreventiivisten keinojen tarvetta (*Horn* 46 § 75-76). *Walkerin* mukaan ei kiistämisellä ole Englannin oikeuskäytännössä vaikutusta mittaamiseen (*Walker* 1985 s.53).

[9] Court of Appealin käytännössä tunnustus on johtanut huomattaviinkin rangaistusten lievennyksiin (1/2—1/3 rangaistusajasta, ks. *Walker* 1985 s.52—53).

[10] Tietysti voi kysyä mikä ero lopputuloksessa saavutetaan, jos tunnustaminen kuitenkin lieventää rangaistusta. Tekijähän voi joko tunnustaa tai kiistää. Suositukset onkin syytä irrottaa käsiteparista tunnustaa/kiistää, ja esittää lievennysperusteeksi poikkeuksellisen aktiivista osallistumista oman rikoksen selvittämiseen. Prosessin kuluessa annetulla rutiininomaisella lausumalla suuntaan tai toiseen ei tulisi olla merkitystä. (Eri asia on, kuinka tunnustaminen todella vaikuttaa mittaamiseen. Ratkaisussa vaikuttavat sosiaalipsykologiset tekijät huomioon ottaen ei ajatus, jonka mukaan subjektiivinen varmuus tekijän syyllisyydestä vapauttaa tuomiota lieventävistä epävarmuuden tuntemuksista, liene kokonaan vailla perusteita.)

[11] Kruunutodistaja-järjestelmää puolustetaan anglosaksisissa maissa yleisesti tarkoituksenmukaisuussyin. Rangaistuksen lieventäminen onkin sitä perustellumpaa, mitä vaikeampaa on asiasta muuta näyttöä hankkia. Toisaalta yleisesti edellytetään, että kyse on verraten vakavista rikoksista (ks. *Thomas* 1982a s.3031-3032).

3. Sanktiokumulaatio — RL 6:4:n tulkintaa

Seuraamusten kasaantumisongelmien entistä selvempi tiedostaminen on vakaannuttamassa olosuhteen asemaa yleisenä lievennysperusteena[12]. Asiasta lakiin otettu säännös (RL 6:4) oikeuttaa tuomioistuimen ottamaan rangaistusta mitatessaan kohtuuden mukaan huomioon rikoksesta tai tuomiosta tekijälle aiheutuvan muun seurauksen, jos se yhdessä RL 6 luvun säännösten mukaan määrättävän rangaistuksen kanssa johtaisi kohtuuttomaan lopputulokseen. Määräyksen ratio voidaan ymmärtää lähinnä siten, että teosta ja tuomiosta aiheutuneet ylimääräiset kärsimykset tulkitaan osaksi rikoksen kokonaisrangaistusta, jolloin tätä kärsimystä vastaava osa on laskettava pois rikoksesta tuomittavasta varsinaisesta rangaistuksesta. Muussa tapauksessa kokonaisseuraamus koettaisiin kohtuuttomana. Kyse on siten kohtuusperusteisesta lievennyksestä sääntömääräisen oikeudenmukaisuuden lopputuloksiin.[13]

Säännöksessä on sanktiokumulaatio ymmärretty laajassa mielessä. Seurauksella voidaan siten tarkoittaa ensinnäkin *viranomaisten määräämiä seuraamuksia* kuten vahingonkorvausta, lastensuojelun pakkotoimia, konfiskaatiota, elinkeino-oikeuden menettämistä ja virkamiehille määrättyjä kurinpitotoimenpiteitä (ns. formaalinen sanktiokumulaatio). Samaan ryhmään kuuluisivat myös erilaiset laitoksissa sovelletut kurinpitotoimet (ks. *Anttila* 1964 s.674-675). Myös erilaiset vapausrangaistusten täytäntöönpanoon liittyvät järjestelyt voivat syn-

[12] Ks. *Ellilä* 1949 s.265, *Honkasalo* III s.267 alav.7, *Lindholm* 1972 s.6-7, *Anttila* 1973 s.378 ja *Lahti* 1974 s.272, sekä sama s.301 alav.180 mainitut lähteet. Aiheesta yleisemmin *Anttila* 1964 passim, sekä ulkomaisista esityksistä *Groth* 1975 eri kohdin, *Ashworth* 1983 s.296 ja *Walker* 1985 s.52.

[13] Termi *sanktio*kumulaatio on eräissä suhteissa epätyydyttävä. Näin siksi, että osa tässä tarkoitetuista "sanktioista" viittaa teon tosiasiallisiin seurauksiin. Aivan samalla tavoin kuin rangaistukseen sisältyy ajatus moraalisesta paheksunnasta ja toimesta, josta ihmiset päättävät moraalisin perustein, myös "sanktio"-termin yhdistäminen tekijän invalidisoitumiseen tuntuu intuitiivisesti oudolta (vielä selvemmin kielenkäytön sääntöjä vasten sotii "positiivisen sanktion" eli positiivisen pakotteen (ks. *Anttila-Heinonen* 1977 s.15) käyttö — kysehän on tekijän "pakottamisesta" johonkin käyttämällä "uhkaa", jonka hän toivoisi realisoituvan). Filosofisesti voidaan joka tapauksessa perustella väite, ettei "luonnollinen kärsimys" juuri saata korvata lakiin perustuvaa rangaistusta (ks. *Murphy* 1982 s.509). Niin muodoin esim. tekijän vammautumisen tulkitseminen osaksi teosta seuraavaa *rikosoikeudellista rangaistusta* on ajatuskuviona epätyydyttävä. Teosta on kyllä aiheutunut tekijälle ylimääräistä haittaa, mutta tuo haitta ei edusta sitä, mitä pidämme rangaistukselle tyypillisenä. Kun näillä kahdella kuitenkin on *osittain yhtenevät* reaalisisällöt — lähinnä niiden edustama miinus arvoissa jotka kohottavat elämisen laatua — "kokonaiskärsimyksen" saattaminen vastaamaan keskimääräistilannetta erilaisin sovittelujärjestelyin on perusteltua. Muutoin elämisen laadun kvaliteetit jakaantuisivat epätasaisesti.

nyttää sanktiokumulaatiota. Niinpä jäännösrangaistusten määrääminen uuden rikoksen johdosta täytäntöönpantavaksi voi johtaa kohtuuttomiin kokonaisseuraamuksiin. Ne on myös esitetty otettavaksi huomioon RL 6:4:n nojalla (ks. Ehdotus 1977 ja myöhemmin jakso V.D.3.).

Toisen pääryhmän muodostavat *epäviralliset seuraamukset* (informaalinen sanktiokumulaatio, esim. työpaikan menetys). Myös tosiasialliset rikoksen seuraamukset otetaan huomioon. Näistä tärkeimpiä ovat etenkin taloudellisten rikosten tutkinnan yhteydessä keskustelua herättänyt rikoksen saama julkisuus. Kuten Anttila toteaa, korkeassa yhteiskunnallisessa asemassa olevalle tai sellaisessa ammatissa toimivalle, jonka ammattikoulutus tekee päteväksi vain muutamaan harvaan tehtävään, rikoksen käsittely tiedotusvälineissä merkitsee tosiasiassa monin verroin ankarampaa seuraamusta kuin asiassa tuomittu rangaistus (*Anttila* 1964 s.677). Tosiasiallisiin seurauksiin kuuluvat myös tekijän lähisukulaisten kuolema tai vakava loukkaantuminen, sekä tekijän vammautuminen teon yhteydessä (ks. myös *Ashworth* 1983 s.296, ks. erit. viimeksi mainitun osalta mitä alav. 13 sanotaan).

Lähtökohtaisesti lievennyksen aiheeksi kelpaa mikä hyvänsä sanktiokumulaation muoto (ks. HE 125/1975 II vp.s.15-16). Toisaalta säännös on esitöiden mukaan tarkoitettu poikkeussäännökseksi. Rikokseen liittyy säännönmukaisesti useammanlaisia seuraamuksia ja haittoja (jo rangaistukseen käsitteellisesti kuuluva paheksunta voidaan ymmärtää tavallaan "ylimääräiseksi" haitaksi). Kelvatakseen lieventämisperusteeksi tulee sanktiokumulaation olla siten keskimääräistä huomattavasti tuntuvampaa.[14] Normaalit lisäseuraamukset — jollaisina esitöissä mainitaan mm. työsuhteen katkeaminen ja rikoksen saama julkisuus — eivät yleensä oikeuta käyttämään tätä säännöstä.[15] Jos täl-

[14] Säästeliäs soveltaminen kuuluu jo määräyksen luonteeseen osana säännönmukaisesta poikkeavaa oikeudenmukaisuusajattelua. Kaavamaista soveltamista vastustetaan esitöissä myös normaalirangaistusajatteluun vedoten. Oikeuskäytännön yhtenäisyys kärsisi, jos perustetta sovellettaisiin kaavamaisesti johonkin teko- tai tekijäryhmään (HE 125/1975 II vp.s.16 ja LavM 1/1976 s.2). Voi kuitenkin kysyä, kuinka kaavamainen soveltaminen saattaa johtaa ristiritaan tiettyä kaavamaisuutta korostavan normaalirangaistusajattelun kanssa. Taustasyyt ovatkin muualla. Päällimmäisenä lienee huoli siitä, että säännöstä soveltamalla liiaksi lievennättäisiin sellaisten rikosten yleistä rangaistustasoa, joiden tekijät ovat korkeassa asemassa tai joihin yleensä tämänkaltaisista syistä liittyy tavallista enemmän lisäseuraamuksia. Yhdenvertaisuuden sijasta tässä on asiallisesti kyse rikosten välisen suhteellisuusperiaatteen noudattamisesta.

[15] Normaalina lisäseuraamuksena voisi pitää myös asetetun uhkasakon tuomitsemista milloin sakon laukaiseva teko tulee rangaistavaksi myös varsinaisena rikoksena. Lienee kuitenkin kohtuullista ottaa tuo seuraamus huomioon rangaistuksen lievennyksenä, siitä huolimatta, että tekoon ryhtyminen varoituksen jälkeen osoittaa suurempaa syyllisyyttä.

lainen seikka kuitenkin "tuhoaisi rikoksentekijän tulevaisuuden taikka vakavasti vaarantaisi sitä" (HE 125/1975 II vp.s.16), olisi lievennys paikallaan. Vastaavasti tekijän vakava loukkaantuminen rattijuopumuksen yhteydessä perustaisi esitöiden mukaan myös mahdollisuuden RL 6:4:n soveltamiseen (HE 125/1975 II vp.s.15-16). Mittaamisperusteena sanktiokumulaatioon on vedottu seuraavasti (ehdollista rangaistusta koskeviin ratkaisuun palataan erikseen jaksossa V.D.4.).

RHO 127/1983: Syytetty oli merkinnyt yhtiön kirjanpitoon kolme tekaistua ostoslaskua pidättäen valtiolta ja kunnalta veroa kaikkiaan 249 000 mk. AO tuomitsi tekijän törkeästä veropetoksesta 1 v 3 kk:n ehdottomaan vankeusrangaistukseen. HO laski rangaistusta 3 kk:lla, ottaen huomioon A:lle *veronkorotuksina ja -lisäyksinä aiheutuneet ankarat taloudelliset seuraamukset*.

HHO 2403/1983: Syytetty oli verovuosina 1976-1980 jättänyt ilmoittamatta saamiaan veronalaisia talletuspalkkioita kaikkiaan 10 619 000 mk:n arvosta. HO tuomitsi törkeästä veropetoksesta 1 v 6 kk:n ehdottomaan vankeusrangaistukseen ottaen lieventävänä seikkana huomioon "syytetylle asian johdosta aiheutuneet *ankarat taloudelliset seuraamukset*".

THO 1046/1983: Syytetty oli jättänyt ilmoittamatta vuosilta 1974-1980 saamiaan veronalaisia korkoja 212 810 mk:n arvosta. Talletukset oli tehty lukuisille eri tileille tekaistuilla nimillä. AO tuomitsi jatketusta törkeästä veropetoksesta ottaen koventamisperusteena huomioon rikollisen toiminnan suunnitelmallisuuden (RL 6:2 1 kohta, 1 v 3 kk vankeutta ehdollisena). HO alensi rangaistuksen (osin erilaisin syyksilukemisin) 10 kk:n ehdolliseksi vankeudeksi ottaen lieventävänä huomioon, että syytetylle oli menettelystään aiheutunut *huomattavat veronkorotukset* ja että hänet on lisäksi *hallinnollisessa järjestyksessä vapautettu nimismiehen toimestaan*, mitkä seuraukset yhdessä hänelle määrättävän rangaistuksen kanssa johtaisivat rikoksen laatuun nähden kohtuuttomaan lopputulokseen.

ISHO 2918/1982: Tekijät (3 kpl) olivat jättäneet kukin ilmoittamatta veronalaisia korkoja arvoltaan 500 000 - 1 000 000 mk. AO tuomitsi syytetyt ehdollisiin 9 - 11 kk:n vankeusrangaistuksiin ottaen huomioon, että tuomitut olivat oma-aloitteisesti pyrkineet edistämään rikoksensa selvittämistä, ja heille on *hallinnollisessa järjestyksessä määrätty rikoksistaan johtuvat tuntuvat taloudelliset seuraamukset*. HO säilytti perustelut tältä osin entisellään, mutta määräsi rangaistukset ehdottomiksi vedoten rikoksen törkeyteen.

Sanktiokumulaation merkitys tuntuu keskittyvän suurelta osin taloudellisiin rikoksiin. Kun esim. verorikoksiin liittyy säännönmukaisesti myös korvausvelvollisuus, ei käytäntö tarkkaan ottaen vastaa esitöiden suosituksia. Ratkaisut vaikuttavat kyllä varsin ymmärrettäviltä, joskaan kriittinen tarkkailija ei malta välttyä havaitsemasta, kuinka kohtuullistaminen tuntuu koituvan useammin hyvä- kuin huono-osaisten eduksi.

Tässä ei ole mahdollisuutta ottaa tarkemmin arvioitaviksi mahdollisuuksia korvata rangaistusvastuu vahingonkorvauksin. Tämä on yksi abolitionistisen (tai minimalistisen) liikkeen ehdotuksia, ja eräiden maiden lainsäädäntö sisältää myös vaihtoehdon tuomita rangaistuksen sijasta pelkkä vahingonkorvaus (näin itse asiassa myös Suomen RL 35:3[2],

oikeusvertailusta ks. *Joutsen* 1987 s.235-241). Abolitionistien ehdotuksiin sen laajemmin puuttumatta, lienee syytä kirjata lyhyesti rikosoikeuden siviilioikeudellistamista vastaan puhuvat argumentit (ks. esim. kirjoituksia *Christie* 1983 ja *Lüderssen* 1987 sekä kritiikistä *Kivivuori* 1986). Pelkkään korvausjärjestelmään nojaava systeemi voisi edes periaatteessa *kattaa vain murto-osan haitallisesta käyttäytymisestä*. Sen ulottamattomiin jäisivät mm. kollektiivisia intressejä loukkaavat teot sekä vaarantamisrikokset (vrt. ympäristörikokset ja rattijuopumus). Kaikkia yksilöllisiin intresseihin kohdistuvia rikoksia *ei myöskään voi korvata*. Niiden kannalta kysymys on siitä, kuinka estää — ei kuinka korvata — rikosten tuottamat haitat (vrt. henkirikokset). Siviilioikeudellistamiseen sisältyvä *ajatus rikoslain moraalisesta neutraloinnista heikentää myös preventiivistä tehoa*. Menetetään mahdollisuus hyödyntää moraalin käyttäytymistä ja valintoja ohjaavaa vaikutusta. Nämä itsessään humaanit ehdotukset sivuuttavat muutoinkin liian kevyesti yleisestävyyteen liittyvät näkökohdat. Pelkkä korvaus tuskin riittää, vaan niissäkin tapauksissa, joissa korvaus olisi mahdollinen, olisi se kaiken järjen mukaan asetettava vahinkoa suuremmaksi. Olisihan vaikea kuvitella, ettei lainvastainen käyttäytyminen lisääntyisi, jos rikoksen tehneellä ei olisi kiinni jäädessään mitään menetettävänään (moraalisesti neutraalissa systeemissä ei edes mainettaan). Jos taas korvaus ylittää aiheutetun vahingon, on vaikea nähdä eroa nykyiseen järjestelmään (johon siis jo sisältyy sekä erillinen vahingonkorvaus että prevention kannalta välttämätön ja moraalisesti latautunut rangaistus).

4. Sanktioiden merkitys ja subjektiivinen rangaistuskärsimys

4.1. Yleistä

Rikoksen ja rangaistuksen vastaavuutta yksityiskohtaisesti pohtinut Bentham luetteli yli 30 seikkaa, joilla oli periaatteessa merkitystä rangaistuskokemuksen ankaruutta arvioitaessa.[16] Hänen käsityksensä mukaan oli riidatonta, että sanktion eriasteinen kokeminen tuli arvottamisvaikeuksista huolimatta ottaa mittaamisessa huomioon (*Bentham* 1982 ch.XIV § 14 ja *Ashworth* 1983 s.277). Vaikka subjektiivisten erojen mahdollisuus on myöhemmissäkin esityksissä tunnustettu, on niiden arvoon mittaamisperusteina suhtauduttu Benthamia varauksellisemmin. Niinpä *Forsman* tosin myöntää, että sama rangaistus

[16] "Circumstances influencing sensibility" *Bentham* 1982 ch. VI (s.51-73). Näitä olivat mm. terveys, ruumiinvoimat ja -ominaisuudet, tieto, älykkyys, mielenterveys, moraalinen ja uskonnollinen herkkyys ja näiden puutteet, kyky sympatian ja antipatian tuntemuksiin, varallisuus, sukupuoli, ikä, aatelisarvo, koulut, kasvatus jne, ks. myös *Ashworth* 1983 s.275-277.

saattaa kohdata eri henkilöitä eri tavalla, mutta varakkuudessa ja sivistyksessä mahdollisesti olevien erojen ei tässä suhteessa tulisi antaa vaikuttaa tuomioon, sillä " se epätasaisuus on sen kautta tasoitettu, että vastuunalaisuus yhteiskuntaa kohtaan on korkeampi mitä korkeampi yhteiskunnallinen asema on" (*Forsman* 1884 s. 31 ja sama 1930 s.533). *Ellilä* vuorostaan katsoo sovitusajatuksen edellyttävän, että rikoksentekijän tulee *tuntea* syyllisyyttään vastaava rangaistuskärsimys. Koska eri rikoksen tekijät saattavat tuntea eri rangaistuksen hyvinkin eri tavalla, on lähellä ajatus, että tuo seikka olisi myös otettava rangaistuksen määräämisessä huomioon. Edellyttäen, ettei yhdenvertaisuutta loukata, katsoo Ellilä, että Forsmanin näkemyksessä olisi jossain määrin tarkistamisen varaa (*Ellilä* 1949 s. 139-140 alav. 41).

Nousiainen yhdistää käsiteltävän ongelman karakterologiseen syyllisyyskäsitykseen ja kysymykseen rangaistuksen vastaanottavuudesta. Kaikki ihmiset eivät yhtäältä tunne samaa rangaistuspahaa samoin, toisaalta ei saman rangaistuspahan tuntemuskaan vaikuta samalla tavalla eri ihmisiin (*Nousiainen* 1961 s. 238). Nousiaisen mukaan henkilökohtainen yhdenvertaisuus edellyttää, ettei oikeusalamaisten käsittely heidän henkilöönsä nähden ole erilaista. Oikeellisuuden aate vaatii, että ulkonaisesti samanlaisissa olosuhteissa kaikkia henkilöitä yksilöön katsomatta kohtaa sama rangaistus (*Nousiainen* 1961 s. 239). Päätelmänään Nousiainen esittää, että traditiorangaistusta määrättäessä oikeellisuuden aate antaa varsin vähän liikkumatilaa rangaistuksen vastaanottavuuden huomioimiseksi. Johdonmukaisen erityisprevention kannalta kysymys ei tuota samanlaisia vaikeuksia. Reaktion vastaanottavuus on ratkaiseva: "lääkettä" annetaan niin paljon kuin on tarpeen (*Nousiainen* 1961 s. 240).

Aihetta pohtivissa *saksalaisen kielialueen* esityksissä erotetaan (Nousiaisen keskenään sekoittamat) kysymykset tekijän rangaistusherkkyydestä (Strafempfindlicheit) ja rangaistuksen vastaanottavuudesta (Strafempfänglicheit). Ensimmäinen liittyy sovitusajatukseen, jälkimmäinen preventionäkökohtiin(*Henkel* 1970 s. 179 ss). Molemmat ovat legitiimejä mittaamisperusteita.[17] Tekijän henkilöön liittyvät seikat kuten ikä, sukupuoli, ammatti, sosiaaliasema jne. ovat mittaamisessa vaikuttavia sikäli, kuin niillä on merkitystä rangaistuskärsimyksen ja/tai rangaistuksen mahdollisen preventiivisen tehon kannalta.[18]

---

[17] "Bei gleichen Schuld muss die sühne gerechte Strafe *nicht gleich hoch sondern gleich Schwere* sein" (*Bruns* 1974 s.499 lähteen painotuksin).

[18] Ks. esim. *Schönke-Schröder* 46 § 54, *Maurach* 1971 s.843-844 ja *Bruns* 1974 s.499-501 sekä *Groth* 1975 s.88 viitteineen. *Baumann* huomauttaa kategorisesti, että on tehtävä selvä ero niiden ihmisten välillä, joille vapauteen puuttumisella ei ole merkitystä ja niiden, joille samanlainen vapaudenriisto "von furchtbarer Wirkung ist" (*Baumann* 1977 s. 653).

Anglosaksisella kielialueella osa kirjoittajista vastustaa subjektiivista arvottamista sosiaalisesti diskriminoivina (*von Hirsch*), osa kirjoittajista suhtautuu ajatukseen taas myönteisemmin.[19] *Pohjoismaisessa kriminaalipoliittisessa keskustelussa* tätä näkökohtaa on painottanut mm. *Bondeson* uusklassisen rikosoikeuden kritiikissään (*Bondeson* 1978 s.133). Bondesonin arvosteluun vastannut *Hecksher* esitti puolestaan kolme syytä, jotka hänen mukaansa vaativat subjektiivisten näkökohtien hylkäämistä (ks. *Hecksher* 1980 s. 161-162).

1. Rangaistusherkkyyden arvioinnissa jouduttaisiin turvautumaan ainoastaan muutamaan harvaan, objektiivisesti ilmenevään ja selkeästi todennettavaan perusteeseen. Järjestelmä diskriminoisi siten henkilöitä, joiden olisi vaikeata todistaa rangaistuksen vaikuttavan juuri heidän elämäänsä erityisen voimakkaasti. Ei siis olisi mahdollista käytännössä toteuttaa perusteen vaatimaa oikeudenmukaisuutta.

2. Toiseksi rangaistuksen kohteena ei viime kädessä ole tuomittava henkilö vaan teko. Rangaistuksen tarkoituksena ei ole tietyn pahan aiheuttaminen tekijälle vaan, "till medborgarna i gemen förmedla hur allvarligt rättsväsendet och samhället ser på det brott som har begåtts" (mts. 161). Myös yleisö kytkee käsityksensä rangaistuksen ankaruudesta itse rikoksen raskauteen — ei tekijälle tuotettuun kärsimykseen:" Det är alltså den föreställning om straffets stränghet som förmedlas till folk i allmänhet som är det centrala, som skall vara proportionell till brottets svårhet, och inte det strafflidande som straffet leder till i det enskilda fallet (s. 161).

3. Kolmanneksi perusteen soveltaminen tulisi johtamaan sosiaalisesti heikkojen diskriminoimiseen ja hyvässä asemassa olevien etuoikeutettuun kohteluun. Tämä vuorostaan olisi ristiriidassa rikoslailla muutoin edistettävien sosiaalisen oikeudenmukaisuuden periaatteiden kanssa (ks. mts. 161-162).

Mitä ensimmäiseen väitteeseen tulee, lienee selvää, etteivät tietyn oikeudenmukaisuuskäsityksen toteuttamiseen liittyvät vaikeudet riitä perusteeksi yrityksestä luopumiseen. Vähän oikeudenmukaisuutta on parempi kuin ei mitään. Muutoinhan tulisi luopua koko subjektiivisesta syyllisyysarviosta teknisesti liian vaikeana.[20]

Toisen väitteen johdosta on huomautettava, etteivät teko ja tekijä ole samassa asemassa olevia vaihtoehtoisia suureita siten, että rangaistuksen ankaruus voitaisiin suhteuttaa joko rikoksen vakavuuteen tai tekijän subjektiivi-

[19] Ks. *Ashworth* 1983 s.274 ss: "The Principle of Equal impact ja *Walker* 1980 s.122, ks. myös *Thomas* 1979 s.215.

[20] Kuten Ashworth toteaa: "Some adjustment aimed at achieving equality of impact is better than none at all" (*Ashworth* 1983 s.278 ja 295).

siin olosuhteisiin. Ankaruus on eräs rangaistuksen olennainen attribuutti — jota tosin voidaan tarkastella subjektiivisesti (tuomitun kannalta) tai objektiivisesti (pitäen lähtökohtana yleisön jonkinlaista keskimääräistä arviointia sanktion ankaruudesta). Rikoksen vakavuus on vuorostaan eräs keskeisistä tekijöistä, joiden mukaan päätetään rangaistuksen ankaruudesta — jommassa kummassa nyt tarkoitetuista merkityksistä. Ei liene mitään estettä sille, että teko toimii rangaistuksen ankaruuden määrittämisen lähtökohtana siitä huolimatta, että ankaruus arvioidaan subjektiivisen kannan mukaan. Subjektiivinen arvottaminen ja suhteellinen oikeudenmukaisuus eivät ole loogisesti samanarvoisia vaihtoehtoja.

Tämä väite sisältää yleisemminkin eräänlaisen "uusklassisen itsepetoksen": kuvitelman ettemme rankaise ihmisiä vaan tekoja. Tällainen ajatus tekee toki rangaistuksen käytön psykologisesti helpommaksi. Se ei kuitenkaan kumoa tosiasiaa, että vain ihmiset — eivät teot — joutuvat vankilaan. Tässä suhteessa uusklassiseen rikosoikeuteen sisältyy pyrkimys käsitteiden abstrahointiin tavalla, joka tekee vallankäytön tekniseksi, yksilöistä irroitetuksi abstraktiksi toiminnaksi.

Pahimpana esteenä perusteen hyväksymiselle ovat siihen sisältyvät luokkaoikeuden vaarat.[21] Ankarampia menetelmia ts. sovellettaisiin niihin, "who are deemed to have "less to lose" -but only because they have lost so much already through their deprived social situation" (*von Hirsch* 1976 s.90). Törmätään siten laajempiin sosiaalisen oikeudenmukaisuuden ongelmiin ja siihen, missä määrin rikosoikeudellisen oikeudenmukaisuuden tulisi pyrkiä tasoittamaan sosiaalisen oikeudenmukaisuuden yleisiä puutteita. Tulisiko esim. rangaistusten vähennyksin hyvittää ihmisten sosiaalisten etuisuuksien jaossa kärsimät vääryydet (ks. pohdintoja *Ashworth* 1983 s.280-281 ja 296-297).

Rangaistusten eriasteista kohdentumista ihmisille ei voida mittaamisessa sivuuttaa. Pohdittaessa mahdollisuuksia ottaa nämä erot huomioon mielessä ovat seuraavanlaiset arvolähtökodat. Ensinnäkin on selvää, ettei ketään saa rangaista muita *ankarammin* (tai lievemmin) hänen ammattinsa tai yhteiskunnallisen asemansa vuoksi *sellaisenaan* (ks myös *Ashworth* yhdenvertaisuuden negatiivinen tulkinta s. 296). Sen sijaan yksilökohtaisista eroista johtuvien ylimääräisten *kär-*

[21] Samat periaatteelliset varaukset esittää myös saksalainen mittaamisoppi. Ns. vallitsevan mielipiteen tulkiksi usein samastettu Leipziger Kommentar ja Bruns huomauttavat, että niissä tapauksissa, joissa kohonnut velvollisuudenvastaisuus ei syystä tai toisesta neutraloi subjektiivisen rangaistuskärsimyksen vaikutusta olisi tuomitun ammatti- ja sosiaaliasema otettava rangaistusherkkyyteen vaikuttavana seikkana huomioon, edellyttäen kuitenkin, ettei tämä johda luokkaoikeuteen (*Hirsch* LK 46 § 89 ja *Bruns* 1974 s.499). Näin muotoiltuun suositukseen on helppo yhtyä.

simysten minimoiminen voitaneen kyllä hyväksyä yleiseksi lähtökohdaksi. Perusteen soveltamisen kriteerit tulee tietysti määrittää mahdollisimman riidattomasti ja luotettavasti.[22] Niitä vahvistettaessa on tärkeintä sen takaaminen, ettei henkilö joudu sairautensa tai ikänsä vuoksi kohtuuttoman *ankarasti* kohdelluksi. — Tämän pidemmälle ei perusteen oikeutuksesta ole aihetta keskustella yleisellä tasolla. Erimielisyydet tullevat parhaiten ratkaistuiksi eriteltäessä konkreettisia soveltamistilanteita ottaen huomioon myös rangaistuksen laji.

4.2. Sakkorangaistus ja varallisuuserot

Suomessa tuomittujen varallisuuserot on otettu huomioon vanhastaan päiväsakkojärjestelmän avulla.[23] Tuon järjestelmän tavoitteenahan on, että "päiväsakon rahamäärä olisi vahvistettava oikeudenmukaisessa suhteessa eri varallisuusasemassa olevien henkilöiden maksukykyyn" (näin HE 109/1975 II vp.3). RL 2:4a[1] säätää tämän mukaisesti: "Päiväsakko vahvistetaan täysin markoin rahamäärään, jota tuomitsemisen aikana on pidettävä sakotettavan maksukykyyn nähden kohtuullisena" (29.7.1976/650).

Maksukyky määräytyy taas käytettävissä olevien varojen mukaan. Määritettäessä oikeudenmukaista suhdetta maksukykyyn, joudutaan ottamaan huomioon myös sakon edustama menetys suhteessa tuomitun kokonaisvarallisuuteen. Tämä tuo mukanaan ajatuksen progressiosta sillä, kuten vuoden 1977 sakkouudistuksen esitöissä kirjoitetaan: ". . . pienistä tuloista menee yleensä välttämättömään kulutukseen suurempi osa kuin suurista. Tämä maksukykyyn ratkaisevasti vaikuttava seikka on otettu huomioon esimerkiksi valtion tuloverotuksessa säätämällä vero progressiiviseksi" (HE 109/1975 II vp.s.3). Tasapuolinen ja oikeudenmukainen järjestelmä edellyttää siten, että sakko määrätään suhteellisesti ankaroituvaksi sakotettavan tulojen ja varallisuuden mukaan.[24]

Progressiovaikutus oli saavutettavissa joko vähentämällä käyttöön jäävästä tulosta määräosa, tai laskemalla sakon suuruus kokonaistulosta, jolloin valtion tulovero saisi aikaan tavoitellun progressiovaikutuksen. Näin siis paremmin ansaitsevan käyttöön jäävästä tulosta menee sakon maksamiseen suurem-

[22] Ks. myös periaatteessa myönteisellä kannalla olevan *Törnuddin* huomautuksia 1975 s.333 alav.1.

[23] Maissa, jotka eivät ole omaksuneet päiväsakkojärjestelmää, tuomittujen maksukyvyssä olevat erot ovatkin tärkein subjektiivista rangaistuskärsimystä tarkoittavan mittaamisperusteen sovellutusalue (*Ashworth* 1983 s.297-298 ja *Walker* 1985 s.51).

[24] Tätä ehdotti jo KKO vuonna 1920 päiväsakkojärjestelmän käyttönottoa koskevasta ehdotuksesta antamassaan lausunnossa, ks. HE 109/1975 II vp.s.3-4.

pi osa kuin huonommin ansaitsevan. Lähtökohdan ja laskentaperusteen lisäksi on määritettävä *kohtuulliseksi* katsottava osuus. Nykyisellään tuo osuus on 1/3 kokonaispäivätulosta. Vuonna 1986 tehdyn korjauksen mukaan (786/1985) päiväsakon alin rahamäärä on 20 markkaa. Ensimmäismääränä on sakotettavalle valtion ja kunnan tuloveron suorittamisen jälkeen jäävä määrä (RL 2:4a).

Kokonaistulolla tarkoitetaan kaikkea palkkaa, elinkeinotuloa, varallisuuden tuottoa tai muuta tuloa, josta on vähennetty tulon hankkimisesta tai säilyttämisestä johtuneet menot, mutta ei veroja. Vaikka laskennan perusteet ovat samat kuin valtion tuloverotuksessa, on järjestelmän yksinkertaistamiseksi säädetty, että kokonaispäivätulosta saadaan vähentää vain sakotettavan maksukykyyn *olennaisesti* vaikuttavat tulon hankkimisesta tai säilyttämisestä johtuneet menot (RL 2:4a[3]). Rutiinomaisessa sakotusmenettelyssä ei näitä menoja normaalisti edellytetä selvitettäväksi (HE 109/1975 II s.5—6 ja *Pekkanen* 1977 s.17). Kokonaispäivätulon ohella maksukykyyn vaikuttavat muut seikat. Asetus päiväsakon rahamäärän vahvistamisesta 1 § säätää, että sakotettavan elatuksen varassa olevasta puolisosta ja alaikäisestä lapsesta tai ottolapsesta tai puolison alaikäisestä lapsesta tai ottolapsesta saa vähentää päiväsakon rahamäärästä jokaisen osalta 8 markkaa.

Asetukseen otettujen määräysten ohella laki sisälsi harkinnanvaraiset lausumat syytetyn varallisuudesta sekä muista maksukykyyn vaikuttavista seikoista (RL 2:4a). Maksukykyä alentavina muina seikkoina tulevat kysymykseen mm. työttömyys tai syytetyn sairaus. Aikaisempaan työttömyyteen ei asiasta esitettyjen suositusten mukaan saisi enää vedota sen jälkeen kun syytetty on kolme kuukautta ollut normaalissa ansiotyössä (*Pekkanen* 1977 s.19). Myös perheessä olevan sairaan suuret hoitomenot voidaan kohtuuden mukaan ottaa huomioon. Sama koskee tuomitun maksettaviksi asetettuja muita korvauksia. Näin onkin menetelty ratkaisussa THO 1986/1594, jossa "päiväsakon rahamäärää vahvistettaessa otettiin sakotettavan maksukykyyn vaikuttavana alentavana seikkana huomioon hänen maksettavakseen jutussa tuomittu huomattava vahingonkorvaus". Jos rangaistuksen reaalinen merkitys tuomitulle on otettu huomioon sakon rahamäärää sovittelemalla, ei tähän periaatteessa enää ole tarvetta päiväsakkojen lukumäärän puolella (esim. RL 6:4:n mukaan).

4.3. Vankeusrangaistus ja sanktiokärsimys

4.3.1. Vapaudenmenetyksen kärsimyssisältö

Subjektiivisen arvion toteuttaminen raharangaistuksissa on ollut melko mutkatonta kriteerien selkeyden vuoksi. Vapausrangaistusten laita on toisin. Ylei-

sesti kyllä myönnetään, että vapaudenmenetyksen kärsimysarvo vaihtelee yksilökohtaisesti.[25] Tästä tehtävien päätelmien sisällöstä ollaan sen sijaan jo eri mieltä. Keskustelun pohjaksi voidaan esittää vapausrangaistuksen kärsimyssisältöön vaikuttavien seikkojen koonnos sen mukaan, mitä asiasta ovat kirjoittaneet *Sykes* ja *Uusitalo* (ks. *Uusitalo* 1968 s.24-27 ja *Sykes* 1958):

Vapaudenmenetyksen kärsimyssisältö	Kärsimyssisällön suuruuteen vaikuttavat seikat
a) Sosiaalisten suhteiden katkeaminen ja sosiaalisen osallistumisen rajoittuminen	Yhteiskunnallinen asema ja sosiaalisuhteiden määrä
b) Elintason aleneminen sekä olosuhteitten epämukavuuteen liittyvät muut näkökohdat	Aikaisempi elintaso, korkea ikä ja mahdollinen sairaus
c) Laitokseen ja vankilatovereihin kohdistuvat pelot	Aikaisemmat laitoskokemukset
d) Sanktioiden kasaantuminen ja jatkuminen	Yhteiskunnallinen asema, ammatti

Pohdittavaksi jää, missä määrin asetelmasta ilmenevät vankeuden ankaruuteen vaikuttavat subjektiiviset tekijät on lupa ottaa mittaamisessa ja lajivalinnassa huomioon.

4.3.2. Ammatillinen ja sosiaalinen asema

Nämä tilanteet lienevät useimpien subjektiivisen rangaistuskärsimyksen jusitifikaation kieltävien kirjoittajien mielissä. Lähellä olevat luokkaoikeuden vaarat voitaneen osaksi torjua muiden mittaamisperusteiden kautta, ja todeta Forsmanin tavoin, että "se epätasaisuus on sen kautta tasoitettu, että vastuunalaisuus yhteiskuntaa kohtaan on korkeampi" (ks. edellä jakso 4.1.). Kohonnut velvollisuudenvastaisuus siis neutraloisi kohonneen sanktiokärsimyksen (näin myös esim. *Bruns* 1974 s.502-503). Saattaa kuitenkin olla, että tuo tasaaminen toteutuu vain abstraktisen moitearvion tasolla. Konkreettisissa rangaistuspäätöksissä perusteet todennäköisesti vaikuttaisivat eri vaiheissa. Velvollisuudenvastaisuus ja kohonnut syyllisyys ehkä korottaisivat hivenen rangaistusaikoja, kun taas ehdottoman vankeusrangaistuksen haitat johtaisivat rangaistuksen määräämiseen ehdolliseksi. Koska ratkaisut ovat merkitykseltään hyvin erita-

[25] Ks. erit. *Ashworth* 1983 s. 283—285.

soiset, on luokkaoikeuden riski reaalinen. Näkisin, että tekijää korkean sosiaali- ja ammattiaseman myötä kohdanneet ylimääräiset kärsimykset on lupa ottaa huomioon lievennyksenä vain, jos ne täyttävät mittaamisessa vaikuttavalle sanktiokumulaatiolle yleisesti asetettavat ehdot. Jos periaate tuntuu konkreettisissa tilanteissa kohtuuttomalta, voi tämä johtua siitä, että olemme olleet valmiita tarpeettoman löyhin perustein jakelemaan vapausrangaistuksia ajatellen, ettei niillä kuitenkaan ole yleisiin soveltamiskohteisiinsa niin järisyttävää vaikutusta. Tuo suhtautuminen ehkä muuttuu, mikäli ratkaisija joutuu arvioimaan käyttämiinsä normaalirangaistuksiin sisältyvän kärsimyksen määrän oman sosiaaliryhmänsä näkökulmasta. Sosiaaliaseman kautta kohonneen sanktioherkkyyden laajempaa huomioon ottamista voidaan vastustaa lisäksi myös integraatioprevention pohjalta. Juuri näissä kysymyksissä luottamus oikeuslaitokseen on haavoittuvimmillaan.

4.3.3. Vaikutukset tuomitun lähiympäristöön

Saksalaisen kielialueen mittaamisoppi ja oikeuskäytäntö korostavat tarvetta mitata rangaistus tuomitun, ei ulkopuolisten kokemusten mukaan (ks. *Groth* 1975 s.140 ja *Maurach* 1971 s.683). Esimerkiksi liikeyrityksen johtajan poissaolon aiheuttamat liikkeenhoidolliset ongelmat eivät perusta rangaistuksen lievennystä. Sosiaaliset syyt edellyttävät tässäkin eräitä varaumia. Erityisen perusteltuja nämä ovat arvioitaessa vapausrangaistuksen vaikutuksia tuomitun perhe-elämään ja perheen toimeentuloon. Ne voitaisiin teknisesti perustella osana sanktiokumulaatiota siten, että lähiomaisille aiheutuvista ongelmista *itse* kärsivä rikoksentekijä kokee nuo vaikeudet ylimääräisinä seuraamuksina, jotka sitten vaikuttavat vapausrangaistuksen itsensä kärsimyssisältöön (subjektiivinen rangaistuskärsimys, ks. *Groth* 1975 s.142-143).[26] Yksinkertaisempaa olisi kytkeä vaikutus suoraan ympäristön kärsimyksiin — silloin kuin siihen on riittävästi aihetta. Englannin oikeuskäytännössä omaksutun kannan mukaan voinee kuitenkin lähteä siitä, että vapausrangaistuksiin yleensä liittyy sivullisiin ulottuvia haittoja, eivätkä esim. perheen elatusta kohtaavat vaikeudet normaalisti riitä lievennysperusteeksi. Tällaiset riskit olisi ts. tullut ottaa huomioon

[26] Saksalaisella kielialueella kiertotie on tarpeen siksi, että systeeminmukaisuus vaatii rangaistuksen kytkemistä ainoastaan tuomitun, ei ympäristön tuntemuksiin. Esim. Leipziger Kommentar sallii lievennyksen, milloin se kanavoidaan tuomitun rangaistuskärsimyksen kautta: ". . . wird im allgemeinen unbeachtlicht mussen, soweit nicht etwa im Einzelfall der Faktor der Strafempfindlicheit hier mitspricht" (*Hirsch* LK 46 § 98, ks. tarkemmin *Groth* 1975 s.142—143). Samansuuntaisia ratkaisuja löytyy myös Englannin Court of Appealin käytännöstä (*Cross* 1981 s.196).

jo ennen tekoa. Jos kyse kuitenkin on poikkeuksellisista sosiaalisista vaikeuksista (yksinhuoltaja lukuisten lastensa kanssa ilman lähisukulaisilta saatavaa tukea jne), ja etenkin, jos rikos itsessään oli impulsiivinen (ei ollut mahdollisuutta harkita seurauksia), voi olla hyvinkin perustelua ottaa ympäristöön ulottuvat sivuvaikutukset huomioon (ks. *Ashworth* 1983 s.279 ja varauksellisemmin *Walker* 1985 s.52).

4.3.4. Henkilöön liittyvät seikat: ikä, terveys ja sukupuoli

Heikko terveys sekä *korkea ikä* ovat subjektiiviseen rangaistuskärsimykseen vaikuttavista perusteista riidattomimmat.[27] Samoin kuin useimmat tässä käsitellyt perusteet, seikat kohottavat ensisijassa ehdottoman vankeusrangaistuksen sanktioarvoa. Ikäjakautuman yläpäässä vapaudenmenetystä koventaa vanhuuden mukanaan tuoma kestokyvyn heikkeneminen. Henkilöille, joilla on jäljellä vain muutamia elinvuosia, jäljellä oleva aika on myös suhteellisesti arvokkaampaa (näin myös *Trolle* 1949 s.91 ja 97-98). Sekä lajivalinnan että vapausrangaistuksen pituuden suhteen on perusteltua asettaa vanhukset muita edullisempaan asemaan — eikä tässä välttämättä tarvitse olla edes kyse *Ellilän* tarkoittamista "haudan partaalla hoippuvista vanhuksista" (*Ellilä* 1950 s. 45, perusteen on hyväksynyt myös *Bruns* 1974 s.502).

Ikää voidaan käyttää lajivalinnan ja vapausrangaistuksen mittaamisperusteena jakautuman molemmissa päissä. Kehitysiässä oleva ja vaikutuksille altis nuori kokee laitoselämän ja ympäristön muutoksen voimakkaammin kuin kypsään ikään ehtinyt henkilö (ks. myös *Bruns* 1980 s.169). Koulutuksen kannalta ratkaisevien elinvuosien hukkaaminen vankilaan merkitsee myös nuoren tulevaisuuden kannalta usein korvaamatonta menetystä. Kohtuusargumenttien rinnalla vaikuttavat lisäksi tarkoituksenmukaisuussyyt. Laitoskertaisuus lisää vaikutteille alttiiden uusimisriskiä heikentämällä näiden sosiaalisia selviytymismahdollisuuksia.

Iän vaikutus kanavoituu mittaamiseen siis useamman periaatteen kautta (vrt. esitystä edellä jaksossa C.4.). Keskenään yhteydessä olevat syyllisyys- ja yleispreventiosyyt puoltavat rangaistusten lievennystä vastuuvapauden myöntämiseen saakka ikäjakauman molemmissa ääripäissä. Näistä ääripäistä loitonnuttaessa syyllisyysperusteiden merkitys heikkenee melko nopeasti. Iän karttuessa siirrytään syyllisyys ja yleispreventiivisestä lievennyksestä kärsimyssisältöä korostaviin näkökohtiin (jotka tietysti nekin pätevät kaikkein nuorimpienkin

[27] Vakava sairaus on hyväksytty sekä saksalaisen että anglosaksisen kielialueen oikeuskäytännössä (ks. *Bruns* 1974 s.502 ja 1980 s.169 sekä *Thomas* 1979 s.215 ja *Ashworth* 1983 s.277 ss). Meillä tähän perustuvaa lievennystä on puoltanut Lahti (*Lahti* 1977a s.61).

ryhmässä). Rangaistuksen lievennystä äänestysikärajan ohittaneiden käsittelyssä tuskin voi perustella sillä, etteivät he tiedä, mitä tekevät. Kuten *Walker* kirjoittaa: ". . . when offenders in their late teens are concerned it would be sounder to adopt suffering based reasoning and argue that to spend part of one's youth in prison is worse than spneding part of one's middle age there." (*Walker* 1980 s. 123). Lievennystä puoltamaan jäävät myös erityisestävyyteen liittyvät syyt. Jo 20 vuotta täyttäneenkin kärsimä laitosrangaistus voi henkilön elämänkaaren kannalta olla huomattavasti kohtalokkaampi kuin jo turvalliseen keski-ikään ehtineen vastaava rangaistus.

Sama koskee ikäjakauman yläpäätä. 65-70-vuotiasta henkilöä ei vielä välttämättä vaivaa ymmärryskyvyn heikkeneminen. Tämän iän saavuttanut henkilö kokee kuitenkin epäilyksittä rangaistuslaitoksen fyysisesti ja psyykkisesti selvästi raskaammaksi kuin terve keski-ikäinen rikoksentekijä. Tarkkojen ikärajojen asettaminen on tietysti mahdotonta. Englannin oikeuskäytäntöön viitaten voisi lähteä esim. siitä, että pohdittaessa jo 60-vuotta täyttäneen henkilön määräämistä ehdottomaan vapausrangaistukseen nyt esitetyillä näkökohdilla alkaa olla painoa (*Thomas* 1979 s.196). Mitä taas nuoriin tulee, ei ratkaisevana ole ikä sinänsä, vaan nuoren elämäntilanne kokonaisuudessaan. On arvioitava, mitä haittoja ehdottoman vankeusrangaistuksen käyttö nuoren henkilön koulutuksellinen ja sosiaalinen tilanne huomioon ottaen saattaa aiheuttaa, ja pyrittävä tämän arvion pohjalta kohtuulliseksi katsottavaan lopputulokseen. — Koska arviointiperusteet vaihtelevat, vaihtelee myös iän laskemisessa ratkaiseva ajankohta. Syyllisyysperusteisiin vedottaessa ratkaiseva on tekohetki. Erityisestävien ja kärsimysperusteiden kannalta päätös tehdään tuomiohetken olosuhteitten mukaan.

Kirjallisuudessa on paikoin katsottu, että kestokyvyltään miehiä heikompien naisten kohtelun tulisi vapausrangaistuksissa olla lievempää (*Schönke-Schröder* 46 § 36, kriittisemmin *Bruns* 1974 s. 501). Taustaoletus sukupuolten kestävyyseroista on empiirisesti kyseenalainen. Siltä osin kuin fyysisellä tai psyykkisellä kestävyydellä on merkitystä, tulee sen luonnollisesti vaikuttaa itsessään ilman sukupuolen välitystä.

> Tämän olosuhteen merkitys näkyy ennen kaikkea ehdollisen rangaistuksen käytössä (ks. myöhemmin jakso V.D). Esimerkkinä valinnasta sakon ja vankeuden välillä on seuraava tapaus. Syytetty oli kuljettanut henkilöautoa alkoholin vaikutuksen alaisena (vanha TLL). Koska kyse oli 3 vuoden uusijasta, AO tuomitsi mm. rattijuoppoudesta 3 kk ehdottoman vankeusrangaistuksen. HO:ssa syytetystä hankittiin mielentilalausunto. HO tuomitsi teosta 70 ps, koska ". . . A:n oli katsottava rikokset tehdessään olleen *täyttä ymmärrystä vailla* sekä kun psykiatrisen erikoislääkärin antaman todistuksen mukaan *A:n sairauden luonteen ja hänen edellisen vapausrangaistuksensa sovittamisesta saatujen kokemusten perusteella oli todennäköistä, että*

A:n terveydentila vankilaoloissa huononisi siinä määrin, että sairaalahoito tulisi hänen kohdallaan välttämättömäksi, eikä yleinen etukaan vaatinut vapausrangaistuksen käyttöä . . .". (VHO 190/III/1972).

4.3.5. Laitoskertaisuus

Koska olennainen osa vankeuden kärsimyssisällöstä pohjaa vankilaa ja vankitovereita kohtaan tunnettuihin pelkoihin, voisi uusijoiden ankarampaa rankaisemista perustella myös preventiossa menetetyn tehon kompensoimisella. Jos taas lähdettäisiin periaatteesta, jonka mukaan preventio on suunnattava sinne, missä sillä on otaksuttavasti tehoa ja säästettävä siellä, missä teho on pienin, olisi yhtä lailla mahdollista vaatia uusijoiden vankeusrangaistusten lyhentämistä. Tarkasteltaessa kysymystä kärsimyslähtökohdasta, vankeusajan pidentämistä voi perustella vankilaa kohtaan tunnettujen pelkojen hälvenemisellä. Toisaalta on huomattava, että laitosta kohtaan tunnetut pelot vähenevät olennaisesti jo ensimmäisellä kerralla. Tästä tehtävä päätelmä ei johda uusijoiden rangaistusten systemaattiseen korottamiseen, vaan ensikertalaisten rangaistusten lieventämiseen. Uusimisankaroitumisen tueksi esitettävät näkökohdat on eritelty jo edellä, eikä tuon olosuhteen merkitystä ole tarpeen kanavoida enää tämän mittamisperusteen kautta.

Kaiken kaikkiaan subjektiivinen rangaistuskärsimys on jo peruste, jonka merkitys on sidoksissa tiettyihin sanktiolajeihin. Se tulee huomioitavaksi ennen kaikkea tehtäessä valintaa ehdottoman vankeuden ja muiden vaihtoehtojen välillä. Oikeuskäytännön ratkaisuja selvitelläänkin siten tarkemmin ao. rangaistuslajeja koskevissa jaksoissa.

5. Vanhentumisnäkökohdat

Lieventämisperuste nojaa suurelta osin vanhentumisinstituutin yleisiin taustasyihin,[28] ja on sellaisenaan jokseenkin riidaton.[29] Rikoksen muiston hälvetes-

[28] Poikkeuksen muodostavat, kuten *Walker* toteaa, vanhentumisinstituutin taustalla olevat oikeusturvasyyt. Rangaistusta ei ts. pidä tuomita lievempänä sen vuoksi, ettei syyllisestä olla enää varmoja, vaan tällöin on syytetty vapautettava (ks. *Walker* 1980 s.133).

[29] Ks. esim. *Lahti* 1977 s.61 sekä *Nousiainen* 1961 s.261. Myös vanhentumissäännösten uudistamisen esitöissä korostettiin RL 3:5²:n soveltamismahdollisuuksia, milloin pitkistä ja kaavamaisista vanhentumisajoista johtuen rangaistuksen tuomitseminen saattaisi yksittäistapauksissa tuntua kohtuuttomalta (LavM 15/1972 s.15 ja myös *Lahti* 1974 s.312). Peruste on tunnustettu myös Tanskan oikeuskirjallisuudessa sekä -käytännössä (*van Greve* 1976 s.309). Itävallan rikoslakiin sisältyy asiasta oma lieventämisperuste, joka oikeuttaa rangais-

sä eivät yleisestävät syyt sen enempää kuin sovitusvaadekaan edellytä enää samassa määrin rikoksen uudelleen esille ottamista tai sen täyttä rankaisemista. Sanktion kohdentuminen henkilöön, jonka elämäntilanne on kokonaan toinen kuin rikoksen tekohetkellä, on yleensä tarkoituksetonta jo erityisestävien ajatuskulkujen alkuperäisten tavoitteiden kannalta. Jälkikäteinen puuttuminen henkilön elämäntilanteeseen voi olla myös hänen tulevaisuutensa kannalta huomattavan haitallista. Kyse on siis paitsi keskimääräistä ankarammasta myös vaikutuksiltaan tavallista haitallisemmasta sanktiosta (ks. *Halinen* ym. 1981 s.213-214, *Smart* 1969 s. 222 ss. *Walker* 1980 s.134 ja *Ashworth* 1983 s.285 sekä *Bruns* 1980 s.153).

Vanhentumislievennys pohjaa siis useampaan eri syyhyn. Tämä on otettava huomioon pohdittaessa tuon olosuhteen vaikutusta sekä mittaamiseen että lajivalintaan.

Milloin peruste kytketään *yleisön rangaistusvaatimuksiin* sekä *sovitusajatukseen* ja *integraatiopreventioon*, kiinnittyy huomio ensisijassa tehdyn rikoksen laatuun, siitä kuluneen ajan pituuteen sekä rangaistukseen rikosta seuraavana moitteena. Perustetta käytetään ts. mittaamisperusteena. Lajivalintaan sillä on vaikutus siltä osin kuin lajit edustavat ihmisille ankaruudeltaan erilaisia seuraamuksia.

Negatiivisen erityisprevention sekä *subjektiivisen rangaistuskärsimyksen* kannalta teosta kuluneen ajan pituus on itsessään irrelevantti. Sama koskee rikoksen laatua. Tärkeintä on, *mitä tällä välin tekijän elämässä on tapahtunut*. Jos tekijä on irtautunut rikoskierteestä ja rikoksiin altistavista sosiaalisista yhteyksistään, hänen tempaamisensa iäkkäämmän rikoksen perusteella takaisin vanhoihin oloihin on kokonaisuutena usein huomattavasti raskaampi tappio ja menetys, kuin rangaistuksen lievennyksestä aiheutuva mahdollinen yleisprevention heikkeneminen. Tämä näkökohta kytkeytyy etenkin laitosrangaistusten käyttöperusteisiin.[30]

Integraatiopreventioon perustuva lievennys vaikuttaisi siten ensi sijassa mittaamisperusteena ja alentaisi sanktion abstraktista *ankaruutta* sen mukaan, kuin uskomme yleisön rangaistusvaatimuksen ajan myötä heikenneen ja antavan

---

tuksen alentamiseen, milloin tekijä on tehnyt tekonsa kauan sitten ja on sen jälkeen käyttäytynyt moitteettomasti (ks. ÖStGB 34[12]).

[30] Kysymystä voi tarkastella myös tekijän *syyllisyyden ja hänen moraalisen asennoitumisensa kannalta*. Lievennys olisi perusteltu, koska tekijästä on tullut "a different moral being" (*Walker* 1985 s.53). Tämä myös saksalaisella kielialueella myötäilty näkemys nojaa lähinnä tekijärikosoikeudellisiin katsomuksiin. Sen mukaan huomio olisikin kiinnitettävä erityisesti siihen, kuinka tekijä on tekonsa jälkeen käyttäytynyt (ks. *Hirsch* 46 § 47, *Bruns* 1974 s.461 ja sama 1980 s.153).

myöten. Jo tätä huomattavasti *lyhyempikin aika* perustaa aiheen lievennykseen *vähemmän haitallisen seuraamuksen* muodossa, jos tekijän elämänolosuhteet rikoksen jälkeen ovat kehittyneet pisteeseen, jossa on ilmeistä, että hänen tempaamisensa irti senhetkisistä oloista vahingoittaa vakavasti tulevia sosiaalisen selviytymisen mahdollisuuksia.

Nämä näkökohdat eivät ole sidottuja rikoksen syytteeseenpanoa koskevan vanhentumisajan tosiasialliseen kulkuun. Tuon ajan kuluminen on kiinni usein tässä yhteydessä merkitystä vailla olevista sattumanvaraisista seikoista. Syyttäjä voi katkaista vanhentumisajan, saamatta kuitenkaan todistelukysymyksen vuoksi juttua oikeudessa läpi. Tällöin ratkaisee tosiasiallisen ajan kuluminen. Sitä paitsi ylipitkäksi muodostunut prosessi voi jo itsessään kelvata lievennysperusteeksi. Siihen liittyvät sielulliset yms. kärsimykset voidaan ottaa sanktiokumulaatiota koskevien periaatteiden nojalla huomioon osana rikoksen seuraamusta (näin myös *Bruns* 1974 s.462, sama 1980 s.154-155 sekä *Schönke-Schröder* 46 § 57).[31]

[31] Perustetta valaisevaa oikeuskäytäntöä on vain niukalti. Ratkaisussa HHO 867/1975 syytetty oli väärentänyt vuosina 1967 ja 1968 palkan ennakkomaksuja koskevat kuitit hankkien näin itselleen laitonta etua 170 mk:n arvosta. Lisäksi syytetty oli anastanut yhtiön varoja vuosina 1967-1968 200 mk:n arvosta. AO katsoi anastuksen sisältyvän väärennösrikokseen ja tuomitsi syytetyn jatketusta väärennyksestä RL 3:5²:n nojalla 4 kuukaudeksi vankeuteen *"ottaen huomioon, että rikoksen tapahtumisesta oli kulunut pitkähkö aika,* että A oli suorittanut korvausta yhtiölle ja että A:n anastamien varojen määrä oli ollut verraten vähäinen". HO katsoi anastuksen eri rikokseksi ja sellaisena jo vanhentuneeksi. Muilta osin päätös jäi pysyväksi.

LUKU V

SANKTIOVALINTA JA MITTAAMISPERUSTEIDEN SOVELTAMINEN

A. JOHDANTO

1. Arvioinnin kohteet — rikoksen ''törkeys'' ja rangaistuksen ''ankaruus''

Suhteellisuusperiaate vaatii, että rikoksesta määrätään rangaistus, joka ''ankaruudessaan'' vastaisi tuota rikosta (sen ''rangaistusarvoa'', törkeyttä tai moitittavuutta jne). Rangaistuksen määräämisessä arvotettavina ovat siis oikeustosiseikasto (tunnusmerkistön mukaisen rikoksen törkeys) sekä oikeusseuraamus (rangaistuksen ankaruus). Rikoksen rangaistusarvon vahvistaminen antaakin siten mittaamisongelmaan vasta puolinaisen ratkaisun. Olisi otettava kanta myös *rangaistusten keskinäiseen ankaruuteen* ja analysoitava kriteerit, joiden nojalla rikoksen vastinepariksi asetettavien rangaistusten ''ankaruus'' yleisesti (ei vain niiden merkitys suhteessa määrättyihin tekijäpiirteisiin, ks. edellä IV.D.4.) määritetään ja vahvistetaan.

Mittaamistutkimuksissa usein sivuutetut rangaistusten sanktioarvoa koskevat ongelmat olivat esillä myös Ruotsin vapausrangaistuskomitean työssä. Komitean mietinnössä asiasta kirjoitetaan lyhyesti: ''Frågan hur påföljderna skall graderas i svårhetshänseende måste rimligen bedömas med utgångspunkt från *hur stort obehag* de åsamkar den som utsätts för dem'' (SOU 1986:14 s.433). Ratkaisevana olisi siis ilmeisesti sanktion kohteeksi joutuneen henkilön subjektiivinen käsitys seuraamuksen toteuttamasta haitasta ja kärsimyksestä.

Kun tämä ei kuitenkaan ole ainoa vaihtoehto, olisi sen valintaa odottanut jotenkin perusteltavan. Tätä ei komitea ole tehnyt. Muista mahdollisuuksista voisi mainita esim. arviot siitä, kuinka suurena rasituksena *muut pitävät rangaistusta tuomitulle*, tai kuinka vältettävinä ihmiset pitävät niitä *potentiaalisesti itselleen sovellettuina*. ''Rasittavuuden ja vältettävyyden'' ohella olisi huo-

miota ehkä kiinnitettävä myös muihin ominaisuuksiin ja esimerkiksi siihen kuinka *tehokkaasti* ne (a) pelottavat muita, (b) varoittavat tekijää, (c) parantavat rikoksentekijän tai (d) tekevät tuomitun vaarattomaksi jne.

Tämä tuo asetelmaan useampia ulottuvuuksia tavalla, joka on analoginen rikoksen rangaistusarvon kanssa. Rikoksen rangaistusarvo (laajassa merkityksessä) on abstraktio, joka sisältää kaikki "hyvät syyt" liittää tekoon rangaistus. Rangaistusarvo ei ole yksiulotteinen käsite — esimerkiksi siinä mielessä, että se sisältäisi vain intuitiivisen sovitusajatuksen mukaisen näkökulman. Päinvastoin termille on edellä koetettu antaa moniulotteisempi, samanaikaisesti useampia vaatimuksia huomioon ottava sisältö (pluralistinen lähtökohta). Siinä tulevat samanaikaisesti arvioitaviksi useat painoarvoltaan vaihtelevat periaatteet ja kriteerit. Näitä ovat esim. teon haitallisuus ja moraalinen paheksuttavuus, mahdollisuudet käyttäytymistyypin kontrollointiin, tekijän lainnoudattamismahdollisuudet ja hänen vaarallisuutensa sekä myös laajemmat kriminaalipoliittiset tarkoituksenmukaisuusnäkökohdat.

Yksiulotteisuus osoittautuu siten harhaksi *rikoksen* rangaistusarvon puolella. Näin käy myös *sanktioita* arvotettaessa. Tällöin on kysymys sananmukaisesti siitä, *minkä arvoisena* kutakin sanktiota pidämme. Tuo "arvo" voidaan jälleen määrittää *vain suhteessa johonkin valittuun ja perustelua kaipaavaan mittaan*. Jos rangaistuksen sisällöksi katsotaan kärsimyksen aiheuttaminen tuomitulle, "sanktioarvo" viittaa siihen *kärsimyksen* määrään, joka eri sanktioihin liittyy. Jos sisällöksi tulkitaan sanktion rikoksia ehkäisevä luonne, sen "arvo" määräytyy jälleen tuon ominaisuuden mukaan. Jos ehkäisy nojaa rangaistuksen muita motivoivaan vaikutukseen pelotteena, arvon mittaa se, kuinka *vältettävinä ihmiset yleensä* pitävät sanktioita. Jos ehkäisy nojaa sanktion herättämiin tunnereaktioihin (moraalia luova vaikutus), arvon määrää rangaistuksen *symboliarvo moitteen osoittajana*. Jos keskeistä on parannus, arvon määrävät *parantavat ominaisuudet*. Jos tärkeäksi koetaan sanktiosta eri osapuolille aiheutuvien haittojen minimointi, arvon määrää *haittojen vähäisyys*.

Ehkä parannusajatusta lukuun ottamatta *kaikki yllä mainitut ovat relevantteja arvolähtökohtia*, joskin toiset ovat muita painavampia. Sanktioankaruutta tältä kannalta lähestyttäessä, näyttäisi perustellulta liittää Ruotsin vapausrangaistuskomitean käyttämän ja klassisen sovitusajatuksen edellyttämän subjektiivisen rangaistuskärsimyksen rinnalle ainakin tulkinta, joka asettaa määrääväksi sen, *kuinka vältettävinä ja kielteisinä yleisö keskimäärin kokee eri sanktiot niitä heihin potentiaalisesti sovellettaessa*. Tähän on hyvät perusteet, sillä rikosoikeusjärjestelmän toiminta perustuu lopultakin yleisestävyyteen. Preven-

tion teho ja *pelotteen suuruus* määräytyy sen mukaan, kuinka vältettävinä ja epämiellyttävinä ihmiset sanktioita pitävät. *Välillisen prevention* teho perustuu sekin siihen, kuinka suureksi moitteeksi ja paheksunnan osoittajaksi rangaistukset koetaan.[1] Seuraavassa tarkastellaan lyhyesti eri seuraamuslajeja tästä näkökohdasta.[2]

Rikosten ja rangaistusten arvottaminen sekä keskinäinen vertaaminen on siis *mutkikas tehtävä* — huomattavasti mutkikkaampi kuin kahden ominaisuuden asettaminen sisäkkäisiin yksitasoisiin järjestyksiin ja kytkeminen toisiinsa (esimerkiksi siihen tapaan, jolla anglosaksinen mittaamiskirjallisuus asian esittää, ks. edellä jakso II.B.3.2.). Tuntuman ongelmaan saa kuviteltaessa rikoksia ja rangaistuksia luvussa II hahmotetuin tavoin jälleen kuutioina. Kuutioiden sivut edustavat yhteensovitettavia ominaisuuksia. *Rikosten puolella* esim. teon *haitallisuus ja käyttäytymisen kontrolloitavuus* ovat arvoja, joita *rangaistusten* puolella vastaa ennen kaikkea *sanktioankaruus sen mukaan kuin yleisö eri rangaistukset mielissään jyvittää* (olettaen, että rangaistusten jyvittäminen rikoksen haitallisuuden ja kontrolloitavuuden mukaan on viime kädessä yleisestävästi perusteltua). Rangaistusarvoon laajassa mielessä luetaan mittaamisperusteiden (oikeustosiseikaston) puolella myös esim. *reaaliset arvo-argumentit* (mm. tuomitun heikko terveydentila ja seuraamusten poikkeuksellinen kasautuminen). Kohtuusperiaatteen näissä tilanteissa vaatimilla tarkennuksilla on sanktioiden puolella perusta siinä, että rangaistuksia arvotetaan myös sen mukaan, kuinka suureksi kärsimykseksi *tuomittu itse* ne kokee. Sanktiokumulaatio ja heikko terveydentila etsivät siten paikkansa sanktiodimension siltä kulmalta, *joka mittaa tuomitun subjektiivisia kokemuksia*. Kolmantena sivuna "rikoksen rangaistusarvokuutiossa" voisivat olla *reaaliset tavoiteargumentit,* joilla edistetään suoraan esim. haittaminimoinnin tavoitetta, kiinnittäen huomio esimerkiksi rikoskierteen katkeamiseen ja rikoksiin altistavasta ympäristöstä irtautumiseen tai vahinkojen hyvittämiseen. Näille argumenteille löytyisi vastineet yhtäältä sanktion ominaisuuksista *estää rikoksia yleispreventiivisesti* ja sen ominaisuuksista *synnyttää rikollisuutta esim. laitostami-*

[1] Erityispreventiivisen varoitusvaikutuksen kannalta päädyttäneen taas lähemmäs Ruotsin vapausrangaistuskomitean linjaa. Varoituksen teho lienee ainakin karkeassa suhteessa kokemuksen epämiellyttävyyteen. Sama pätee myös eristämispreventioon ainakin siten, että pidemmät eristämisajat koetaan lyhyempiä epämiellyttävimpänä, joskin kokemusten laatu ei välttämättä ole lineaarisessa suhteessa sen kestoon. Parannus ja välillinen erityispreventio (asenteiden muutos) on mekanismina liian mutkikas, jotta sen synnyn ehtoja voisi suoraan kuvata sanktioiden ominaisuuksin.

[2] Ero jakson IV.D.4. tarkasteluihin on siinä, että tekstissä seuraava katsaus pohtii rangaistuslajien keskinäisiä ankaruussuhteita yleisesti, kun taas mittaamisperusteita koskevassa jaksossa selvitettävänä oli tuomittujen yksilökohtaisten erojen relevanssi rangaistuksen määräämisperusteena.

sen kautta. Lievennys vahinkojen hyvittämisen perusteella nojaa otaksumaan sanktion motivoivasta vaikutuksesta, ja etsii vastineensa lähinnä *yleisön sanktiosisältöä koskevista käsityksistä.* Irtautuminen rikoksia altistavasta ympäristöstä on seikka, jolla on ratkaisuperusteena arvoa siltä osin, kun paino pannaan rangaistuksen ominaisuuksiin, ei yksin rikoksia vähentävänä, vaan myös niitä lisäävänä tekijänä. Se etsii siis vastineensa rangaistuskuution kolmannelta sivulta (*sanktion preventiiviset ominaisuudet*).

2. Pohdintoja rangaistuslajien ankaruussuhteista

2.1. Sakko ja vankeus

2.1.1. Yleisiä huomautuksia

Vuoden 1884 rikoslakiehdotuksessa rangaistusten ankaruusjärjestys esitettiin laissa vahvistettavaksi ankarimmasta lievimpään seuraavasti: (1) kuolemanrangaistus, (2) kuritushuonerangaistus, (3) vankeus ja (4) sakko (ks. Ehdotus 1884 RL 2:9 § ja tarkemmin *Virolainen* 1977 s.70 alav.21). Vaikka säännös jäi lain lopullisesta versiosta pois, on tapa kytkeä sakkouhat rikostyypin lievempiin ja vankeus sen törkeämpiin muotoihin selvä osoitus suhteiden säilymisestä. Myös rikoslakiprojekti asettaa sakon vankeutta yleisesti lievemmäksi sanktioksi (Rikoslakiprojekti I s.31). Tämä vastaa myös oikeuskirjallisuuden kantaa (ks. *Forsman* 1930 s.556, *Koskinen* 1973 s.101 sekä myös *Virolainen* 1977 s.70 viitteineen).

Rangaistuksia ei kuitenkaan tuomita abstraktisesti sakkona tai vankeutena, vaan *tietyn pituisina* tai *tietyn suuruisina* vankeus- tai sakkorangaistuksina. Jos lajeja tahdotaan verrata toisiinsa abstraktisesti, voinee vain sanoa, että *rikoslain asettamissa rajoissa* sakko on vankeutta lievempi seuraamus (vrt. esim. järjestelmää, jossa sakko määrätään päiväsakoin rajoissa 100-1000 ps. ja vankeuden yleiset rajat ovat 1-10 päivää). Rangaistuksia lähemmin vertailtaessa on siis otettava huomioon myös määrä: vankipäivät, päiväsakkojen lukuja markkamäärä. Vankeus saattaa lisäksi olla joko ehdollista tai ehdotonta. Vankeuden ja sakon yleisen vertaamisen sijasta on siis verrattava raha- ja päiväsakkolukumäärältään tietynsuuruisia sakkoja pituudeltaan erilaisiin ehdollisiin ja ehdottomiin vankeusrangaistuksiin.

Useamman muuttujan sisällyttäminen arvosteluun mutkistaa alkuperäistä asetelmaa. Se tekee myös asiasta esitetyt erilaiset tulkinnat ymmärrettäviksi. Niinpä esimerkiksi *Blom* on omassa tutkimuksessaan tulkinnut sakon ehdol-

lista vankeutta ankarammaksi seuraamukseksi (*Blom* 1979 s.54). Ehdollista rangaistusta koskeneessa hallituksen esityksessä vuodelta 1975 sakko mainittiin niin ikään ehdollista vankeutta ankarampana seuraamuksena (ks. HE 108/1975 II vp.s.2). Toisaalta jo seuraavassa hallituksen esityksessä todetaan, kuinka: ". . . tuntuvimmatkaan sakkorangaistukset eivät tällä hetkellä muodosta vaihtoehtoa vapausrangaistukselle, koska vapausrangaistus koetaan aina sakkorangaistusta ratkaisevasti ankarammaksi seuraamukseksi" (HE 109/1975 II vp.s.3).

2.1.2. Muuntosuhteesta vertailun mittana

Erään kiinnekohdan tarjoaa sakon ja vankeuden muuntosuhde. Päiväsakon nimike vie lähelle ajatusta tuon sakon ja vankipäivän vastaavuudesta. Näin asia ymmärretään myös reformatio in pejus sääntöä tulkittaessa. Jos siis sakko johtaisi muunnettuna vertailukohdettaan pitempään vankeusrangaistukseen, olisi ensin mainittu katsottava jälkimmäistä ankarammaksi.[3]

Muuntosuhteeseen perustuvaa vertailumenetelmää on kuitenkin kritisoitu, mm. sillä perusteella, että muuntosäännöt ja reformatio in pejus kielto palvelevat toisistaan poikkeavia rikosoikeudellisia tavoitteita ja tarpeita. Ensin mainittu huolehtii sekä valtion (pyrkii takaamaan sakon maksamisen) että tuomitun intresseistä (takaa kohtuullisen muuntotuloksen, ks. *Virolainen* 1977 s.73 ja HE 153/1985 II vp.s.15). Reformatio in pejus toimii yksin syytetyn eduksi rangaistuksia muutoksenhakuinstanssissa mitattaessa. Rangaistuksen keskinäinen ankaruus tulisikin *Virolaisen* mielestä punnita "yleisobjektiivisen" muuntosuhteen sijasta *konkreettisobjektiivisen* menetelmän mukaan: muutoksen haitallisuus ja seuraamuksen ankaruus tulee arvioida yksittäistapauksittain ja ensi sijassa syytetyn erityisten olosuhteitten kannalta (*Virolainen* 1977 s.74-75). On ratkaistava, "vaikuttaisiko muutos tässä konkreettisessa tapauksessa asiaa objektiivisesti tarkastellen muutoksenhakijan asemaan haitallisesti" (mts.75).[4] Tällaisen menetelmän soveltamiseksi on kehitettävä kriteerit sanktiohaitan määrittämiseksi. Olisi eriteltävä rangaistuksen reaalisisältö ja sanktiosta objektiivisesti arvioiden aiheutunut konkreettinen haitta.

---

[3] Näin. KKO 1948 II 15 ja samalla kannalla olevista *Tirkkonen* 1936 s.248 ja sama 1972 s.418 sekä 488, vrt. kuit. *Virolainen* 1977 s.72 ja ks. myös Nytt Straffsystem 1977 s.208 ss.

[4] Konkreettisobjektiivinen menetelmä ottaa siis lähtökohtaisesti huomioon tuomitulle aiheutetun kärsimyksen, mutta arvioi sen "objektiivisesti" keskimääräisarvion mukaan.

2.1.3. *Päiväsakkojen ja ehdottomien vankipäivien konkreettisobjektiivista vertailua*

Sakon reaalisisältöä arvostellessa kiinnittyy ensimmäisenä huomio tuomitun tulo- ja varallisuustasoon. Olosuhde onkin pyritty ottamaan huomioon päiväsakkojärjestelmän perusteissa ja voidaan seuraavassa jättää syrjään. Toiseksi lajien välistä vertailua vaikeuttaa *vapaudenmenetyksen sanktioarvon eriasteisuus* suhteessa ihmisen elämäntilanteeseen. Sanktiouhat ovat kuitenkin yleisiä ja kaikkia koskevia, eikä niitä voida kovin pitkälle eriyttää ihmisten subjektiivisten erojen mukaan. Siihen, missä määrin subjektiiviset yksilökohtaiset erot on oikeus ottaa huomioon, otettiin kantaa jo jaksossa IV.D.3—4. Rangaistusten yleisen vertailun tasolla joudutaan tyytymään *keskimääräiskäsityksiin*.

Päiväsakkojen ja vankipäivien reaalista vastaavuutta voi puolustaa lähinnä päiväsakkojärjestelmän tausta-ajatuksin. Oletetaan, että sakotettu joutuu rangaistukseksi tinkimään elintasostaan päiväsakkojen lukumäärän osoittaman ajan (näin HE 153/1985 s.15). Elintason lasku johtaisi siten jollakin tavalla vankila-aikaa ja -oloja vastaavaan tilanteeseen. Sakotettu ei toisaalta menetä kaikkia tulojaan, vaan (nykyisten säännösten mukaan) kolmanneksen bruttopäivätulostaan. Tämä vastaa tavallisimmin sakotetuissa alemmissa tuloluokissa noin puolta verotuksen jälkeen käyttöön jäävästä päivätulosta. Muuntosuhde on jo tämänkin vuoksi hämärtynyt. Ajatus on vailla reaalista pohjaa myös siinä, ettei tuomittu joudu aikaisemmin kerääntyneen varallisuutensa vuoksi yleensä juurikaan tinkimään elintasostaan käytännössä tuntuvalla tavalla.

Vaikka muuntosuhde ei perustakaan yleiselitteistä ja toimintakelpoista vertailukriteeriä, on sellainen määrätilanteissa (sakkoja muunnettaessa) pakko konstruoida. Edellisessä kappaleessa jo mainituista syistä, ja ottaen lisäksi huomioon vakiintuneen käytännön, jonka mukaan vankeutta määrättiin vuoteen 1985 saakka yleensä 75 % päiväsakkojen lukumäärästä, sakon ja vankeuden muuntosuhdetta korjattiin vuonna 1985 siten, että kaksi päiväsakkoa vastaa yhtä vankipäivää. Hallituksen esityksen perusteluissa todetaan muutoksesta lyhyesti (HE 153/1985 II vp. s.15):

> "Aikaisemmin katsottiin, että vankeusrangaistuksen ja sakkorangaistuksen ankaruutta vertailtaessa sakkorangaistuksen ankaruus määräytyy sakkoa vastaavan muuntorangaistuksen pituuden mukaan . . . Vapausrangaistuksen rangaistusarvo on kuitenkin viime vuosina kasvanut. Nykyään pitänee keskivertokansalainen 60 päiväsakon suuruista sakkorangaistusta yleensä 1 kuukauden vankeusrangaistusta lievempänä."

Hallituksen esityksessä kiinnitettiin syystä huomiota sanktioarvojen muutoksiin. Vankeuden ja sakon suhde on jatkuvan kehityksen alainen. Elintason

kohoaminen, vapaa-ajan lisääntyminen, sekä näiden myötä kasvaneet mahdollisuudet nauttia tuosta vapaa-ajasta nostavat vapaudenmenetyksen sanktioarvoa. Varallisuuden kasvu taas tekee sakosta suhteellisesti yhä vähäisemmän sanktion (siis suhteessa kokonaisvarallisuuteen ja niihin etuihin, joita pienentäen tuon seuraamuksen tarkoitus oli tuottaa yksilölle haittaa). Jos sanktiojärjestelmän kokonaistaso sekä seuraamusten keskinäiset suhteet tahdotaan säilyttää ennallaan, olisi vapausrangaistuksia jatkuvasti vähennettävä ja sakkoja kovennettava.[5] Ehdoton vankeus edustanee tällä hetkellä — ja arvattavasti tulevaisuudessa vielä suuremmassa määrin — aina sakkoa ankarampaa seuraamusta. Voikin kysyä, vastaako edes muuntossuhde 2/1 lajien todellista ankaruussuhdetta. Myös hallituksen esityksen teksti oli asiassa varauksellinen.

2.1.4. Sakon ja ehdollisen vankeuden suhteesta

Vanhempi oikeuskirjallisuus piti ehdotonta sakkoa ankarampana kuin ehdollista vankeutta (ks. *Tirkkonen* 1936 s.254 ja sama 1972, ks. myös *Anttila* 1960 s.28). Samalle kannalle rakentui *Blomin* tutkimuksessaan käyttämä sanktiomitta. Tämä perustui käsitykseen, jonka mukaan rangaistuksen olennaisena sisältönä on toimintavapauksien tietynsuuruinen rajoittaminen. Koska vertailtavista vaihtoehdoista vain sakko kajoaa jollakin konkreettisesti tuntuvalla tavalla tuomitun vapauksiin (tässä tapauksessa taloudelliseen itsemääräämisoikeuteen), on se Blomin mukaan myös ehdollista vankeusrangaistusta ankarampi (ks. *Blom* 1979 s.54 ss). Oikeuskäytännössä on toisaalta pidetty mahdollisena muuttaa ehdollinen vankeus syytetyn valituksesta ehdottomaksi sakoksi (tapauksista *Virolainen* 1977 s.79 ja alav.48).

Blomin käsitys perustuu liian kapealle rangaistuksen sisältöä koskevalle tulkinnalle.[6] Sekä yleisön että tuomittujen itsensä kannalta olennainen osa rangaistuksen tuottamasta kärsimyksestä ja sen estovaikutuksesta liittyy ympäristön tekijään kohdistamaan paheksuntaan (ks. esim. *Ross* 1975 s.36-39). Paheksunta vaihtelee taas olennaisesti sen mukaan, onko tuomio vankeutta vai sakkoja. Vankeus on ehdollisenakin huomattavasti sakkoa *häpeällisempi*, ja sen kautta myös tätä ankarampi seuraamus. Ehdolliseen rangaistukseen liittyy lisäksi *täytäntöönpanon uhka*. Se on jo itsessään tuntuva psyykkinen rasite.

---

[5] Tämän enempää seuraamusten ankaruussuhteista ei tässä ole rationaalisin väittein todettavissa. Yhteisössä todella vallitsevia käsityksiä sanktioiden vaihtosuhteesta onkin mahdollista kartoittaa vain empiirisin mittauksin. Viittaan tältä osin tutkimuksen II osaan. Historiallisten tarkastelujen osalta ks. Lappi-Seppälä 1982a s. 170-172.

[6] Blomin tulkintaan suhtautuu epäillen myös *Lahti* 1980 s.19.

Toiseksi tuo uhka rajoittaa monella tavoin tekijän käyttäytymisvapauksia. Realisoituessaan — mikä ei suinkaan ole ainoastaan teoreettinen mahdollisuus — tuo uhka muuttuu *konkreettiseksi vankilakärsimykseksi* monine lisähaittoineen (ks. myös SOU 1986:14 s.433). Vankeusrangaistuksesta seuraava *rikosrekisterimerkintä* on myös itsenäinen lisäsanktio. Se tuottaa haittaa mm. työpaikkaa hakiessa. Jos ehdolliseen rangaistukseen tuomittu joutuu uudesta rikoksesta tuomituksi, ilmenee aikaisemman ehdollisen rangaistuksen vaikutus myös uudesta rikoksesta tuomitun rangaistuksen ankaroitumisena. *Uusimisvaikutus* on myös konkreettinen haitta. Myös *oheissakkojärjestelmä* kuvastaa ajatusta sakosta ehdollista vankeutta lievempänä sanktiona (ei ole järkeä määrätä ankarampaa sanktiota lievemmän *tehosteeksi*). On siis edelleen hyvät perusteet pitää sakkoa lajina ehdollista lievempänä. Sen sijaan on mahdollista, että sakkoasteikon ylärajoille sijoittuvat 100—120 päiväsakon rangaistukset jo hyvinkin vastaisivat lyhimpiä ehdollisia vankeusrangaistuksia (ks. tästä osa II).

2.2. Ehdollisen ja ehdottoman vankeuden suhteesta

Vanhemmassa oikeuskirjallisuudessa ei erottelua ehdollisen ja ehdottoman vankeusrangaistuksen välillä kytketty sanktioankaruuden ongelmiin. Rangaistuksen mittaamiseen ja ankaruudeltaan oikeudenmukaisen sanktion vahvistamiseen kuului *Nousiaisen* mukaan ainoastaan valinta sakon ja vankeuden välillä sekä määrän vahvistaminen. Ehdollisuudesta päättäminen on vain täytäntöönpanoa koskeva "kriminaalipoliittinen ratkaisu" (*Nousiainen* 1961 s.9, samoin *Anttila* 1960 s.21). Samalla kannalla oli *Strahl*. Rangaistuksen määrääminen sisälsi hänen mukaansa kaksi osavaihetta: (a) oikeudenmukaisen rangaistuksen suuruuden vahvistamisen sekä (b) tarkoituksenmukaisuusperusteisen täytäntöönpanoa koskevan päätöksen (*Strahl* 1950 s.14-15). Näistä lähtökohdista olisi kysymys ehdollisen ja ehdottoman vankeuden ankaruussuhteesta väärin asetettu, sillä valinta näiden välillä tapahtuu muiden kuin seuraamuksen ankaruutta painottavien kriteerien mukaan. Perusteet kuuluvat eri kielipeleihin.

Tässä tutkimuksessa hyväksytty vastakkainen kanta pitää ehdollista rangaistusta itsenäisenä, ehdotonta lievempänä, seuraamuksena (näin esim. *Heinonen* 1976 s.142 ss. ja *Virolainen* 1977 s.76). Tällöin myös valinta ehdollisen ja ehdottoman rangaistuksen välillä on osa sanktioankaruuden vahvistamista ja rangaistuksen mittaamista. Kysymys rangaistuksen ehdollisuudesta voidaan irroittaa sanktioankaruudesta vain, jos jälkimmäistä tarkastellaan empiriasta ja reaalisista rangaistuksista irrallisena ideaalisena suureena, jonka ilmaisemi-

seen tosin käytetään vuosia, kuukausia ja päiviä, mutta vain symbolisella tasolla. Todellisuudessa kyse on kuitenkin ihmisten tuomitsemisesta hyvinkin reaalisiin, olemassaolostaan varsin havaittavalla tavalla muistuttaviin sanktioihin. Ajatus, ettei vankeusrangaistuksen ehdollisuudesta tai ehdottomuudesta päättämisellä ole tekemistä rangaistuksen ankaruuden (ja siis mittaamisen) kanssa on absurdi — siihen katsomatta, miten sanktiosisältö ymmärretään ja kenen kannalta sitä tarkastellaan. Tuomittu kokee laitokseen joutumisen varmuudella suurempana pahana kuin samaa tarkoittavan pelkän uhan. Sama pätee yleisöön ja mitä todennköisemmin myös lainkäyttäjiin. — On sitten toinen asia, kuinka näiden sanktiolajien ankaruusero mitataan ja saadaan selville. Vaikeudet tässä eivät kuitenkaan oikeuta päättelemään, ettei näiden lajien välillä ole ankaruuseroa. Tämän vahvistavat jo ne oikeuskäytännön ratkaisut, joissa ehdoton vankeus on syytetyn valituksesta määrätty yhtä pitkäksi, mutta oheissakolla tehostetuksi ehdolliseksi vankeusrangaistukseksi (ks. esim. ISHO 1986/1978).

2.3. Lajit ja ankaruus — loppuhuomautus

Yleisiin päärangaistuslajeihin luetaan ensinnäkin sakko ja vankeus. Seuraamusjärjestelmään sisältyvistä muista vaihtoehdoista mm. tuomitsematta jättämisen ja ehdollisen rangaistuksen oikeudelliset luonnehdinnat ovat jonkin verran vaihdelleet. Tässä esityksessä ehdollista vankeusrangaistusta käsitellään itsenäisenä, ehdotonta vankeutta lievempänä rangaistuslajina. Tämä ei estä kohtelemasta määrätilanteissa vankeutta abstraktisesti (vankeuden lajiin katsomatta) päärangaistuslajina sakon vaihtoehtona. Tuomitsematta jättäminen taas on nykyisellään epäyhtenäinen oikeusinstituutti, joka palvelee useita, toisiina vaikeasti sovitettavissa olevia tavoitteita.[7] Seuraava esitys pyrkii omalta osaltaan selventämään tuon järjestelyn asemaa osana seuraamusjärjestelmää. Toistaiseksi voidaan kuitenkin hyväksyä rangaistusten ankaruusjärjestykseksi lievimmästä ankarimpaan: (1) tuomitsematta jättäminen, (2) sakko, (3) ehdollinen vankeus, (4) oheissakolla tehostettu ehdollinen vankeus ja (5) ehdoton vankeus.

---

[7] Tuomitsematta jättämisestä seuraamusjärjestelmän perussystematiikassa ks. *Lahti* 1974 s.63—77. Kuten *Lahti* huomauttaa, on kyse sekamuotoisesta, sui generis tyyppisestä ja sitä paitsi itsessään epäyhtenäisestä kokonaisuudesta (*Lahti* 1974 s.77 viitteineen). *Anttila-Heinonen* päätyvätkin lukemaan sen pääryhmään "rangaistustyyppiset" rikosoikeudelliset seuraamukset (yhdessä mm. ehdollisen rangaistuksen ja hyödyn useampikertaisen konfiskaation kanssa, ks. *Anttila-Heinonen* 1977 s.173).

3. Rangaistuksen määräämisen osaratkaisut ja esityksen jäsentely

Mittaamisratkaisun osavaiheita voi hahmottaa usealta kannalta. Voi kiinnittää huomion esimerkiksi eri perusteiden tai periaatteiden käyttöjärjestykseen (vrt. esim. Spielraum- ja Stellenwert-teoriat jakso III.B.), ratkaisuheuristiikkaan tai justifikaatioon, taikka lain edellyttämiin osaratkaisuihin. Siihen katsomatta, kuinka mittaamisratkaisun otaksutaan todellisuudessa etenevän (heuristiikka), on käytännön oikeuselämän tarpeiden kannalta tärkeätä tarkastella sanktiovalintaa lainsäädännön edellyttämien erillisratkaisujen kautta. Näitä ovat mm:

a) tunnusmerkistön valinta,
b) asteikosta päättäminen,
c) päärangaistuslajin valinta (sakko/vankeus),
d) valinta ehdollisen ja ehdottoman rangaistuksen välillä,
e) päiväsakkojen lukumäärän vahvistaminen ja vankeusrangaistuksen pituuden määrääminen,
f) tuomitsematta jättäminen.

Nämä osaratkaisut ovat tämän luvun jäsennyksen perusta. Kaikkiin ei kuitenkaan paneuduta yhtäläisellä tarkkuudella. Aluksi selvitetään tunnusmerkistön valintaongelmia (kohta a) siltä osin kuin niillä on merkitystä mittaamisperusteiden tulkinnan ja soveltamisen kannalta. Asteikosta päättämiseen liittyvät muodolliset kysymykset (kohta b) kytketään yhteen kohdan c kanssa. Myös valinta sakon ja vankeuden välillä jää lähinnä eräiden poikkeustilanteiden esittelyn varaan. Paino on vankeusrangaistuksen lajin valinnassa (kohta d) ja tuomitsematta jättämisessä (kohta f). Myös eräät rangaistusten täytäntöönpanoon liittyvät ongelmat ansaitsevat tulla käsitellyksi ehdollisen rangaistuksen käyttöperiaatteiden selvittelyn yhteydessä.

Tässä luvussa keskitytään kysymyksiin, joihin on mahdollisuus saada vastaus kvalitatiivisen oikeustapausanalyysin keinoin. Kohdan (e) käsittely (päiväsakkojen määrä ja vankeusrangaistuksen pituus) lykätään siten kvantitatiivisia metodeja soveltavaan tutkimuksen toiseen osaan.

B. MITTAAMISPERUSTEET JA TUNNUSMERKISTÖN VALINTA

1. Yleistä

Tunnusmerkistön valinta kattaa itse *perustunnusmerkistöstä päättämisen* (onko teko varkaus) ja mahdollisen *sivutunnusmerkistön- tai asteikon valinnan* (onko kyse "tavallisesta" vaiko törkeästä varkaudesta, onko petos tehty "erittäin raskauttavien asianhaarojen vallitessa" jne). Perustunnusmerkistön vahvistamisella ei ole aiheen kannalta sanottavaa merkitystä. Sen sijaan sivutunnusmerkistöjen valinta on olennaisilta osiltaan teon törkeysarvostelua, jolloin on otettava kanta mittaamisperusteiden ja tässä vaikuttavien tunnusmerkistön (sivuasteikon) valintaperusteiden väliseen suhteeseen. Tarkasteltavaksi tulee kaksi perusongelmaa: (1) mittaamisperusteet tunnusmerkistön valintaperusteina ja (2) tunnusmerkistötekijät mittaamisperusteina (kaksinkertainen kvalifiointi ja analogia).

2. Mittaamisperusteet tunnusmerkistön valintaperusteina

2.1. Privilegiointi- ja kvalifiointitekniikat

Mittaamisperusteiden merkitys tunnusmerkistön (ja asteikon) valintaperusteina ratkeaa suurelta osin tunnusmerkistöjen säätämisessä käytetyn lainkirjoitustekniikan mukaan. Lainsäätäjän voi ajatella järjestäneen asian useammallakin tavalla (seuraavan johdosta ks. erityisesti *Törnudd* 1971 s.45—49 ja myös *Halinen ym.* 1981 s.131 ss).

(1) Ensinnäkin on mahdollista luetella tunnusmerkistön valintakriteerit sitovasti (esimerkiksi RL 27:1[2]). Muut kuin laissa mainitut seikat eivät tämän mukaan vaikuta tunnusmerkistön valintaan.

(2) Toiseksi voidaan mainita sitovat esimerkit, joiden vallitessa on *aina* sovellettava sivutunnusmerkistöä, mutta tämän ohella jätetty mahdollisuus *muulloinkin* päätyä rinnakkaisasteikon käyttöön (esim. RL 33:1[2]). Jätetty harkintamarginaali mahdollistaa sivutunnusmerkistön soveltamisen myös asiaan soveltuvien yleisten mittaamisperusteiden nojalla (sen mukaan kuin myöhemmin esitetään).

(3) Kolmanneksi lainsäätäjä voi mainita *harkinnanvaraisia* esimerkkejä sivuasteikon soveltamisesta asettaen tämän lisäksi mahdollisuuden tuon asteikon soveltamiseen *muissakin tapauksissa* (RL 28:2). Samoin kuin edellä, tällaisina perusteina voivat tulla kysymykseen yleiset mittaamisperusteet.

(4) Neljänneksi on mahdollista laatia *tyhjentävä mutta ehdollinen esimerkkiluettelo*. Esimerkeissä mainitut olosuhteet ovat tällöin välttämätön, mutta eivät riittävä ehto sivutunnusmerkistön soveltamiseen. Niiden ohella vaaditaan *lisäksi kokonaisarvio*. Tällöin myös mittaamisperusteet voivat olla mukana tuossa kokonaisarviossa.

(5) Viidenneksi voidaan sivutunnusmerkistön soveltaminen jättää *kokonaan tuomarin harkintaan*, luettelemalla vain esim. raskauttavat tai lieventävät asianhaarat (esim. RL 21:1 ja RL 36:1). Nämä ovat yleensä täsmälleen samoja seikkoja, joihin kiinnitetään yleisestikin huomiota rangaistusta mitattaessa.

Kaksi ensimmäistä vaihtoehtoa ovat jäämässä liiallisen jäykkinä ja sitovina ainakin rikoslain puolella käytöstä pois.[1] Viimeisen vaihtoehdon hylkäämistä voi perustella painavin oikeusturva-argumentein (ks. Rikoslakiprojekti I s.32-33). Kolmas vaihtoehto on edustanut viime vuosiin saakka käytössä ollutta tekniikkaa. Rikoslakiprojekti esittää sen säilyttämistä privilegioinneista säädettäessä, mutta katsoo, että oikeusturvasyistä olisi kvalifioinnit rakennettava neljännen variantin mukaan. Ehdotukseen voi yhtyä, joskin tulee muistaa, että oikeusturvan asteen määrää neljättä vaihtoehtoa sovellettaessa viime kädessä käytettyjen kvalifiointiperusteiden täsmällisyys. Epätäsmälliset ja avoimet perusteet merkitsevät asiallisesti kokonaisharkintaklausuulia.

2.2. Mittaamisperusteiden merkitys

Niissä tapauksissa, joissa yleisillä mittaamisperusteilla olisi nyt esitetyn mukaan merkitystä tunnusmerkistön valintaperusteina, on ilmeistä, että eri perusteet ovat toisistaan poikkeavassa asemassa. *Tekoon liittyvät* perusteet eivät tuota ongelmia. Ne vaikuttavat tunnusmerkistön valintaan sen mukaan kuin edellä todettiin[2]. *Tekijään* ja *teon ulkopuolisiin* seikkoihin liittyvien perusteiden merkitys on sen sijaan epäselvempi. Prima facie tuntuisi oikealta, ettei te-

[1] Tunnusmerkistöratkaisuissa vaikuttavista arvoista ja tavoitteista sekä vaihtoehtoisista menetelmistä ks. *Törnudd* 1971 passim. erit. s. 19 ss. Eri kvalifiointi- ja privilegiointitekniikoiden arviosta ks. sama s.49 ss.

[2] Kun kysymys on kokonaisharkinnasta, on selvää, ettei esim. jonkin RL 6 luvun tekoon liittyvän mittaamisperusteen soveltaminen itsessään vielä tee privilegioidun tai kvalifioidun asteikon soveltamista välttämättömäksi.

kijän ominaisuuksilla, sen enempää kuin ulkopuolisilla poikkeussyilläkään saisi olla merkitystä sen arvioinnissa, mikä tunnusmerkistö tapaukseen soveltuu. Rikos, joka ensikertalaisen tekemänä tuomitaan tavallisena varkautena, tulee arvioida saman tunnusmerkistön perusteella myös uusijan tekemänä. Vahinkojen hyvittäminen tai seuraamusten kasautuminen ei tee itse *rikosta* lievemmäksi, joskin se lieventää kohtelua (samalla tavoin *Lahti* 1974 s.319 ja 382).

Aivan näin mutkaton ei tilanne kuitenkaan ole. Kun toisaalta asteikon muuntaminen on oikeutettua vähentyneen syyntakeisuuden ja nuoruuden perusteella, ja kun taas asteikosta poikkeminen on mahdollista juuri teon ulkopuolisten poikkeusperusteiden nojalla (ks. myöhemmin jakso 3.1.1.), voi kysyä, mikseivät nämä samat syyt kelpaisi myös ohjaamaan esimerkiksi nimeämättömien sivuasteikkojen valintaa. Prima facie sääntöön onkin syytä esittää ensinnäkin tarkistus *tekijää koskevien* perusteiden osalta. Viittaan tässä jo jaksossa IV.C.1. referoituun ratkaisuun KKO 1334/1979, jossa tekijän psykiatrisella taustalla oli vaikutusta arvioon siitä, oliko henkirikos kokonaisuudessaan katsottava törkeäksi murhatunnusmerkistön edellyttämällä tavalla. *Motivointikykyyn* vaikuttava syyntakeisuuden aste onkin aivan ilmeisesti seikka, joka vaikuttaa *teon moitittavuuteen* ja sitä kautta myös asteikon valintaan. Myös teko, joka on tehty nuoruudesta johtuvasta ajattelemattomuudesta voi samoin perustein tulla tuomituksi lievemmän asteikon mukaan.[3]

Siltä osin kuin asteikon valinnan tarkoitus on abstraktisti osoittaa, *mihin törkeysluokkaan itse rikos kuuluu*, ei *teon ulkopuolisilla seikoilla* sen sijaan saisi olla päätökseen vaikutusta. Niissä otetaan huomioon yleensä rangaistuksen merkitys tuomitulle in casu. Jos nuo olosuhteet vaativat erityistä huomiota osakseen, päästään tarvittavaan lopputulokseen usein rikoslain asteikosta poikkeamista koskevan säännöksen nojalla. Erotukseksi nyt tarkastelluista tilanteista asteikko ei näissä tapauksissa enää ilmaise rikoksen abstraktista moitittavuutta, vaan tarvetta yksilöllistää kohtelu tapauksen ja tuomittavan henkilön poikkeuksellisten piirteiden mukaan.

3. Tunnusmerkistötekijät mittaamisperusteina

3.1. Kaksinkertainen kvalifiointi

Törkeysarvostelun lähtökohtana on teon tunnusmerkistö. Porrastusperusteilla lainsäätäjä voi myös osoittaa lainkäyttäjälle, mihin syihin tämän tulee kiin-

[3] Toinen asia on, ettei tähän RL 3:2:n mukanaan tuoman vähennyksen johdosta yleensä ole tarvetta.

nittää huomio omassa arvioinnissaan. Kotimaisessa oikeuskirjallisuudessa tunnusmerkistöön sisältyvien törkeysporrastusperusteiden onkin katsottu merkitsevän asiallisesti mittaamisohjeiden antamista lainkäyttäjälle (esimerkiksi *Svinhufvud* 1977 s.101). Saksalaisella kielialueella menettely on kuitenkin yleisesti torjuttu vetoamalla ns. kaksinkertaisen kvalifioinnin kieltoon (ks. StGB 46² § sekä ÖStGB 32² §). Sen mukaan tunnusmerkistötekijää ei saisi käyttää mittaamisperusteena, mikäli se jo kertaalleen on vaikuttanut teon törkeysarvostelussa. Nousiaisen mukaan tunnusmerkistöseikan arvottaminen mittaamisessa olisikin korjausta vaativa mittaamisvirhe (*Nousiainen* 1961 s. 244).

Meillä asiaan kiinnitettiin huomiota RL 6 luvun säätämisen yhteydessä (*Koskinen* 1976a s. 52). Hallituksen esityksessä todettiin, ettei lain yleisiä lieventämis- ja koventamisperusteita tulisi soveltaa, jos ne on otettu huomioon jo rikoksen tunnusmerkistössä. Toisaalta kiistettiin, ettei "kysymyksessä . . . kuitenkaan ole yleinen niin sanottu kaksoiskvalifiointikielto", vaan rikostyyppiä määrittävän tunnusmerkistötekijän esiintyessä poikkeuksellisen lievänä tai voimakkaana on perusteltua ottaa se huomioon myös mittaamisessa (HE 125/1975 II vp. s. 10).

Toisissa tapauksissa tunnusmerkistötekijää siis saa, toisissa taas ei saa käyttää mittaamisperusteena. Näennäisen epäselvä tilanne ratkeaa sen mukaan, onko kyseinen tunnusmerkki dikotomia- vai jatkumoluontoinen; siis sääntö vai periaate. Milloin porrastusperuste tai tunnusmerkistöseikka on tulkittavissa dikotomisesti (säännöksi), ei samaan seikkaan saa mittaamisessa enää toistamiseen kiinnittää huomiota.[4] Normaalisti törkeysarvostelun perusteet kuitenkin esiintyvät *vahvuudeltaan erilaisina* (ovat siis periaatteita). Niiden pelkän "läsnäolon" toteaminen ei siis vielä riitä, vaan vaaditaan myös painoarvon ja voimakkuuden punnintaa. Tällaista perustetta käyttäessään lainsäätäjä on tehnyt tunnusmerkistöratkaisunsa määrätyn *tyyppitilanteen* pohjalta. Jos perusteen tarkoittama olosuhde toteutuu erityisen vahvana tai heikkona, ei se toteuta lainsäätäjän ennakoimaa tyyppimuotoa (tai tarkemmin sanoen se sijoittuu tyypin reuna-alueelle). Tuo poikkeama on lainsoveltajan tietysti otettava huomioon etsiessään asteikolta rangaistuksen paikkaa.[5]

---

[4] Perätön lausuma on tai ei ole valalla vahvistettu, ja tuon olosuhteen vaikutus näkyy jo ankaramman asteikon soveltamisena, RL 17:5², ks. myös esimerkkejä *Nousiainen* 1961 s.244 alav. 230.

[5] Tämän enempiin huomautuksiin ei saksalaisella kielialueella runsaasti keskustelua synnyttänyt kaksinkertaisen kvalifioinnin kielto tarjoa aihetta. Teeman problematisointi perustuu virheellisiin oikeusteoreettisiin otaksumiin — lähinnä ajatuksiin normeista yksiselitteisinä sääntöinä ja tuomarista niitä soveltavana lainsäätäjän työn mekaanisena jatkajana

3.2. *Analogiasta*

Mittaamissäännöstön esitöissä annetaan lainkäyttäjälle lupa ottaa törkeysarvostelussa huomioon sellaisiakin seikkoja, jotka ". . . jonkin muun käsiteltävän rikosta läheisesti muistuttavan rikoksen tunnusmerkistössä vaikuttavat joko raskauttavasti tai lieventävästi . . ." (HE 125/1975 II vp. s. 9, ks. myös *Anttila* 1973 s.376 ja *Heinonen* 1977 s.19—20). Näin meneteltäessä on kuitenkin oltava varovainen. Vaikka pakottamisen arvostelussa voidaan ottaa huomioon esimerkiksi ryöstön kvalifiointiperusteet, ei korkealla verenalkoholilla (rattijuopumusrikoksen arvosteluperusteena) ole rangaistusta nostavaa merkitystä herjauksen törkeysarvostelussa — pikemminkin päinvastoin. Kun rikoksen törkeysarvostelussa on joka tapauksessa tukeuduttava suojeluobjektin erittelyyn ja sen selvittämiseen, missä määrin teko on vahingollinen säännöksen suojaamistavoitteiden kannalta, ratkeaa rinnakkaisten tunnusmerkistöjen tarkastelun arvo in casu. Vertailu ehkä teettää vain ylimääräistä ja tarpeetonta työtä tuomatta esiin mitään sellaista, joka ei olisi selvinnyt puheena olevan rikoksen oman tunnusmerkistön erittelyllä. Toisaalta näin tullaan ehkä ajatelleeksi argumentteja, jotka muutoin olisivat jääneet huomiotta. Metanormeihin kohdistetun yleisen kritiikin mukaan (*Klami* 1979 ja 1983 s.207 ss), kyse onkin lähinnä argumenttien etsinnässä auttavista heuristisista välineistä.

(ks. *Timpe* 1983 s. 32-37 sekä *Zipf* 1969 s. 97). Ajatellaan, että lainsäätäjä joko on tai ei ole ottanut määrättyä perustetta tunnusmerkistöön. Tuomari taas voi vain soveltaa tai olla soveltamatta tuota sääntöä.

C. ASTEIKOSTA PÄÄTTÄMINEN JA PÄÄRANGAISTUSLAJIN VALINTA

1. Asteikko sääntönä— muodolliset ongelmat

1.1. Yleistä

Rangaistusasteikkoa voidaan tarkastella joko sääntönä tai optimointikäskyn sisältävänä periaatteena. Sääntönä sen relevanssi rajoittuu sallitun toiminta-alueen osoittamiseen. Tulkintaongelmat liittyvät tällöin lähinnä asteikon rajojen paikantamiseen. Jos tarjolla on useampia sivuasteikkoja, ongelmia voi liittyä myös asteikon valintaan. Tältä osin viittaan edellisen jakson esitykseen. Sen jälkeen kun on valittu *jokin rikossäännöksen sisältämistä asteikoista*, voi seurata vielä *asteikon muuntaminen*. Tähän on mahdollisuus seuraavissa tilanteissa.

(1) Tapaukseen soveltuu jokin rangaistuksen *yleinen vähentämisperuste. Vähentämisperusteet* on säädelty laissa kiinteästi. Ne oikeuttavat alittamaan rikoksesta säädetyt erityisminimit.

(2) Tuomioistuin päättää *poiketa rangaistussäännöksestä RL 3:5²:n mukaan. Rangaistussäännöksestä poikkeaminen* on mahdollista "erityisistä syistä". Minimin alittamisen ohella voidaan tällöin vaihtaa myös vankeus sakoksi.

(3) Kolmanneksi rikoksesta säädettyä perusasteikkoa voidaan joutua muuntamaan eräissä *konkurrenssitilanteissa*.

1.2. Vähentämisperusteet ja asteikon muuntaminen RL 3:2:n mukaan

Asteikon muuntaminen lievemmäksi tulee kysymykseen milloin tilanteeseen soveltuu ns. rangaistuksen vähentämisperuste. Ne jakaantuvat esityksessä noudatetun yleisen systematiikan mukaan seuraavasti.

Tekoon liittyvät
a) Teon motivaatiotausta
   (1) hätävarjelun liioittelu (RL 3:9)
   (2) oikeudenvastainen pakkotila (RL 3:10)

b) Teon modifikaatiot
(3) yritys (RL 4:1)
(4) avunanto (RL 5:3)

Tekijään liittyvät

(5) nuoruus (RL 3:2)
(6) vähentynyt syyntakeisuus (RL 3:4)

Havaitaan siis, että Suomen oikeus ei sisällä erityisesti nimettyä mahdollisuutta asteikon lieventämiseen ns. teon ulkopuolisten mittaamisperusteiden tarkoittamissa tapauksissa.

Asteikon muuntaminen tapahtuu kaikissa tapauksissa RL 3:2:ssa säädetyin tavoin. Jos rikoksesta voi seurata vain määräaikainen vankeusrangaistus ja/tai sakkoa, alennetaan asteikon ensimmäisrangaistusta neljänneksellä. Jos rikoksesta on säädetty erityinen vähimmäisrangaistus, alenee se yleiseen minimiin saakka (14 päivää vankeutta ja 1 päiväsakko ks. *Halinen* ym. 1981 s. 133-136). Toinen muuntosääntö koskee tapauksia, joissa teosta saattaa seurata vain elinkautinen vankeusrangaistus. Tällöin sovellettavana asteikkona on vankeutta vähintään kaksi ja enintään 12 vuotta.

Milloin tapaukseen soveltuu useampi vähentämisperuste, alentavat ne kaikki asteikon ylärajaa sanotulla tavalla (yleiseen minimiin on päästy jo yhdenkin perusteen nojalla). Poikkeuksena on avunantajalle tuomittu rangaistus, milloin pääteko jäi rangaistavaan yritykseen. Enimmäisrangaistus on tällöin 1/2 x 3/4 täytetyn pääteon mukaisesta maksimista. Määräaikaiseksi vankeusrangaistukseksi muunnettua elinkautisrangaistusta kohdellaan niin ikään ensimmäisen vähentämisperusteen jälkeen kuin muitakin määräaikaisia vankeusrangaistuksia.

Vähentämisperusteet vaikuttavat siis asteikon muodollisiin rajoihin. Vaikkei niiden vaikutuksesta konkreettiseen lopputulokseen olekaan säädetty erikseen, ei asteikon lieventämiselle ole järkevää perustetta, jollei tarkoitus olisi lieventää myös lopputulosta siitä, millaiseksi se muutoin olisi muodostunut. Kyse on erilaisiin kriminaalipoliittisiin näkökohtiin nojaavista perusteista, joten niiden vaikutus poikkeaa toisistaan. Aineellisen soveltamisen ongelmien osalta viittaan lukuun IV.

1.3. Rangaistusasteikko eräissä konkurrenssitilanteissa

Positiivisen oikeuden konkurrenssijärjestelmä tuo myös mukanaan eräitä asteikkomuunnoksia. Milloin kyseessä on erikaltainen ideaalikonkurrenssi, jossa rikosten rangaistusasteikot poikkeavat toisistaan, valitaan asteikoksi korkein maksimirangaistus ja minimiksi korkein minimi (*Halinen* 1981 s. 139-140).

Eri rikoksia koskevien rangaistussäännösten ankaruusvertailussa on ensisijaisena kriteerinä rangaistuksen laji ja toissijaisena lajin mukainen määrä. Tällöin vankeus katsotaan sakkoa ankarammaksi (ks.*Koskinen* 1973 s.102-103 ja esitystä jaksossa 2). Jos rikoksesta on säädetty kvalifioitu sivuasteikko oikeuden harkintaan jäävien "erittäin raskauttavien asianhaarojen" varalta, ei rikoksen tekeminen samalla teolla muiden rikosten kanssa - vaikka rikoksen useammuutta on RL 7:1:n mukaan pidettävä "raskauttavana" - yksin riitä perusteeksi kvalifioidun asteikon valintaan.

Jatketusta rikoksesta säädetään RL 7:2:ssa, että saman rikoksen konstituoivasta useammasta teosta on tuomittava rangaistus niin kuin yhdestä rikoksesta, mutta rikoksen jatkamista on pidettävä "raskauttavana asianhaarana". Jos jatketun rikoksen osateot täyttävät eri tunnusmerkistön, noudatetaan asteikon muodostamisessa ideaalikonkurrenssin sääntöjä (ks. *Halinen* ym. 1981 s.140-141).

Sen osalta, mitä "raskauttavuus" mittaamisessa merkitsee, viittaan esitykseen jaksossa IV.B.6. Muodollisena ja toistaiseksi ainoana kotimaisen oikeuskirjallisuuden esittämänä mittaamisohjeena voidaan tässä vain toistaa sääntö, jonka mukaan minimirangaistusta ei tilanteessa saa käyttää (*Halinen* 1981 s.140 ja *Honkasalo* III s. 219). Tätä on oikeuskanslerin toimesta tulkittu siten, että milloin rangaistussäännös tuntee sekä vankeuden että sakon, myös vankeuden minimirangaistuksen käyttö on kielletty. Koska vankeutta ja sakkoa kohdellaan lainsäädännössä ja oikeuskäytännössä yhtenäisenä rangaistusasteikkona silloin kun ne mainitaan samassa rangaistussäännöksessä, käyvät tulkinnan perusteet kyseenalaisiksi.[1]

1.4. Rangaistussäännöksestä poikkeaminen (RL 3:5²)

RL 3:5²:n sanamuoto on seuraava:

> "Jos rangaistussäännöksessä on säädetty vankeudelle erityinen vähimmäisaika, tuomioistuin saa, ellei yleinen etu muuta vaadi, erityisistä syistä, jotka on mainittava tuomiossa, tuomita vähimmäisaikaa lyhyempään rangaistukseen, tai milloin ankarampaa rangaistusta kuin vankeutta määräajaksi ei ole säädetty, tuomita sakkoon" (RL 3:5², 19.7.1974/613).

Säännös kattaa kaksi määräämisen osaratkaisua: (a) lajivaihdon vankeudesta sakkoon, sekä (b) minimin alittamisen rangaistusta mitattaessa. Jos teos-

[1] Ks. Nousiainen 1976 s. 141. Virkavirheiden välttämiseksi on po. tilanteissa tietysti varminta tuomita joko minimin ylittävä vankeus tai sakko.

ta on varattu käytettäväksi "ankarampi rangaistus kuin vankeutta määräajaksi", siis elinkautinen vankeusrangaistus joko vaihtoehtoisena tai yksinomaisena, on lievennysmahdollisuuksista käytössä ainoastaan minimin alittaminen. Saadaan siis seuraavat vaihtoehdot.

a) Rikoksesta säädetty yksinomaiseksi tai vaihtoehtoiseksi rangaistukseksi elinkautinen vankeus: minimirangaistus 14 vuorokautta vankeutta.

b) Rikoksesta säädetty rangaistukseksi vankeutta määräajaksi: minimirangaistus 14 vuorokautta vankeutta tai 1 päiväsakko.

Tämän mukaan näyttäisi siltä, ettei erityisen sakkominimin alittaminen säännöksen perusteella olisi mahdollista. Lakihan puhuu ainoastaan "vankeudelle säädetystä erityisestä vähimmäisajasta". Tällä tavoin tilannetta on tulkittu myös oikeuskirjallisuudessa (ks. *Halinen* ym. 1981 s.137). Tuota suositusta on kuitenkin aihe tarkistaa. Päinvastaisen kannan tueksi voidaan näet esittää useampiakin syitä.

Mitä lainsäätäjän *tarkoitukseen* tulee, ei tavoitteena voinut olla sakkominimien sulkeminen säännöksen ulkopuolelle, sillä tällaisia ei vielä lainkohdan säätämisen aikana tunnettu. On päinvastoin otaksuttavaa, että sellaisten ollessa käytössä ne olisi sisällytetty lain sanamuotoon. Pienempien lievennysten sallimiselle ei ole estettä, kun kerran suuremmatkin sallitaan. Toiseksi säännöstä voidaan verrata RL 3:2:teen, joka muutoin vähemmät valtuudet antavana (se ei tunne lajinvaihtoa) sallii myös sakkominimien alittamisen. Kolmanneksi on syytä huomauttaa siitä muodottomuudesta, joka seuraa tilanteesta, joka sallisi pienimmän lain tunteman sakkorangaistuksen tuomitsemisen, milloin rikoksesta seuraa ainoastaan määräaikainen vankeusuhka. Sen sijaan rikoksesta, joka sisältää sekä minimein varustetun sakkouhan että vankeusuhan (tai ainoastaan minimein varustetun sakkouhan!), ei tällaista rangaistusta olisi mahdollista tuomita. Katson, samoin kuin KOHO ratkaisussaan 812/1984, ettei erityistä sakkominimiä koskevan maininnan poisjättäminen lakitekstistä ole esteenä myös tällaisen minimin alittamiseen RL 3:5[2]:n nojalla. Aineellisten edellytysten tulkintaan palataan jaksossa 3.

2. Rangaistusasteikon tulkinnasta periaatteena

Asteikon relevanssi sääntönä kaventuu rajojen ja sallitun toiminta-alueen osoittamiseen. Asteikosta ei ole apua itse lopputuloksen tarkemmassa paikantamisessa, sillä kaikki sen sisältämät vaihtoehdot ovat loogisesti yhtä lailla mahdollisia. Rangaistusasteikkoa voi toisaalta tarkastella myös periaatteena, jol-

loin sen voidaan ajatella järjestävän kaikki rikoksen mahdolliset ilmenemismuodot jatkumoon törkeimmästä lievimpään. Samalla se sisältää ratkaisijalle osoitetun kehoituksen (optimointikäskyn) sijoittaa tuomittavana oleva tapaus mahdollisimman tarkasti omalle paikalleen rikosten relatiivista rangaistusarvoa edustavalle asteikolle. Rikosten asteikollistaminen nyt tarkoitetulla avalla on kuitenkin mahdollista vain *muiden lähteiden* —rangaistuksen mittaamisperusteiden - nojalla. Asteikon tulkinta periaatteena vetääkin tavallaan mukanaan sanktiovalinnan kriteereiksi seikat, joiden nojalla vahvistetaan tunnusmerkistön mukaisten rikosten relatiivinen rangaistusarvo. Asteikon tulkinta on siten eräässä mielessä myös mittaamisperusteiden tulkintaa.

Tämän ohella on oikeuskirjallisuudessa pyritty etsimään asteikosta myös muunlaista tukea otaksumalla, että *rangaistuslajien kirjoitusjärjestys* ilmaisee samalla näiden prima facie ensisijaisuuden (ks. kirjallisuudesta *Nousiainen* 1961 s.213—214). *Nousiainen* kirjoittaa: "Lain säännöksiä tarkasteltaessa huomataan kuitenkin, että lainsäätäjä varsin usein vaihtaa rangaistuslajien järjestystä . . . Huolellisen lainsäädäntötyön kannalta on lähdettävä siitä, että lajit tarkassa lakitekstissä mainitaan aina samassa järjestyksessä, jos kerran rangaistuslajien järjestyksellä ei ole mitään vaikutusta. On siis oletettava, että järjestyksellä on se merkitys, että sitä lajia, joka on ensiksi mainittu, on normaalisti käytettävä." (*Nousiainen* 1961 s.214—215).

Nousiaisen lähtökohdat voidaan hyväksyä, mutta ei päätelmiä. Ei ole mitään takeita siitä, että asteikkojen pohtiminen olisi ollut päätelmän edellyttämin tavoin johdonmukaista ja "huolellista". Todennäköisesti asiaa ei ole edes pohdittu, puhumattakaan, että pohdintojen taustalla olisi jokin rationaalisesti perusteltavissa oleva ajatusmalli. Voimassaolevan rikoslain esityöt eivät myöskään ota asiaan kantaa.[2] De lege ferenda kirjoitusjärjestykselle voi tietysti an-

[2] Eräissä myöhemmissä lainuudistuksissa lajien kirjoitusjärjestys on vaihdellut ehdotuksen eri vaiheissa ilman, että muutoksille olisi missään esitetty perusteluja (ks. esim. varallisuusrikosten uudistus v.1972 HE 23/1972 vp). Huomattakoon, että tekstissä väitetään ainoastaan, ettei kirjoitusjärjestyksestä voi päätellä mitään *normaalitilanteessa* sovellettavien lajien etusijajärjestyksestä (vankeuden mainitseminen ensimmäisenä ei tarkoita, että yli puolet rangaistuksista tulisi tuomita vankeutena). On kuitenkin ilmeistä, että lajien kirjoitusjärjestys määrätilanteissa ilmentää intuitiivista tuntemusta niiden etusijoista - joskaan ei välttämättä tilastollisessa merkityksessä. Törkeiden rikosten privilegioituihin asteikkoihin liitetty sakkovaihtoehto mainitaan yleensä viimeisenä. Jos poikkeuksellisen lievätkin tapaukset voidaan vielä rangaista vankeusrangaistuksin, on sakko tietysti varsin epätodennäköinen rikoksen seuraamus. Tästä ei kuitenkaan voi päätellä mitään esim. molemmat vaihtoehdot sisältävien perustunnusmerkistöjen tai yksiportaisten kriminalisointien tyyppirangaistuslajeista. De lege lata tämän estää jo kriminalisointien vaihteleva ikä.

taa tässä tarkoitetun merkityksen. Tosin rikoslakiprojektin ensimmäisessä osamietinnössä rangaistusvaihtoehdot on kirjoitettu systemaattisesti lievimmästä ankarimpaan vielä todeten, ettei tällä ole tahdottu ohjata rangaistuskäytäntöä (Rikoslakiprojekti I s.31). Samalla tavoin asiasta todetaan myös virkarikoslainsäädännön uudistamista koskevassa työryhmän mietinnössä (LAVO 10/1986 s. 110—111). Sen sijaan sotilasrikoksia koskevan rikoslain 45 luvun uudistamisen yhteydessä on kirjoitusjärjestyksellä kaikesta päättäen tahdottu ohjata myös rangaistuskäytäntöä, mihin menettelyyn *Lahti* on suhtautunut kuitenkin epäillen (*Lahti* 1983 s.15). Epäilyihin on hyvät perusteet. Vankeusuhka näet liitettäneen rangaistussäännöksiin edelleen melko rutiininomaisesti, myös tapauksissa, joissa tuota lajia ei tulla käytännöllisesti katsoen lainkaan soveltamaan (ks. myöhemmin jakso 4). Ottaen toisaalta huomioon, kuinka helposti kirjoitusjärjestykseen voidaan eduskuntakäsittelyn aikana tehdä muutoksia ilman, että rangaistusarvopohdiskelussa tarpeellinen argumenttimateriaali olisi tullut kokonaisuudessaan huolellisesti punnituksi, jaksossa II.E.2. esitetyt perusteet huomioon ottaen on hyvät syyt jatkaa rikoslakiprojektin jo käyttöön ottamilla linjoilla.

Vaikkei asteikosta itsestään löydy tuon tarkempaa ohjetta, on tietysti *asteikosta poikkeamiseen* oikeuttavilla perusteilla aiheen kannalta olennainen merkitys. Perusteet ilmaisevat periaatetyppisen normin, joka ohjaa ratkaisun tekemistä myös uudelleen muovatun asteikon sisällä. Näitä perusteita voidaan soveltaa myös milloin niiden edellyttämät ehdot eivät kaikilta osiltaan täyty (ja ratkaisijan tulee siis pysytellä perusasteikon rajoissa). Tutkimalla tätä soveltamiskäytäntöä, saadaan myös tietoa seikoista, joihin mittaaminen varsinaisen asteikon rajoissa perustuu. Kun olennainen osa asteikosta poikkeamisia tehdään tarkoituksessa siirtyä vankeudesta sakkoon (ks. myöhemmin jakso 3.4.), asteikosta poikkeamista koskevan säännöksen tarkastelu valottaa erityisesti sakon ja vankeuden valintaperusteita ja niiden soveltamista.

3. Rangaistussäännöksestä poikkeamisen (RL 3:5²) edellytysten tulkinnasta ja soveltamiskäytännöstä

3.1. Edellytykset

Aineellisessa suhteessa edellytetään, että poikkeamiseen on ”erityisiä syitä” (jotka on mainittava tuomiossa), eikä ”yleinen etu” muuta vaadi.

3.1.1. "Erityiset syyt"

Esitöiden mukaan säännös olisi käyttökelpoinen lähinnä tilanteissa, joissa asteikon lievinkään rangaistus ei vastaisi "yleistä käsitystä teon vahingollisuudesta" tai, milloin "rikoksentekijän henkilökohtaiset olot tai ominaisuudet ovat huomattavan poikkeukselliset" (ks. HE 23/1972 s.5). Erityisillä syillä korostetaan tapauksen *poikkeuksellisuutta*. Rikoksen tulee poiketa jollakin tavalla tunnusmerkistön kattamista normaalitilanteista ja tapauksista, jotka tulevat po. säännöksen nojalla tuomituiksi. Kuten Lahti toisaalta huomauttaa, laki puhuu vain "erityisistä syistä". Niiden ei siis välttämättä tarvitse liittyä itse *rikolliseen tekoon* (tai tekijän henkilöön, *Lahti* 1974 s.309). Oikeuskirjallisuudessa mainitut soveltamistilanteet voidaan koota tämän esityksen yleisen systematiikan mukaiseen kaavioon seuraavasti.

I. Tekoon liittyvät perusteet

a) *Syyksiluettavuus*: tehty anteeksiannettavan oikeuserehdyksen vallassa (*Lindholm* 1972 s.7 ja myös *Vikatmaa* 1970 s. 354).
b) *Ulkoinen oikeudenloukkaus*: ei vastaa yleistä käsitystä "teon vahingollisuudesta" (HE 23/1972 s.5).
c) *Teon motivaatiotausta*: tehty "poikkeuksellisten psykologisten edellytysten" (ärsytettynä tai loukattuna) tai "ahdistavan poikkeustilan" vallassa (*Lindholm* 1972 s.6).

II. Tekijään liittyvät

a) *"Korkea ikä tai nuoruudesta* johtuva ajattelemattomuus, kokemattomuus tai tietämättömyys" (*Lindholm* 1972 s.7).

III. Teon ulkopuoliset

a) *Sanktiokumulaatio* (*Lindholm* 1972 s.7 ja *Anttila-Heinonen* 1977 s.214).
b) *Teon jälkeinen käyttäytyminen*: yrityksestä luopumista tai tehokasta katumusta lähellä olevat tilanteet (*Lindholm* 1972 s.7).
c) *Subjektiivinen sanktiokärsimys*: korkea ikä (*Lindholm* 1972 s.7).
d) *Syyteoikeus on vanhentumisen vuoksi kulumassa umpeen* (*Lindholm* 1972 s.7).

Luettelo kattaa asiallisesti ottaen kaikki olennaiset mittaamisperusteet. Vähentämisperusteiden "syrjäyttämä" III-ryhmä on esillä erityisen voimakkaasti. Tämä on luonnollista, sillä säännöksen perustarkoituksena on juuri kohtuuttomien rangaistusten välttäminen (kohtuullistaminen, näin *Lindholm* 1972 s.5). Listaan voisi ehkä lisätä vähentyneesti syyntakeiset tilanteessa, jossa RL 3:4:n sallima lievennys ei riitä (olisi siis tarve siirtyä vankeudesta sakkoon), mutta jossa täysi RL 3:3:n mukainen vastuuvapaus ei kuitenkaan tule vielä kysymykseen.

Mitä yleisiin mittaamisperusteisiin tulee, on selvä, että riittääkseen perusteeksi rangaistussäännöksen muuntamiseksi, perusteen tulee toteutua poikkeuksellisen voimallisena. Juuri tätä painottaa termi *erityiset* syyt. Yhdessä *poikkeuksellisuutta* koskevan vaatimuksen kanssa tämä merkitsee Lindholmin mukaan, ettei RL 3:5[2]:ta saa käyttää vanhentuneiden asteikkojen korjauskeinona, milloin asteikon mukaisten rangaistusten tuomitseminen *yleisesti* koetaan kohtuuttoman ankaraksi. Tällaisten epäkohtien korjaaminen olisi lainsäätäjän tehtävä (*Lindholm* 1972 mts. 5 ja mitä myöhemmin jaksossa 3.4. todetaan).

3.1.2. Yleinen etu

Yleistä etua koskeva ehto viittaa ensisijaisesti yleisestävyyden vaatimuksiin. Samaa tarkoittava ilmaus löytyy tuomitsematta jättämistä koskevasta RL 3:5[3]:sta. Vastaavasti EhdL:ssa puhutaan "yleisen lainkuuliaisuuden ylläpitämisestä". Tätä tarkoittavien edellytysten tulkintaan palataan yksityiskohtaisemmin vielä po. säännösten yhteydessä. Kun lisäksi asiasta on jo aiemmin ollut puhe (ks. luku III), riittänee tässä, että muistutetaan, ettei yleisestävyys niinkään edellytä *yksittäisen ratkaisun*, vaan näistä ratkaisuista koostuvien *sarjojen* (käytännön) vaikutusten arviointia. Toiseksi yleisestävyys kytkeytyy ensisijaisesti *integraatiopreventioon* ja yleisön oikeusjärjestyksen toiminnalle asettamiin odotuksiin. Kun rangaistussäännöksestä poikkeaminen on varattu poikkeustapauksille, ne eivät voi muodostua sellaiseksi taajaan sovellettavaksi käytännöksi, jolla olisi haitallisia makrovaikutuksia pelotusprevention tehoon. Toiseksi mahdollisuus asteikosta poikkeamiseen ja lajivaihtoon oli varattu juuri tapauksille, joissa myös yleinen oikeustajunta edellyttää erkaantumista lainsäätäjän asettamista joskus liian kaavamaisiksi osoittautuvista rajoista. Voi siis yhtyä Lindholmin päätelmään, jonka mukaan viittauksella yleisestävyyteen ei po. säännöksen soveltamisessa ole suurta itsenäistä merkitystä (*Lindholm* 1972 s.8 ja myös *Lahti* 1974 s.309).

3.2. *Käytäntö*

3.2.1. *Tekoon liittyvät perusteet*

a) Seuraukset

Seurausten vähäisyys on perustanut oikeuden *lajin vaihtoon vankeudesta sakkoon* mm. seuraavissa tapauksissa.

(1) KKO 1972 II 108. Posti- ja lennätinhallituksen toimistoapulainen tuomittiin jatketusta erittäin lieventävien asianhaarain vallitessa tapahtuneesta virkamiehenä tehdystä kavaltamisesta ja sen salaamiseksi tehdystä väärentämisestä poikkeamissäännöksen perusteella sakkoon, kun hänen syykseen luettavia tekoja ". . . huomioon ottaen rikoksen *kohteena olleen omaisuuden vähäinen arvo* ja hänen *virka-asemansa laatu* oli pidettävä lievempinä kuin niitä tekoja, joita RL 40 luvun 7 §:n 1 ja 3 mom:n säännöksissä yleensä tarkoitettiin, ja *viraltapanon ohella tuomittavaa* ehdotonta vapausrangaistusta sen vuoksi oli pidettävä kohtuuttoman ankarana seuraamuksena". Tapauksessa syytetty oli kassana toimiessaan anastanut haltuunsa uskottuja postimerkkejä muutaman kymmenen markan edestä ja tehnyt tekonsa salaamiseksi kirjaan väärät merkinnät.

(2) HHO 28.12.1979 R 1978/1498. Syytetty oli tönäissyt asianomistajaa pitääkseen anastamansa omaisuuden. HO tuomitsi ryöstöntapaisesta varkaudesta 50 päiväsakkoon (RL 31:3 ja 3:5[2]) ottaen huomioon ". . .anastetun omaisuuden vähäisen arvon ja käytetyn väkivallan lievyyden ja kun yleinen etu ei muuta vaadi. . .".

(3) HHO 919/1981. Syytetty tuomittiin 25 mk:n luottokorttiväärennöksestä AO:ssa 7 kk vankeusrangaistukseen. HO sovelsi privilegioitua asteikkoa ja tuomitsi 50 ps ". . .ottaen huomioon rikoksella saatu taloudellinen hyöty ja teossa ilmenneet olosuhteet kokonaisuudessaan. . .".

(4) VHO 27.3.1975 taltio V/93. A, B, C ja D tunkeutuivat klo 01.40 ratsastuskouluun ja meluamalla herättivät kouluun majoittuneet n. 25 henkeä laiminlyöden noudattaa poistumiskäskyä. AO tuomitsi kunkin syytetyn kotirauhan häiritsemisestä 20 päiväsakkoon. HO pysytti rangaistuksen (RL 24:1[1] ja 3 sekä 3:5[2]) ". . . koska A, B, C ja D mainitussa tilaisuudessa vain *ajattelemattomuudesta sekä uhkaavasti käyttäytymättä* ja vain *lyhyen aikaa* olivat häirinneet ratsastuskoulun rauhaa, ja koska myöskään yleinen etu ei vaadi heidän tuomitsemistaan tuosta teosta vapausrangaistukseen. . .".

Vastaavasti tuomioistuin on samoista syistä mitannut vankeusrangaistuksen *erityisminimin alittaen* seuraavissa ratkaisuissa:

(5) VHO 27/III/1975. Syytetyt olivat mukauttaneet ulkomailla Suomessa käypiä 500 mk:n olympiarahoja vuodelta 1951 kaikkiaan 98 kpl ja kaupitelleet niistä parikymmentä. RO tuomitsi syytetyt väärän rahan valmistuksesta ja kaupittelusta sekä valuuttamääräysten rikkomisesta 2 v 6 kk - 3 v 2 kk kuritushuonerangaistuksiin. HO alensi rangaistuksia RL 3:5[2]:n nojalla, ". . .koska *raharikoksia koskevien säännösten ensisijaisena tarkoituksena oli liike-elämän turvallisuuden ja varmuuden suojaaminen vääriä maksuvälineitä vastaan*, mutta nk. olympiarahoja, vaikka ne ovatkin edelleen käypiä, *tosiasiallisesti ei käytetä maksuvälineinä*. . .". Syytettyjen tarkoituksena ei ollut käyttää rahoja varsinaisina maksuvälineinä, vaan myydä ne keräilijöille 1 700 mk:n kappalehinnasta.

(6) HHO 1575/1973. Syytetyt olivat useita kertoja ottaneet vastaan varastetuiksi tietämiään elintarvikkeita osallistuen myös niiden edelleen myymiseen. Kun kyse

oli mm. elintarvikeliikkeen harjoittajista HO katsoi rikoksen ammattimaiseksi varastetun tavaran kätkemiseksi. Syytettyjen tekoja oli kuitenkin ". . .huomioon ottaen rikoksen kohteena olleiden *yksittäisten tavaraerien verraten vähäiset arvot* pidettävä lievempinä kuin niitä tekoja, joita RL 32:3:ssa yleensä tarkoitetaan..", jonka vuoksi laissa säädettyä 2 v:n minimirangaistusta on pidettävä kohtuuttoman ankarana. HO tuomitsi 1 v 2 kk - 1 v 10 kk:n välille sijoittuvat vankeusrangaistukset.

(7) ISHO 10.2.1976 R 1974/428/1994. HO tuomitsi minimin alittaen yksin teoin tehdystä tahallisesta räjäyttämisestä ja huvitilaisuuden häiritsemisestä 3 kk vankeutta ". . .ottaen huomioon *tulenosoituspanoksen vähäinen räjähdysvoima*..".

b) Syyllisyysarvostelu

Toisena tekoon liittyvänä ryhmänä ovat *syyllisyys- ja etenkin syyksiluettavuusnäkökohdat*. Nämä ovat oikeuttaneet *lajinvaihtoon* seuraavissa tilanteissa:

(8) KKO 2770/1976. Sairaalan osastonhoitaja oli kavaltanut haltuunsa uskottuja lääkeaineita 600 mk:n arvosta ja tehnyt lisäksi teon salatakseen potilaskohtaiseen vuosilistaan lääkeannostuksesta vääriä merkintöjä. AO tuomitsi jatketusta virkamiehenä tehdystä kavaltamisesta syytetyn 40 päiväsakon sakkorangaistukseen ja virantoimituseroon ottaen huomioon mm. että "sairaalassa ei hoitohenkilökunnan oikeudesta saada omaan tarpeeseensa ollut ollut määräyksiä ja hoitohenkilökunta oli yleisesti saanut sairaalasta itseään varten tarvitsemansa lääkkeet ja että rikosta ei tehty hyötymistarkoituksessa". HO korotti rangaistuksen 60 päiväsakoksi. KKO sen sijaan määräsi AO:n tuomitsemat 40 ps. perusteluin: ". . . N:n syyksi luettavaa tekoa, huomioon ottaen *rikoksen kohteena olleen omaisuuden vähäisen arvon* ja hänen haltuunsa uskottujen *lääkeaineiden käyttämistä koskevien määräysten puutteellisuuden*, on pidettävä lievempänä kuin sitä tekoa, jota rikoslain 40 luvun 7 §:n 1 momentin säännöksessä yleensä tarkoitetaan, ja *virantoimituksesta erottamisen ohella tuomittavaa vapausrangaistusta on sen vuoksi pidettävä kohtuuttoman ankarana seuraamuksena* ja yleinen etukaan ei vaadi vapausrangaistuksen tuomitsemista. . .".

(9) VHO 334/IV/1973. Syytetty A oli yhdessä erään toisen henkilön kanssa hiipinyt B:n hallinnassa olleeseen huvilarakennukseen. AO tuomitsi vanhaa RL 6:1:ta soveltaen kotirauhan rikkomisesta (RL 24:1[3]) 3 kk:ksi vankeuteen. HO määräsi rangaistukseksi RL 3:5[2]:n nojalla 30 ps. perustein: "Koska A:n seurassa ollut henkilö oli *uskotellut A:lle ja samassa seurassa olleelle neitoselle, että huvila, johon tunkeuduttiin, kuului hänen veljelleen*, ja *koskei noin puolitoista tuntia kestäneestä oleskelusta ollut aiheutunut B:lle, kun A:n tarkoituksena oli ollut vain seurustella huvilassa mainitun neitosen kanssa, vahinkoa tai vaaraa*. . ."

Ensimmäisessä tapauksessa (8) seuraukset olivat varsin vähäiset. Oikeus käyttää lääkkeitä omiin tarpeisiin oli määräysten puutteellisuuden vuoksi myös jossain määrin epäselvä (oikeuserehdys). Lisäksi vedottiin kokonaisseuraamuksen kohtuullistamiseen. Myös tapauksessa 9 lievennys perustui sekä teon vähäisiin seurauksiin että erehdykseen.

Oikeuskäytännöstä ei löytynyt ratkaisuja, joissa itse *tekotapa* tai tekijän *motiivien* laatu olisi oikeuttanut asteikosta poikkeamiseen. Lähellä motiivien arvottamista on kuitenkin ratkaisu KOHO 812/1984.

(10) KOHO 812/1984. Syytetty oli hälyttänyt tulipalon johdosta palokunnan ja poliisin paikalle sekä opastanut näitä kuljettaen henkiöautoa 400 metrin matkan

1.99 ‰:n humalassa. AO tuomitsi törkeästä rattijuopumuksesta 60 päiväsakkoon. HO alensi rangaistuksen 20 päiväsakkoon ja totesi perusteluissaan A:n ajon tarkoituksen olleen poliisin opastaminen paikalle, mutta "A:n hälytyksen jälkeen suorittama ajo ei ole ollut pelatustoimen kannalta välttämätöntä, koska hän olisi voinut suorittaa opastamisen myös muilla tavoin. Huomioon ottaen kuitenkin vallinneet olosuhteet sekä *ajoa välittömästi edeltänyt pakkotila, A:n oma hätääntyminen ja opastamistarkoitus*, HO harkitsee oikeaksi, kun yleinen etu ei muuta vaadi, . . . tuomita A:n törkeästä rattijuopumuksesta säädettyä 60 päiväsakon vähimmäisrangaistusta alempaan rangaistukseen".

Tilannetta voi arvostella sekä pakkotilana että soveltaen sosiaaliadevanssinäkökohtaa. Huomattakoon, että ratkaisussa alitettiin myös *erityinen sakkominimi* RL 3:5[2]:n nojalla.

Lainnoudattamiskyvyn aleneminen on ollut useammankin lievennysratkaisun perusteena. Painostus, uhka ja houkutus ovat kukin vuorollaan johtaneet *lajivaihtoon* seuraavissa tapauksissa.

(11) HHO 1176/1984. Syytetyt A ja B olivat A:n ehdotuksesta menneet uhrin asuntoon, jossa A ja B ryöstivät väkivaltaa käyttäen uhrilta omaisuutta 1625 mk:n arvosta. Tapahtumain kulku ja A:n väkivaltaisuus oli tullut B:lle yllätyksenä. B:lle törkeästä ryöstöstä langetettu rangaistus alennettiin alle minimin (tuomio 1 v 6 kk) perusteluin: "A:n väkivaltainen käyttäytyminen ei ole ollut B:n etukäteen arvattavissa. B on yrittänyt rauhoittaa A:ta ja estää A:ta pahoinpitelemästä C:tä. . . . B:llä on ollut *perusteltua aihetta pelätä A:ta, joka kerran aikaisemmin oli käyttäytynyt B:tä kohtaan väkivaltaisesti lyömällä häntä puukolla silmäkulman seutuun*. Mainituilla perusteilla törkeää ryöstöä koskevan rangaistusasteikon soveltaminen johtaisi B:n osalta kohtuuttomaan rangaistukseen."

(12) KOHO 958/1981. Tapauksessa yksi törkeään varkauteen osallisista tuomittiin 60 päiväsakkoon seuraavin hovioikeusperusteluin: ". . .T on vasta matkalla anastuspaikalle saanut tietää, että matkan tarkoituksena oli anastuksen suorittaminen. Tässä vaiheessa hänen on ollut muun muassa *oman turvallisuutensa vuoksi vaikea luopua avustamasta* anastettujen minkinnahkojen kuljetuksessa. T:n *henkilöllisyydestä esitetyt tiedot puoltavat sakkorangaistuksen tuomitsemista* (v. 1962 syntynyt opiskelija) hänen syykseen luetusta rikoksesta. . . eikä yleisen edun ole katsottava muuta vaativan."

(13)THO 3110/1978. A oli tehnyt vastarintaa virantoimituksessa olleille poliiseille (aiheutti kipua ja puseron repeytymisen). Teosta voitiin RL 16:1:n mukaan tuomita vain vankeutta. HO tuomitsi kuitenkin sakkoa, ottaen huomioon, että ". . .A:ta vastaan ei ollut pyydetty toimenpidettä ja *B ja C olivatkin erehdyksessä ryhtyneet toimiin A:n kuljettamiseksi poliisiautoon. A oli perustellusti voinut tuntea oikeuksiaan loukatun*. . .".

Motivaatiovaikeuksien (uhka) ohella tapauksessa 11 lieventämisen aiheeksi voidaan lukea myös tekijän yrityksen hillitä kumppaninsa käyttäytymistä - siis asiallisesti vähentää ja estää rikoksensa vaikutuksia. Ratkaisussa 13 virkamiehen vastustus katsottiin vähäiseksi, koska tekijä on perustellusti voinut katsoa oikeuksiensa tulleen loukatuiksi (vrt. myös "oikeutetun loukkaantumisen periaate" jakso IV.B.).

RL 6:3 2 ja 3 kohdan soveltamisalaan kytkeytyvistä perusteista ovat esimerkkeinä seuraavat:

(14) THO 1096/1972. Syytetyt olivat ottaneet luvatta käyttöönsä C:n henkilöauton ajaen sen liiallista nopeutta käyttäen ulos tieltä seurauksin, että auto oli vaurioitunut. AO tuomitsi syytetyt nuorina henkilöinä mm. moottoriajoneuvon omavaltaisesta käyttöönottamisesta kuljettajan 40 ja matkustajan 30 päiväsakkoon. HO tuomitsi törkeästä luvattomasta käyttöönottamisesta (muun ohessa) kuljettajan 70 ja matkustajan 30 päiväsakkoon huomioon ottaen sen, että ". . . C oli auton käyttöönoton tapahtuessa ollut *yhteisellä saunamatkalla A:n ja B:n kanssa* ja *jättänyt auton lukitsematta ja virta-avaimen paikallaan saunan edustalle* sekä että A ja B olivat *viipymättä korvanneet C:lle auton vahingot kokonaan*. . ."

(15) HHO 589/1975. Perheen lapsenhoitajana toiminut A oli varastanut asunnosta 100 mk setelin sekä pankkikirjan ja väärentänyt tilinomistajan allekirjoituksen sekä nostanut näin tilillä olleet varat 136 mk. AO tuomitsi jatketusta rikoksesta, joka käsitti varkauden ja väärennöksen 50 ps. "huomioon ottaen, että *A oli teon tapahtuessa raskaana* ja että tätä *ei ollut aikaisemmin rangaistu*". HO pysytti alioikeuden lopputuloksen ja perustelut. Tapaukseen ei sovellettu RL 36:5:n privilegioitua asteikkoa vaan RL 3:5²:ta.

(16) ISHO 1403/1972. Syytetty oli sytyttänyt tuleen heinäladon, jonka omisti yhdessä vaimonsa kanssa. Syytetyn vaimo sai kuitenkin lasten avustamana palon sammutetuksi alkuunsa. AO katsoi teon tapahtuneen erittäin lieventävien asianhaarojen vallitessa, ottaen huomioon mm. ". . . että A heinät sytytettyään oli *heti kiirehtinyt ilmoittamaan palon syttymisestä B:lle ja soittanut poliisille*. . .". HO alensi A:n tuomitseman rangaistuksen (5 kk) yhdeksi kuukaudeksi, ". . .koska A:n rikosta mm. sen huomioon ottaen, tuleen sytyttäminen oli tapahtunut *ylirasitustilasta johtuneena seurauksena teon laatuun nähden epätavallisesta syystä*, oli pidettävä lievempänä kuin sitä tekoa, jota RL 34:4²:ssa yleensä tarkoitetaan". (RL 3:5²).

(17) VHO 319/II/1975. Syytetty sytytti tuleen piharakennuksen, jossa hänen tietensä sillä hetkellä oleskeli ihmisiä. AO tuomitsi murhapoltosta 2 v 2 kk vankeutta. HO alensi RL 3:5²:n nojalla rangaistuksen 1 vuodeksi, koska A ". . . on joutunut väkijuomien väärinkäytön takia useita kertoja sairaalahoitoon ja hän kysymyksessä olevassa tilaisuudessa on ollut *niin vahvassa humalatilassa ja kiihtyneenä, ettei hän ole saattanut täysin ymmärtää tekoaan ja sen vaarallisuutta* ja koska hän on veljensä . . . antaman lausunnon perusteella *jälleen hoidon tarpeessa*. . . ottaen lisäksi huomioon, että hän on . . . *piharakennuksen yhteisomistaja* ja että hänen sytyttämänsä *tulipalo on saatu välittömästi hälytyksen tapahduttua nopeasti sammutetuksi* ja sen aiheuttamat *vahingot rajoitetuiksi verraten vähäisiksi* ".

c) Muut tekoon liittyvät perusteet

Poikkeussäännöksen soveltaminen on tullut kyseeseen vielä suostumusta lähellä olevissa tilanteissa, tai sellaisissa, joissa uhri on muutoin oman toimintansa kautta kadottanut osan oikeussuojastaan (ks. myös tapaus 14 edellä). Lisäksi käytännöstä löytyi yksi osallisuutta valottava ratkaisu:

(18)KOHO 18/1978. Syytetty A oli yhdessä B:n kanssa vienyt 12-vuotiaan, noin 9 vuotta sitten tapahtuneessa avioerossa vaimonsa huollettavaksi määrätyn poikansa Ruotsiin, jossa hän oli pannut pojan kouluun. *Poika oli ilmoittanut haluavansa lähteä uuteen avioliittoon menneen äitinsä luota A:n luokse.* A tuomittiin RL 25:2:n ja

3:5²:n nojalla lapsenryöstöstä säädettyä vähimmäisrangaistusta lievempään rangaistukseen.

(19) HHO 1966/1984. Syytetty oli ottanut luvatta käyttöönsä isänsä hallinnassa olevan, mutta vielä kokonaan maksamatta olleen moottoripyörän kuljettaen sitä yleisellä tiellä ja törmäten henkilöautoon. AO tuomitsi mm. moottoriajoneuvon luvattomasta käyttöönottamisesta 40 ps. HO pysytti päätöksen lisäten perusteluihin: "Yleinen etu ei vaadi L:n tuomitsemista vankeusrangaistukseen. Erityisinä syinä on otettava huomioon, että *L:llä on ollut lupa käyttää sanottua moottoripyörää kotipihallaan ja ettei S ole vaatinut L:lle rangaistusta eikä vaatinut tältä vahingonkorvausta.*"

(20) ISHO 1776/1975. Myymäläetsivät olivat usealla eri kerralla kiristäneet myymälävarkaudesta kiinni saamiltaan henkilöiltä rahaa liikkeelle uhaten muutoin tehdä rikoksesta ilmoituksen pliisille. AO tuomitsi tekijät RL 3:5²:ta soveltaen jatketusta kiristämisestä 50 ja 20 päiväsakon suuruisiin rangaistuksiin ". . .ottaen huomioon, että V, K, L ja P (uhrit) *olivat ensiksi syyllistyneet anastuksillaan rikoksiin ja A:n, B:n ja C:n (tekijät) menettely oli aiheutunut tästä asianomistajien rikollisesta toiminnasta.* . .". HO katsoi, *ettei* AO:n mainitsemia syitä ole pidettävä RL 3:5²:ssa tarkoitettuina erityisinä syinä ja kovensi rangaistukset 2kk ja 2kk 10 päivän vankeusrangaistuksiksi. Koska HO on kuitenkin pysytellyt lain erityisminimin lähellä myös jatketusta rikoksesta (A ja C) tuomitessaan, on näitä syitä kuitenkin ilmeisesti pidetty lieventämisperusteina.

(21) THO 1099/1981. Tapauksessa neljä henkilöä tunkeutui vastoin asunnonhaltijan tahtoa tämän asuntoon. Kahden mukana olleen rangaistuksia lievennettiin erityisminimi alittaen "*ottaen huomioon, että he olivat olleet ainoastaan jutussa myös rangaistukseen tuomittujen C:n ja D:n seurana*".

3.2.2. Tekijän henkilöön liittyvät syyt

Tekijän henkilöön liittyvistä seikoista nuoruus ja vähentynyt syyntakeisuus oikeuttavat asteikon muuntoon jo RL 3:2:n nojalla. Poikkeamissäännöksen soveltamiseen on siis käytännössä lähinnä aihe, milloin sakko harkitaan sopivaksi seuraamukseksi. Tämän ohella poikkeamissäännökseen voidaan joutua turvaamaan iän perusteella myös tilanteissa, joissa henkilö on juuri täyttänyt 18 vuotta. Syyntakeisuusongelmien vuoksi tähän voisi olla aihetta, milloin henkilöä ei voi katsoa vähentyneesti syyntakeiseksi. Toisaalta, kun poikkeamissäännös antaa laajemmat valtuudet kuin RL 3:2, ensin mainitun säännöksen soveltamisehtojen täyttyessä yksin mentaalisin perustein, myös jälkimmäisen lainkohdan edellytysten tulisi olla täytetyt.

(22) ISHO 1878/1975. Syytetty oli sytyttänyt tahallaan tuleen asuntona käytetyn mutta purettavaksi määrätyn parakkirakennuksen. Teko tuomittiin RL 34:1¹:n mukaan, mutta erityisminimi alittaen (rangaistukseksi yksi vuosi vankeutta) koska "A oli ennen rakennelman sytyttämistä *varmistanut, ettei* rakennelmassa . . .. jonka kaupunki oli KHO:n päätökseen nojautuen *määrännyt ympäristöön soveltumattomana poistettavaksi, ollut ketään* . . . ja kun A:n syyksi luettuja tekoja, joiden on katsottava aiheutuneen *nuoruudesta johtuneesta ajattelemattomuudesta ja ymmärtämättömyydestä*, on pidettävä lievempinä kuin niitä tekoja joita RL 34 luvun 1 §:n 1 momentissa yleensä tarkoitetaan. . .."

(23) HHO 651/1985. AO tuomitsi kotirauhan rikkomisesta yhdelle rikoskumppanille sakkoa jättäen toisen rangaistukseen tuomitsematta. HO pysytti syyttäjän valituksesta huolimatta päätöksen perusteluin: ". . . V:n ja L:n . . . rikoksen on katsottava kuitenkin tapahtuneen olosuhteet sekä heidän *ikänsä ja kehitystasonsa huomioon ottaen anteeksi annettavasta ajattelemattomuudesta*, eikä yleinen etukaan vaadi heidän tuomitsemistaan siitä vankeusrangaistukseen". Toisen syytetyn osalta katsottiin perustelluksi jättää tekijä kokonaan NuorRikL:n ao. säännöksiin vedoten rangaistukseen tuomitsematta.

(24) HHO 2798/1986. Syytetty oli matkustajana mukana jatketussa rikoksessa, joka käsitti kaksi moottoriajoneuvon luvatonta käyttöön ottamista. AO oli hylännyt syytteet mutta HO katsoi, että syytetty oli tietoinen ajon luvattomuudesta ja tuomitsi rikoksesta 30 ps. ". . .ottaen erityisenä syynä huomioon L:n *nuoruuden ja ajattelemattomuuden*. . .".

(25) HHO 1509/1985. Syytetty oli heittänyt uhria lasinsirpaleella seurauksin, että uhrin nenä leikkaantui irti. AO tuomitsi syytetyn törkeästä pahoinpitelystä 80 ps. rangaistukseen, harkiten seuraamuksen oikeaksi "M:n *ikään ja hänen psyykkiseen taustaansa nähden* ja kun yleinen etukaan ei muuta vaadi. . .". HO määräsi teosta 3 kk vankeutta ehdollisena ja katsoi ". . .etteivät kihlakunnanoikeuden mainitsemat seikat ole *tässä asiassa sellaisia lain edellyttämiä erityisiä syitä*".

(26) HHO 1046/1984. Syytetyt (2 kpl) olivat ottaneet luvatta käyttöönsä pihalla lukitsematta olleen mopedin ajaen sillä metsässä seurauksin, että väline oli jonkin verran vaurioitunut. AO tuomitsi moottoriajoneuvon luvattomasta käyttöön ottamisesta ja liikennerikkomuksesta kuljettajalle 1 kk 10 päivää ja matkustajalle 1 kk vankeutta (RL 3:2) ehdollisena. HO alensi rangaistukset RL 3:5²:ta soveltaen 30 päiväsakoksi katsoen rikoksen johtuneen ajattelmattomuudesta sekä todeten lisäksi ". . . H ja P ovat kumpikin *alle 18 vuotiaita eivätkä he ole aikaisemmin syyllistyneet rikosrekisteriin merkittävään rikokseen*. Näissä oloissa ja *kun Kirkkonummen sosiaalilautakunta on suositellut sakkorangaistuksen tuomitsemista* eikä yleisen edun ole katsottava muuta vaativan on sakkorangaistusta pidettävä riittävänä. . .".

Tapauksissa 24 ja 26 pääasiallisena perusteena oli syytettyjen nuoruus. Nuorille ominainen ajattelemattomuutena tai harkitsemattomuutena ilmenevä keskimääräistä lievempi syyllisyys otetaan normaalisti huomioon RL 3:2:n nojalla. Poikkeussäännöksen soveltaminen iän perusteella voi tulla kysymykseen lähinnä vain, jos henkilö on toiminut keskimääräisnuoreen verrattuna poikkeuksellisen ajattelemattomasti tai tapaukseen liittyy muita vastaavia piirteitä (näin *Lahti* 1974 s.320). Tapauksessa 25 alioikeus katsoi, että ikä ja psyykkinen tausta oikeuttavat tuomitsemaan sakkoa. Hovioikeus sen sijaan totesi, etteivät nämä syyt tässä nimenomaisessa tapauksessa oikeuta lievemmän lajin käyttöön. Kun kyse on näinkin törkeästä rikoksesta, on poikkeamisperusteilta vaadittava ilmeisesti melko paljon. Sitä paitsi psyykkiset ongelmat tulevat - hieman samaan tapaan kuin nuoruus - normaalisti huomioon otettaviksi RL 3:4:n kautta. Kun tämä lainkohta ei oikeuta käyttämään vankeuden sijasta sakkoa, ja kun samoihin syihin vetoamalla voidaan jättää kokonaan vaille rangaistusta (RL 3:3), on selvää, että tilanteiden väliin sijoittuu tapauksia, joissa kyse on RL 3:4:ää suuremmasta mutta RL 3:3:ää pienemmästä lievennyksestä. Myös mentaaliset

ongelmat oikeuttavat lajin vaihtoon. Koska kyse on suuremmasta poikkeamasta kuin RL 3:4:ää sovellettaessa, olisi siinä tapauksessa, että lievennys perustuu yksinomaan syyntakeisuuden asteeseen, myös samalla sovellettava RL 3:4:ää. Näin ei alioikeus kuitenkaan ollut menetellyt. Viimeisessa ratkaisussa sakon käyttöperusteena oli nuori ikä ja ensikertaisuus. Kiinnostavana yksityiskohtana oli lisäksi huomion kiinnittäminen sosiaalilautakunnan kantaan.

3.2.3. Teon ulkopuoliset perusteet

Teon ulkopuoliset perusteet soveltuvat luonteensa puolesta hyvin poikkeamisperusteiksi. Tämä ryhmähän kattaa nimenomaan tapaukset, joita ei ole voitu ottaa ennakolta huomioon esim. tunnusmerkistöjä ja asteikkoja muovattaessa. Huomattava osa tämän ryhmän tapauksista toteuttaa RL 6:3 3-kohdan tausta-ajatuksia (vrt. myös tapauksia 14—17 edellä).

(27) THO 17.5.1979 R 72. Murhapolttoon syyllistynyt oli *oma-aloitteisesti huolehtinut siitä, että hänen sytyttämänsä palo sammutettiin* ennen kuin tuli oli ehtinyt aikaansaada erityistä vahinkoa. Rangaistus lievennettiin RL 3:5²:n nojalla 8 kk vankeusrangaistukseksi.

(28) ISHO 1625/1974. Syytetty oli väärentänyt käyttösekin (150 mk). Rangaistukseksi määrättiin RL 3:5²:n nojalla 3 kk vankeutta "koska A oli *korvannut rikoksella aiheuttamansa vahingon* eikä yleinen etu vaatinut A:n tuomitsemista kuritushuoneeseen". HO katsoi väärennöksen tapahtuneen erittäin lieventävien asianhaarojen vallitessa ja sovelsi yksinomaan RL 36:5:ta.

(29) VHO 16.10.1979 R 555/1977. Sakkoa pidettiin riittävänä rangaistuksena moottoripyörän käyttöönottorikosta koskevassa jutussa, koska syytetyt "olivat *sopineet asianomistajan kanssa . . . vahingon korvaamisesta* sekä ottaen huomioon teon vahingollisuus, vaarallisuus ja syytettyjen syyllisyys. . .".

(30) ISHO 1129/1972. Poliisiasemalla pidätettynä oleva A oli kumppaninsa B:n avustuksella karannut asemalta palaten sinne kuitenkin myöhemmin vapaaehtoisesti takaisin. AO ja HO tuomitsivat teosta RL 3:5²:n perusteella sakkoon, koska ". . .A:n ja B:n tekojen oli katsottava johtuneen heidän ikänsä huomioon ottaen *anteeksi annettavasta ajattelemattomuudesta* ja niitä oli, kun *A oli B:n tieten karatessaan tarkoittanut vain poistua lyhyeksi ajaksi poliisiasemalta*, jonne hän oli *muutaman tunnin kuluttua omasta aloitteestaan palannut*, pidettävä lievinä eikä myöskään yleinen etu muuta vaatinut. . .".

Rangaistussäännöksestä poikkeamiseen on siis oikeuttanut mm. seurausten estäminen (27), vahinkojen korvaaminen (28 ja 29) sekä vapaaehtoinen ilmoittautuminen poliisille (30). Jo aikaisemmin esiteltyjä tilanteita lukuunottamatta sanktiokumulaatiota ei ole juuri käytetty poikkeamisperusteena (ks. edellä tapaukset 1 ja 4). Käytännössä RL 6:4:n tarkoittama lievennys onkin tullut ajankohtaisiksi taloudellisissa rikoksissa, joihin liittyy raskaat lisäsanktiot. Tämä mahdollisuus taas aina implikoi, *että rikos itsessään* on myös huo-

mattavan törkeä, jolloin miniminalittamismahdollisuus sulkeutuu pois teon laadun vuoksi.

Muista teon ulkopuolisista perusteista löytyy sen sijaan havaintoesimerkkejä. Tämä pätee niin *subjektiiviseen rangaistuskärsimykseen* kuin *vanhentumiseenkin*:

> (31) VHO 190/III/1972. Syytetty oli kuljettanut henkilöautoa alkoholin vaikutuksen alaisena (vanha TLL). Koska kyse oli 3 vuoden uusijasta (vanha RL 6 luku), AO tuomitsi mm. rattijuoppoudesta 3 kk ehdottoman vankeusrangaistuksen. HO:ssa syytetystä hankittiin mielentilalausunto. HO tuomitsi teosta 70 ps, koska ". . . A:n oli katsottava rikokset tehdessään olleen *täyttä ymmärrystä vailla* sekä kun psykiatrisen erikoislääkärin antaman todistuksen mukaan *A:n sairauden luonteen ja hänen edellisen vapausrangaistuksensa sovittamisesta saatujen kokemusten perusteella oli todennäköistä, että A:n terveydentila vankilaoloissa huononisi siinä määrin, että sairaalahoito tulisi hänen kohdallaan välttämättömäksi*, eikä yleinen etukaan vaatinut vapausrangaistuksen käyttöä. . .".
>
> (32) HHO 867/1975. Syytetty oli väärentänyt vuosina 1967 ja 1968 palkan ennakkomaksuja koskevia kuitteja hankkien itselleen näin laitonta etua 170 mk:n arvosta. Lisäksi syytetty oli anastanut yhtiön varoja vuosina 1967-1968 200 mk:n arvosta. AO katsoi anastuksen sisältyvän väärennösrikokseen ja tuomitsi syytetyn jatketusta väärennöksestä RL 3:5²:n nojalla 4 kuukaudeksi vankeuteen "ottaen huomioon, että *rikoksen tapahtumisesta oli kulunut pitkähkö aika*, että A oli *suorittanut korvausta yhtiölle* ja että A:n anastamien *varojen määrä oli ollut verraten vähäinen*". HO katsoi anastuksen eri rikokseksi ja sellaisena jo vanhentuneeksi. Muilta osin päätös jäi pysyväksi.

Tapauksessa 31 vankeusrangaistuksen täytäntöönpanon *mielenterveydelliset riskit* johtivat valitsemaan vankeuden sijasta sakon. Ratkaisu 32 osoittaa ainakin periaatteessa, että tuomioistuimet ottavat myös vanhentumisnäkökohdat huomioon mittaamisarvostelussa.

3.3. Tiivistelmä

3.3.1. Tekoon liittyvät seikat

Pohdittaessa eri perusteiden *painoarvoa*, käy ilmeiseksi, että tämän ryhmän perusteet olivat ainoita, jotka *yksin* riittivät rangaistussäännöksestä poikkeamiseen.[3] Näistä *tekotapaan ja teon seurauksiin* liittyvistä poikkeamisperusteista olivat yksinään riittäviä omaisuuden vähäinen arvo ja väkivallan lievyys ryöstön tapaisessa varkaudessa (tapaus 2), taloudellisen hyödyn vähäinen määrä asiakirjaväärennöksessä (3), tavaraerien vähäinen arvo ammattimaisessa va-

[3] Kun kyse nimenomaan on *rikoksen poikkeuksellisen vähäisyyden* huomioon ottamiseen tähtäävän säännöksen soveltamisesta, ei tulosta voi pitää yllättävänä.

rastetun tavaran kätkemisessä (6) sekä tulenosoituspanoksen vähäinen räjähdysvoima tahallisessa räjäyttämisessä (7).

Usein tekotapaan ja seurauksiin liitettiin kuitenkin myös mainintoja *syyllisyysarvostelua lieventävistä seikoista*. Näitä olivat esim. kotirauhan rikkominen vain ajattelemattomuudesta, uhkaavasti käyttäytymättä ja vain lyhyen aikaa (4) sekä epäselvyys asunnon todellisesta omistajasta, teon lyhytaikainen kesto sekä "seurustelutarkoitus" (9). Edelleen syyllisyysperusteisiin liittyvistä seikoista myös *motivointivaikeudet* tunnuttiin mainittavan tavallisesti *muiden arvostelua lieventävien seikkojen yhteydessä*. Näitä olivat tilannetta edeltänyt pakkotila, hätääntyminen ja viranomaisten auttamistarkoitus törkeässä rattijuopumuksessa (10), pelko rikoskumppanin taholta edustettuna olevasta hengen ja terveydenuhasta sekä pyrkimys vähentää rikoksen seurauksia (11), pelko oman turvallisuuden puolesta sekä henkilöllisyydestä muutoin saatu edullinen selvitys (12), houkutteleva tilanne, vahinkojen korvaaminen sekä uhrin myötävaikuttava tuottamus (14), ylirasituksesta seuranneet motivointivaikeudet sekä toiminta rikoksen vaikutusten estämiseksi (16).

3.3.2. Tekijään liittyvät seikat

Näihin ei juuri vedottu yksinomaisina perusteina. Useimmiten ne mainittiin muiden seikkojen yhteydessä, jolloin arvosteluun liitettiin vähintään huomautus teon aiheutumisesta nuoruudesta johtuvasta ajattelemattomuudesta (23 ja 24).

3.3.3. Teon ulkopuoliset perusteet

Rikoksen vaikutusten estäminen on saattanut riittää yksinkin perusteeksi, jos vahingot jäivät vähäisiksi (oma-aloitteinen toiminta palokunnan hankkimiseksi paikalle murhapoltossa, 27). Myös *vahinkojen hyvittäminen* on joissain tilanteissa ollut ainoana poikkeamisperusteena, joskin tapausselostuksista ilmenee, että teot itsessään ovat olleet huomattavan lieviä (28 ja 29). Useimmiten perusteita on asettunut tukemaan joukko muita syitä: nuoruudesta johtunut ajattelemattomuus ja ymmärtämättömyys sekä varmistuminen siitä, ettei poltettavassa rakennuksessa ollut ketään (22), oma-aloitteinen ilmoittautuminen, aikomus karata vain lyhyeksi ajaksi sekä ikä huomioon ottaen anteeksi annettava ajattelemattomuus (30, ks. myös 32).

Sanktiokumulaatio sekä teosta aiheutuva kokonaiskärsimys on mainittu *yhdessä muiden perusteiden kanssa*. Näitä olivat: omaisuuden vähäinen arvo, virka-aseman laatu sekä virkamiehenä tehdystä kavallus- ja väärennösrikoksesta seurannut viraltapano (1), omaisuuden vähäinen arvo, määräysten puutteelli-

suus sekä virantoimituksesta erottaminen (8). Kun näihin lisätään vielä *subjektiivinen rangaistuskärsimys* (heikko ja vankilaolosuhteista todennäköisesti kärsivä terveydentila yhdessä vähentyneen syyntakeisuuden kanssa, 31) sekä *vanhentuminen* (rikoksesta kulunut pitkä aika yhdessä vahinkojen korvaamisen kanssa, 32), tulevat jokseenkin kaikki tutkimuksen edellisessä luvussa eritellyt teon ulkopuoliset mittaamisperusteet edustetuiksi.[4]

3.4. Arviointia ja alioikeustietoja

Lainkohdan soveltamiskäytäntö vastaa ainakin *perusteittensa* puolesta edellä esitettyjä (ja itsessään kovin väljästi muotoiltuja) suosituksia. Soveltamiskäytännön *yleisyydestä* antaa kuvan seuraava taulukko. Taulukosta ilmenee poikkeamisratkaisujen yhteinen lukumäärä, niiden jakautuminen miniminalittamista ja lajivaihtoa koskeviin päätöksiin sekä ratkaisujen osuus kaikista tuomioistuimissa tuomituista päärikoksista.

Taulukko 1. Asteikosta poikkeaminen alioikeuskäytännössä (päärikos).

Vuosi	Vankeus→ sakko	Alle minimin	Yhteensä	Tapausten osuus päärikoksista
1978	80	27	107	0.15
1979	90	19	109	0.16
1980	107	27	134	0.18
1981	94	30	124	0.17
1982	47	31	178	0.24
1983	153	24	177	0.23
1984	196	47	243	0.32

Lähde: SVT XXIII B:120, taulu 20.

Ratkaisujen jakautuma osoittaa *lajin vaihdon olevan joustokeinoista selvästi käytetympi*. Keskimäärin neljä viidestä poikkeamasta merkitsee vaihtoa vankeudesta sakkoon. Tässä ei tarkasteluperiodin kuluessa ole havaittavissa

[4] Näiden ohella tapausten joukossa oli sui generis-tyyppisiä tilanteita, joiden paikka yleisen systematiikan mukaan olisi tekoon liittyvien perusteiden joukossa. Näitä olivat tekohetkinen raskaus ja menneisyys (uusiminen sekä motivointi, 15), oikeutettu loukkaantuminen (13), teon aiheutuminen uhrin laittomasta menettelystä (oikeussuojan menettäminen oman toiminnan seurauksena, 20) sekä oman osallisuuden vähäinen merkitys (21). - Kiitän tässä yhteydessä saamastani avusta OTL Jaakko Jonkkaa, jonka laudaturtyön aineisto tarjosi erinomaisen lähteen vuosien 1972—1975 käytännön kartoittamiseksi.

systemaattista muutosta (prosenttiosuus on vaihdellut säännöttömästi 75—85 %:n vaiheilla). Sen sijaan *kokonaismäärien kehityksessä* on selvästi kasvava trendi: poikkeamispäätösten määrä kaksinkertaistui vuosina 1981—1984. Kovin merkittävää osaa ei osuuttaan näin kasvattanut käytäntökään vielä edusta. Jos vertailulukuna käytetään vankeusrangaistukseen johtavia päätöksiä, edellyttää joka sadas vakavampia rikoksia koskeva mittaamispäätös astumista lainsäätäjän asettamien normaalirajojen ulkopuolelle.

Käytännön *merkitys ja vaikutusalueet* paljastuvat kuitenkin vasta selvitettäessä, *mihin rikoksiin* poikkemiset keskittyvät:

Taulukko 2. Asteikoista poikkeaminen eri tunnusmerkistöissä vuonna 1984.

	Vankeus→ sakko		Minimin- alittaminen		Yhteensä	
					N	%
—RL 38:6a[2]	82	41.8	1*	2.1	83	34.1
—Murhapoltto	—	—	10	21.2	10	4.1
—Kotirauhan rikkominen RL 24:1**	30	15.3	—	—	30	12.3
—Asiakirjan väärentäminen	13	6.6	7	14.9	20	8.2
—Ryöstö ja kiristäminen	8	4.1	13	27.6	21	8.6
—Varkaus	11	5.6	3	6.4	14	5.8
Yhteensä	144		34		178	
Tapauksia kaikkiaan	196		47		243	
—osuus %	73.5		72.3		73.3	

Lähde: Svt XXIII:B 120, taulu 20, **) taulu 21. *) Tapaus periaatteessa mahdoton.

Taulukko osoittaa, että *rangaistussäännöksestä poikkeamiset rajautuvat melko harvoihin tunnusmerkistöihin*. Tarve tuomita vankeuden sijasta sakkoon on erityisen polttava moottoriajoneuvon luvattoman käyttöönoton sekä yksityisen kotirauhan rikkomisen tapauksissa. Tarve alittaa minimi on vuorostaan ajankohtainen tuomittaessa murhapoltosta, ryöstö- ja kiristämisrikoksista sekä asiakirjaväärennöksistä.

Sitä, *kuinka usein* tämä tarve tosiasiassa tulee eteen ei yllä oleva taulukko vielä täysin paljasta. Näiden poikkeustilanteiden suhteellisen esiintymistiheyden kartoittamiseksi olisi näet otettava huomioon myös po. *rikosten yleinen esiintymistiheys*. Seuraavassa taulukossa luvut onkin suhteutettu samana vuonna tuomittujen tapausten kokonaismäärään rikostyypeittäin.

Taulukko 3. Asteikoista poikkeaminen eri tunnusmerkistöissä vuonna 1984.

	Tapauksia Yht.	Poikkeamisia	
		Kpl	%
—RL 38:6a[2]	2 458	83	3.4
—Murhapoltto	111	10	9.0
—Kotirauhan rikkominen RL 24:1[3]	130	30	23.0
—Asiakirjan väärentäminen	1 656	20	1.7
—Ryöstö ja kiristäminen	774	21	2.7
—Varkaus	8 814	14	0.2

Lähde: Svt XXIII:B120, taulu 20.

Joka kymmenes murhapoltto tuomittiin vankeusminimi alittaen ja joka neljäs RL 24:1[3]:n mukaan rangaistava kotirauharikos lajia vaihtaen sakkoon. Näiden lainkohtien rangaistussäännökset ovat vuosikymmeniä olleet ajastaan jäljessä.[5] Otettaessa rangaistussäännöksestä poikkeamista koskeva määräys rikoslakiin tosin korostettiin, ettei lainsäätäjän virheiden korjaaminen kuulunut tuomioistuimille (ks. edellä jakso 3.1.1.) . Jos lainsäätäjä ei kuitenkaan ryhdy toimeen, jonkun on joka tapauksessa reagoitava. Vaikka onkin vastoin yleisiä suosituksia, on tämä käytäntö hyvin perusteltu. Seuraavan ongelmakohdan tullevat tulevaisuudessa muodostamaan moottoriajoneuvon luvatonta käyttöönottoa koskevat tapaukset.

4. Yleisiä huomautuksia sakon ja vankeuden valintakäytännöstä

4.1. Sakon ja vankeuden käyttöalueista

Sivuutettaessa edellä käsitellyt asteikosta poikkeamista koskevat tilanteet aktualisoituu valinta sakon ja vankeuden välillä vain, milloin molemmat vaihtoehdot sisältyvät sovellettavaan rangaistusasteikkoon. Tällöinkin käytäntö voi olla niin kiteytynyt, että valinnan mahdollisuus on lähinnä teoreettinen (ts. rikoksesta ei käytännöllisesti katsoen tuomita lainkaan). Seuraavan taulukon tar-

[5] Selvennykseksi todettakoon, että ongelmat kotirauharikoksen yhteydessä perustuvat siihen, että heti kun tekoon on useampia osallisia, on vankeus ainoa vaihtoehto. On oletettavaa, että tämän viime vuosisadalta peräytyvän kasuistisen kvalifioinnin taustalla ovat mm. kokemukset tuon ajan puukkojunkkareista. Lähiöissä metelöivät nuorisojoukot ja tupaan sisään marssivat "härmän häijyt" edustavat kuitenkin jo melko lailla toisistaan poikkeavaa hengen ja terveyden riskiä.

koituksena on paikantaa tilanteet, joissa valinta sakon ja vankeuden välillä on osa arkirutiinia.

Taulukko 4. Vankeusrangaistuksen osuus tavallisimpien rikosten rangaistuksena vuonna 1984 (päärikos, täytetyt teot) (Svt XXIII:B 120)

	Tuomittuja yht. kpl.	Vankeus %	Rangaistus-asteikko
Ei vankeutta			
—liikenteen vaarantaminen	58 733	0	sakko—3 kk
—liikennejuopumus moottorittomalla ajoneuvolla	1 471	0	sakko—3 kk
—haitanteko virkamiehelle	4 652	0	sakko—3 kk
Vankeuden osuus alle 10 %			
—kulkuneuvon luovuttaminen juopuneelle	1 553	1	sakko—1 v
—ruumiinvamman tuottamus ja liikennerikkomus	2 522	1	sakko—2 v
—vahingonteko RL 35:31	1 894	2	sakko—6 kk
—rattijuopumus RL 23:1	7 171	3	sakko—3 kk
—viranomaisen erehdyttäminen RL 16:20a	543	3	sakko—2 v
—veropetos RL 38:11[1]	841	5	sakko—2 v
—luvaton alkoholipitoisen aineen myynti	843	8	sakko—2 v
Vankeuden osuus 10—19 %			
—varastetun tavaran kätkeminen RL 32:1	1 558	14	2 v—sakko
—huumausainerikos	772	16	2 v—sakko
Vankeuden osuus 20—89 %			
—pahoinpitely RL 21:5	5 554	21	2 v—sakko
—törkeä liikenteen vaarantaminen	479	25	30 ps—2 v
—kavallus RL 29:1	536	35	2 v—sakko
—petos RL 36:1	2 017	54	sakko—2 v
—varkaus RL 28:1	6 744	61	2 v—sakko
—asiakirjan väärentäminen RL 36:5	1 308	83	6 kk —4 v (6kk-sakko)
—virkamiehen väkivaltainen vastustaminen RL 16:1[1]	827	78	3 kk— 4 v (6kk-sakko)
Vankeuden osuus 90—99 %			
—moottoriajoneuvon luvaton käyttöönotto RL 38:6a[2]	1 008	94	14 vrk -4 v
—törkeä rattijuopumus	8 816	95	2 v—60 ps

Vankeus 100 %			
—törkeä varkaus RL 28:2	1 011	100	6 kk— 4 v
—ryöstö RL 31:1	434	100	6 kk—10 v
—törkeä pahoinpitely RL 21:6	563	100	6 kk—10 v

Privilegioidut asteikot on merkitty sulkeisiin.

Kolmen kuukauden enimmäisrangaistus merkitsee yleensä, että sakko on ainoa käytössä oleva vaihtoehto. Tästä on toisaalta poikkeuksena rattijuopumus, joista tuomittiin vankeuteen 3 %:ssa tapauksia. Rikoksista, joiden asteikko ulottui sakosta kahteen vuoteen vankeutta tuomittiin vankeutta 3—60 %. Taulukossa on kaksi rikosta, joille on säädetty erityinen sakkominimi. Näistä toisesta (törkeä rattijuopumus) tuomitaan yhtä paljon vankeutta (95 %), kuin rikoksesta, jonka asteikko ei sisällä lainkaan sakkovaihtoehtoa (moottoriajoneuvon luvaton käyttöönotto). Vertailu törkeään liikenteen vaarantamiseen (vankeutta 25 %) osoittaa myös rattijuopumusrikosten poikkeusaseman.

Kaiken kaikkiaan valinta sakon ja vankeuden välillä käy usein ajankohtaiseksi mm. huumausaineirikoksissa, törkeässä liikenteen vaarantamisessa, pahoinpitelyssä, petoksessa, kavalluksessa, varkaudessa, eräissä väärennösrikoksissa sekä virkamiehen väkivaltaisessa vastustamisessa. Näistä rikoksista tuomitaan vuosittain useita tuhansia rangaistuksia vankeuden osuuden vaihdellessa 20—90 %:n välillä.

4.2. Sakon ja vankeuden valinta tuomioperustelujen valossa

Ainakin tapausten lukumäärin mitaten olisi otaksuttavissa, että tilanteista on muotoutunut oikeuskäytäntö, jonka selvittelyn pohjalta voitaisiin tiivistää keskeiset linjat kussakin rikostyypissä. Oikeustapausten kvalitatiivinen tarkastelu antoi tässä suhteessa kuitenkin varsin laihan tuloksen. KKO on toistaiseksi antanut vain yhden sakon ja vankeuden rajanvetoa valottavan prejudikaatin (KKO 1982 II 67). Tapaus koski varkausrikoksia ja perusteluissa kiinnitettiin huomiota *tekotapaan ja seurauksiin.*

> KKO 1982 II 67. Syytetyt olivat murtautuneet bingohalliin ja siellä oleviin rahaautomaatteihin aiheuttaen 5 075 mk:n vahingot ja saadeen saaliiksi 480 mk. HO tuomitsi 25 ps. sakkorangaistuksen. KKO korotti rangaistukset 2 kk:n vankeusrangaistuksiksi ". . . *koska varkaus oli tehty murtautuen ja asianomistajille oli aiheutettu huomattava eli 5 075 mk:n vahinko, tuomitut rangaistukset eivät olleet oikeassa suhteessa rikoksen törkeysasteeseen*".

Muut tekotavan ja seurausten merkitystä valottavat lajivalintaratkaisut ovat samalla yleensä olleet myös asteikosta poikkeamisia (mm. HHO 28.12.1979

R 1978/1498, HHO 919/1981 ja THO 1099/1981). Normaaliasteikon puitteissa pysyvistä lajivalintaratkaisuista suurin osa koskee sakon käyttöä törkeästä rattijuopumuksesta.

VHO 175/1980. Syytetty kuljetti kerrostaloalueen piha-alueella pakettiautoa 200 metrin matkan yöaikaan 1.52 ‰:n humalassa. HO tuomitsi teosta RL 23:2:n nojalla sakkorangaistuksen ". . . koska A *ei kuitenkaan ollut ajonsa aikana poikennut yleiselle tielle, eikä ajo siten ollut voinut aiheuttaa vaaraa toisten turvallisuudelle yleisessä ajoneuvoliikenteessä ja kun ajomatka oli ollut verraten lyhyt*. . .".

THO 199/1984. Syytetty kuljetti kaupungin kadulla mopedia 1.53 ‰:n humalassa. Perusteluissaan HO totesi: ". . . *kliinisessä tutkimuksessa hänen (syytetyn) toiminnanhäiriöidensä kokonaismäärän on todettu olleen normaalin vaihtelun rajoissa* . . . sakkorangaistusta on siten pidettävä riittävänä seuraamuksena A:n rikoksesta."

HHO 321/1984. Syytetty oli tuomittu alioikeudessa yksin teoin tehdystä huumaantuneena ajamisesta ja liikenteen vaarantamisesta 40 päiväsakkoon. HO määräsi rangaistukseksi 1 kk ehdollista vankeutta ja 40 ps. perustein "H:n *kyky virheettömiin suorituksiin on ollut siinä määrin huonontunut, että pelkkä sakkorangaistus ei ole riittävä rangaistus*".

Muita rikoksia koskevaa käytäntöä oli vähemmän. Aineistoon kertyneissä hajatapauksissa kiinnitettiin huomio sekä tekotapaan että seurauksiin.

HHO 2015/1984. Syytetyt (2 kpl) tuomittiin alioikeudessa varastetun tavaran kätkemisestä 2 kk:n vankeusrangaistuksiin (arvo 100 mk). Syytettyjen valituksesta rangaistukset lievennettiin HO:ssa 50 ja 60 ps. sakkorangaistuksiksi "huomioon ottaen syytettyjen kätkemän *omaisuuden vähäinen määrä*".

HHO 264/1986. Syytetyt (v. 1966 ja -67 syntyneet naishenkilöt) olivat pahoinpidelleet 13 vuotiasta uhria repimällä tätä tukasta sekä potkien maassa makaavaa uhria päähän ja eri puolille vartaloa (kipua, turvotusta sekä ruhjevammoja eri puolilla päätä). AO tuomitsi pahoinpitelystä sakkoa 60 ja 80 ps. Syyttäjän valituksesta HO määräsi rangaistuksiksi 2 kk ja 2 kk 15 päivää vankeutta ehdollisena perusteluin: "M:lle ja N:lle . . . tuomitut rangaistukset eivät ole *oikeassa suhteessa rikoksen vaarallisuuteen eikä sakkoa siitä ole pidettävä riittävänä seuraamuksena.*"

Näissä tapauksissa on sakon käyttö siis perustettu ensi sijassa seurausten vähäisyyteen ja/tai tekotavan vaarattomuuteen. *Syyllisyyteen* liittyvien perusteiden vaikutuksesta ei löytynyt "puhtaita" lajivalintaratkaisuja. Sekä oikeuserehdystä lähellä olevat tilanteet että kaikki motivaatiota ja toisintoimimismahdollisuutta korostaneet lajivalintaratkaisut olivat samalla RL $3:5^2$:n soveltamistapauksia, eikä niitä ole tarpeen tässä toistaa (ks. edellä KKO 1972 II 108, KKO 2770/1976, KOHO 958/1981, THO 1096/1972 ja 589/1975).

Edellä sanottu pätee suurelta osin myös *tekijän henkilöä* koskeviin perusteisiin (ks. edellä HHO 651/1985, HHO 2798/1986 ja HHO 1046/1984). Ainoana "puhtaana" lajivalintaratkaisuna tilanteessa, jossa sakko sisältyi normaaliasteikkoon on petosta koskeva tapaus.

HHO 1627/1985. AO oli tuominnut syytetyn 2 200 mk:n omaa tiliä koskevasta käyttötilipetoksesta 2 kk:n vankeusrangaistukseen. HO lievensi tuomion 60 päiväsakkoon perusteluin: "A:ta *ei ole ennen nyt käsiteltävänä olevan rikoksen tekemistä*

tuomittu vankeusrangaistukseen eikä niin ollen myöskään rekisteröity rikoksista. Petosrikoksen *vahingollisuuteen ja vaarallisuuteen sekä rikoksesta ilmenevään tekijän syyllisyyteen* nähden sakkorangaistusta on pidettävä riittävänä seuraamuksena."

Tässä tapauksessa sakon käyttö perusteltiin vetoamalla tekijän ensikertalaisuuteen sekä rikoslain 6 luvun 1 §:n yleisiin mittaamisperusteisiin. Alioikeuden ratkaisu onkin poikennut tilastollisesti selvitetystä normaalikäytännöstä (ks. *Lappi-Seppälä* 1982 s.74).

Myös *teon ulkopuolisten* perusteiden osalta riittää viittaus aikaisempaan esitykseen. Tilanteet, joissa tuomioistuin on perustellut sakon käyttöä, ovat kaikki samalla asteikosta poikkeamisia (sairauden vuoksi kohonnut rangaistusherkkyys, VHO 190/III/1972, vahinkojen hyvittäminen, VHO 16.10.1979 R 555/1977, seuraamusten kasautuminen KKO 1972 II 108 ja vapaaehtoinen ilmoittautuminen ja rikoksen selvittämisen edistäminen, ISHO 1129/1972).

4.3. Kommentteja

Niukat päätösperustelut viittaavat siihen, että normaalitilanteissa valinta sakon ja vankeuden välillä nojaa melko suurelta osin teon ulkoiseen törkeyteen, tekotapaan ja seurauksiin. Sakon valintaa on perusteltu vetoamalla mm. vahinkojen ja vaaran vähäisyyteen, kohteen vähäiseen arvoon, passiiviseen mukanaoloon ja teon lyhyeen kestoon. Vankeuteen ovat johtaneet taas aiheutettujen vahinkojen suuri määrä, teon ja tekotavan vaarallisuus.

Toisaalta on hyvät perusteet väittää, ettei näiden ratkaisujen pohjalta voi kovin luottavaisin mielin hahmottaa rikosten normaalirangaistusvyöhykkeitä. Tämä käy ilmeiseksi tarkasteltaessa niitä rikoksia, joita päätökset kaikkiaan koskevat. Mukana ovat lähinnä moottoriajoneuvon luvaton käyttöönotto, törkeä rattijuopumus, virkamiehen tekemät kavallukset ja kotirauhan rikkominen. Osa rikoksista on varsin harvinaisia ja ratkaisut tältä kannalta vailla suurempaa relevanssia. Tavallisiakin rikoksia yhdistävänä piirteenä on, että *valinta sakon ja vankeuden välillä aktualisoituu suhteellisen harvoin.* Törkeät rattijuopumukset sekä moottoriajoneuvon käyttöönottorikokset olivat aineistossa selvästi yliedustettuina. Sakon osuus molemmissa rikoksissa on kuitenkin vain muutama prosenttiyksikkö. Käyttöönottorikosten yliedustus selittyy *vanhentuneilla ja liian korkeilla vähimmäisrangaistuksilla.* Tästä rikoksestahan voi tuomita sakkoa vain rikoslain asteikosta poikkeamissäännöksen nojalla. Sen soveltaminen edellyttää taas aina erityisperusteluja. Käyttöönottorikosten osalta tulokset osoittavat korjausta kaipaavaan epäkohdan.[6]

[6] Näitä asteikkoratkaisuja on viimeksi aiheesta kritisoinut *Nikula* 1986 s. 240—241.

Törkeätä rattijuopumusta koskevat havainnot antavat sen sijaan aiheen eräisiin positiivisiin huomautuksiin. Kuten luvun II lopussa todettiin, normaalirangaistusajattelu ja kiinteiden rangaistusvyöhykkeiden muodostaminen ei välttämättä merkitse kaavamaista ja karkeata mittaamisargumentaatiota. On päinvastoin mahdollista, että linjojen kiteytyminen johtaa myös tapaukset tyyppimuodoista erottavien piirteiden esiin tuomiseen. Näin on aivan ilmeisesti käynyt törkeän rattijuopumuksen tapauksessa. Käytännön tuomiolinjojen kiinteys sekä normaalirangaistuslajin vakiintuminen vaatii tuomioistuimia aina perustelemaan siitä poikkeavat valintansa. Tällä tavoin rikastetaan myös mittaamisperusteiden kirjoa.—Eri asia on, että pyrittäessä valottamaan todella vaikuttavia lajivalintaperusteita, keskittyminen muutaman harvan rikoksen atyyppisiksi katsottuihin tapauksiin ei välttämättä paljasta rutiinijutuissa vaikuttavia sakon ja vankeuden valintaperusteita. Kysymyksen selvittäminen edellyttääkin käytännön kvantitatiivisia tarkasteluja. Niihin palataan tutkimuksen II osassa.

D. EHDOLLINEN RANGAISTUS JA OHEISKYSYMYKSET

1. Yleistä

Ehdollista rangaistusta koskevan lain 1 §:n mukaan enintään kahden vuoden vankeusrangaistus voidaan määrätä ehdolliseksi, jollei yleisen lainkuuliaisuuden ylläpitäminen vaadi rangaistuksen tuomitsemista ehdottomana. Jos syytetty on rikoksen tekemistä edeltäneiden kolmen vuoden aikana tuomittu pidemmäksi ajaksi kuin yhdeksi vuodeksi vankeuteen, voidaan uusi rangaistus määrätä ehdolliseksi kuitenkin vain erityisistä syistä (EhdL 2 §). Rajoitus ei kuitenkaan koske nuoria rikoksentekijöitä (NuorRikL 7 §). Erityisistä syistä voidaan myös sakko määrätä ehdolliseksi.

Rangaistus on ehdollinen tuomioistuimen asettaman määräajan (koetusajan), joka on pituudeltaan yhdestä kolmeen vuotta (EhdL 3 §). Milloin ehdolliseen rangaistukseen tuomittu tekee koetusaikana uuden rikoksen, josta hänet tuomitaan vankeusrangaistukseen, ja syyte tästä rikoksesta on nostettu viimeistään vuoden kuluessa koetusajan päättymisestä, voi tuomioistuin määrätä ehdollisen rangaistuksen pantavaksi täytäntöön. Jos rangaistus on yli vuosi vankeutta ehdottomana, ei asiassa ole harkintamahdollisuutta (EhdL 4 §).

Tärkein ratkaisu koskee valintaa ehdollisen ja ehdottoman vankeuden välillä. Tälle omistetaan seuraavassa päähuomio. Tämän ohella tarkastellaan omassa jaksossa (3) aikaisempien rangaistusten täytäntöönpanoa sekä sakkorangaistuksen käyttöön tässä yhteydessä liittyviä kysymyksiä.

2. Ehdollisen rangaistuksen edellytykset

2.1. Yleisen lainkuuliaisuuden ylläpitäminen

Laki tuntuu määrittävän ehdollisen rangaistuksen käyttöedellytykset korostetusti kriminaalipoliittisten periaatteiden tasolla. Vuoden 1976 uudistuksen varsinaiseksi sisällöksi onkin tulkittu ehdollisen rangaistuksen kytkeminen aikaisempien erityispreventiivisten näkökohtien sijasta yleisestävyyteen. Tämän tuo ilmi lain 1 §:n viittaus "yleisen lainkuuliaisuuden" vaatimuksiin. Tämän vuoksi

on perustelua tarkastella tämän rangaistusvaihtoehdon soveltamisedellytyksiä mittaamisperusteiden yleisen systematiikan sijasta rangaistusteoreettisesta ja kriminaalipoliittisesta viitekehyksestä.

Yleisen lainkuuliaisuuden ylläpitäminen ja yleisestävyys antavat soveltamisohjeina näennäisestä yksinkertaisuudestaan huolimatta lainkäyttäjälle huomattavan paljon harkintavaltaa (*Anttila-Heinonen* 1977 s. 198-199 ja *Lindholm* 1980 s.114 sekä Ltk 1/1980 s.30). Yleisen lainkuuliaisuuden ylläpitäminen tarkoittaa esitöiden mukaan tarvetta turvata ehdottomaan vankeusrangaistukseen, milloin "ehdollisuus käsiteltävänä olevassa yksittäistapauksessa voisi horjuttaa kunnioitusta lakia kohtaan" (HE 108/1975 II vp. s.3). Selvennykseksi todetaan vielä vaatimuksen koskevan "yksittäisiä rikoksia ei koko rikostyyppiä"(s.3). Tämä on tulkittu siten, että kysymys rangaistuksen ehdollisuudesta tulee ratkaista itsenäisesti rikostyyppiin katsomatta. Eri rikostyyppejä ei saisi asettaa rangaistuksen ehdollisuudesta päätettäessä erityisasemaan (näin myös *Heinonen* 1976 s. 147 ja *Lindholm* 1980 s. 103).

On toinen asia, edellyttävätkö esityöt myös, että ratkaisija tekee aina juuri sellaisen päätöksen, jonka hän arvioi tuossa yksittäisratkaisussa parhaiten täyttävän yleisestävyyden vaatimukset. Varsinaisesta mittaamisesta lainsäätäjä selvästi toteaa, ettei tuomarin yksittäistapauksissa tule perustaa rangaistustaan yleisestäviin näkökohtiin. Ne tulevat huomioiduiksi jo yleisten koventamisperusteiden kautta (ks. HE 125/1975 II vp.s. 10). Lajivalintaan pätee sama. Edellyttäen, ettei kyse ole poikkeustilanteesta ja (joissain tapauksissa) KKO:n lajivalintaa ohjaavista prejudikaateista, preventiivinen spekulointi on vailla käytännöllisiä ja teoreettisia perusteita. Yksittäiset ratkaisut ovat yleisprevention kannalta kiinnostavia lähinnä siltä osin, kun ne edustavat yleistä käytäntöä. Tällöin niitä tarkastellaan aina osana vastaavissa tilanteissa annettujen samanlaisten ratkaisujen sarjaa. Yksittäisten preventioratkaisujen sijasta tuomarin on ts. pyrittävä toteuttamaan preventiivisesti perusteltua tuomiolinjaa. Yleisen lainkuuliaisuuden ylläpitäminen ei ehdollisen vankeuden käyttöedellytyksenä siis tarkoita, että tuomari tekisi aina yksittäistapauksissa ratkaisunsa sen mukaan, miten hän arvioi yleisön juuri tähän päätökseen reagoivan.

Tulkinta on saatettavissa sopusointuun myös esitöiden kanssa. Yleispreventio on niissä asetettu pikemminkin negatiiviseksi rajoitteeksi kuin positiiviseksi päämääräksi. Samansuuntaisesti tilanteen näkevät myös *Anttila-Heinonen*, jotka katsovat lainsäätäjän aivan ilmeisesti asettaneen ehdollisen vankeuden ehdottoman edelle. Rangaistus tulee lähtökohtaisesti määrätä ehdolliseksi. Ehdottomaan vaihtoehtoon turvaudutaan vain, milloin "lainkunnioituksen ylläpitäminen" sitä vaatii (*Anttila-Heinonen* 1977 s. 198 sekä myös *Heinonen* 1976

s. 142 sekä HE 108/1975 II vp.s.3). Ratkaisijan ei normaalisti tule yksittäisratkaisuin tavoitella yleisestävää tehoa, sen sijaan hänen tulee huolehtia siitä, ettei yleinen lainkunnioitus hänen päätöksensä seurauksena heikkene. Jotta lainkunnioitus säilyisi - tai paremminkin jotta se ei heikkenisi - tulee taata, etteivät ratkaisut asetu liiaksi ristiriitaan yhteisön oikeustajun kanssa. Yleisestävyys on siis nähtävissä ennen kaikkea vaatimuksena, ettei tuomioistuin tee asiassa oikeustajunnan kanssa liiaksi ristiriitaisia päätöksiä (sikäli kuin yleisöllä asiasta jokin käsitys on). Oikeustajunta ei toisaalta edusta ehdotonta auktoriteettia. Vaikka oikeustajunnan voi perustellusti olettaa edellyttävän määrätynsisältöistä ratkaisua, mutta painavat kriminaalipoliittiset syyt puhuvat toiseen suuntaan, on yleisestä mielipiteestä mahdollisuus poiketa. Tällöin on ratkaisun perusteet kuitenkin tuotava mahdollisimman hyvin esiin. Hyvin perusteltu päätös ei enää välttämättä olekaan vastoin oikeustajuntaa: jos ihmiset hyväksyvät esitetyt perusteet, hyväksyvät he usein myös lopputuloksen. Oikeustajuntaa voidaan siis kehittää päätösperusteluin kriminaalipoliittisesti valveutuneempaan suuntaan.

Konkreettisten soveltamisperusteiden tasolla päädytään siis rikoksen moitittavuutta ja rangaistuksen ankaruutta määrittäviin piirteisiin sellaisina, kuin yleisö ne kokee. Keskeiseksi tulee teon ulkoinen vakavuus ja (osaksi) tekijän syyllisyys. Teon törkeyden ja tekijän syyllisyyden kasvaessa lisääntyy myös tarve ehdottoman vankeuden käyttöön. Lopputulos ei ole niinkään odottamaton, kun muistaa, että EhdL 1 § asettaa rangaistuslajin ylärajaksi 2 vuotta. Teon törkeys on jo tällä asetettu epäsuorasti lajinvalintaperusteeksi. Mitä lähempänä tätä rajaa ollaan, sitä painavammat perusteet on rangaistuksen määräämiseen ehdottomaksi (näin myös *Lindholm* 1980 s. 118).

2.2. Erityisestävien näkökohtien asemasta

2.2.1. Yleistä

Erityisestävien perusteiden poistaminen ei hallituksen esityksen mukaan "tietenkään estä tuomioistuinta harkitsemasta asiaa kaikilta puoliltaan niin hyvin kuin esitetty aineisto tekee mahdolliseksi" (HE 108/1975 II vp. s.4.). Laintarkastuskunta vuorostaan huomautti, että ehdollisen rangaistuksen edellytyksiä pohdittaessa on edelleen otettava huomioon rikoksentekijän olot ja elämäntavat (Ltk 1/1974 s.4). Lakivaliokunta kirjoitti taas mietinnössään asiasta:

> "Kun lakiehdotus lisää ehdollisen rangaistuksen käyttöalaa ja tuomioistuinten harkintavaltaa, voidaan tuomitsemistoiminnassa kiinnittää *entistä enemmän huomiota erityisestäviin näkökohtiin.*" (LavM 7/1975 II vp. s.1 kurs. tässä).

Erityispreventiotakaan ei siis ole kokonaan syrjäytetty. Sen osuutta paikannettaessa suunnataan katse aluksi vanhan lain edellytyksiin ja ns. positiiviseen erityispreventioon.

2.2.2. Positiivinen erityispreventio

Vanhan ehdollista tuomiota koskevan lain 3 §:n mukaan paino oli tekijän vastaisen sopeutumisen mahdollisuuksissa. Niitä arvioitaessa oli kiinnitettävä huomio mm. (a) tekijän aikaisempaan elämään, (b) rikoksen vaikuttimiin sekä (c) teossa muutoin ilmaantuneisiin asianhaaroihin. Lisäksi tuli ottaa huomioon tekijän käytös tekonsa jälkeen, sekä hänen auliutensa korvata kykynsä mukaan aiheuttamansa vahinko (EhdRangL 3 §, 20.6.1918/44). Vaikka nämä seikat ovat edelleen legitiimejä mittaamisperusteita, on niiden asema ehdollisen rangaistuksen käyttöperusteina kuitenkin muuttunut. Vanhan lain perusajatus oli, että mikäli tekijän sosiaalisen selviytymisen mahdollisuudet olivat em. näkökohtien mukaan hyvät ilman, että rangaistus pannaan täytäntöön, voitiin turvautua ehdolliseen rangaistukseen. Jos sen sijaan oli ilmeistä, että tekijä jatkaisi rikollista toimintaansa, oli näistä taipumuksista vapauttava tai niitä vähentävä ehdoton rangaistus tarpeen (ks. *Anttila* 1960 s.45). Epävarmoissa tapauksissa tuli ratkaisu tehdä sen mukaan, kumpi oli todennäköisempää: syytetyn ojentuminen (ilman laitosrangaistusta) vai rikosten tekeminen (*Honkasalo* III s.126).

Tänään arvioinnin lähtökohdat ovat toiset. On realistista otaksua, että rikoksesta syytetty nuori tulee - melko lailla rangaistuksesta riippumatta - syyllistymään vielä (ehkä useampaankin) rikokseen. Vanhan lain lähtökohdista olisi siten paras tuomita *aina* ehdoton vankeus. Toisaalta uusimisennuste on laitosrangaistusten jälkeen vielä keskimääräistäkin huonompi. Vanhan lain lähtökohdista *ei myöskään ehdottoman vankeuden käyttöön olisi perustetta*. Umpikuja on selvitettävissä vain *hylkäämällä positiiviseen erityispreventioon tähtäävä strategia*. Juuri näin meneteltiin uudistettaessa EhdL:n säännöksiä v. 1976.[1] Vaikka erityisestävyyden tavoittelu positiivisena päämääränä on hylätty, ei se toisaalta merkitse, ettei erityispreventiivisellä tiedolla olisi edelleen käyttöä pohdittaessa millaisia ratkaisuja tulisi *välttää*.

---

[1] Esitöiden mukaan tuomioistuimet olivatkin jo aiemmin jättäneet syrjään erityispreventiiviset spekuloinnit ja siirtyneet noudattamaan suhteellisen kaavamaista, "lähinnä yleisestäville näkökohdille" perustuvaa käytäntöä (HE 108/1975 II vp.s. 3).

2.2.3. *Negatiivinen erityispreventio*

Ehdottoman vankeusrangaistuksen mukanaan tuomat haitat vaihtelevat tekijän iän, terveydentilan ja hänen elinolosuhteidensa mukaan. Nuorten rikollisuus ymmärretään nykyään yleisesti ikäkauteen liittyväksi ja iän karttuessa todennäköisesti häviäväksi ilmiöksi. Nuorena vankilaan joutuminen heikentää toisaalta ratkaisevasti henkilön sosiaalisen selviytymisen mahdollisuuksia. Uusimisennustetta huonontavia sivuvaikutuksia ovat mm. koulunkäynnin, ammattiopintojen tai työpaikkaharjoittelun keskeytyminen, vieraantuminen kotiympäristöstä, samastuminen laitosten poikkeaviin osakulttuureihin, ammattitaidottumuudesta seuraavat vaikeudet asunto- ja työmarkkinoilla jne. Näistä syistä nuorille, etenkin alle 18-vuotiaille, tulisi tuomita ehdoton vankeusrangaistus vain poikkeustapauksissa (ks. esim. HE 108/1975 II vp.s.2, *Heinonen* 1976 s.144, *Lindholm* 1980 s.103 ss, Ehdotus 1978 s.13 ss. sekä Ltk 1/1980 s.28).

Tuomitun ikä onkin eräs voimassaolevan lain muodollisesti tunnustamista ehdollisen rangaistuksen soveltamiskriteereistä. Nuoruushan lieventää ehdollisen vankeusrangaistuksen käytön muodollisia ehtoja kumoamalla EhdL 2 §:ssä säädetyn aikaisemman rikollisuuden estevaikutuksen. Tällöin ratkaisee tekijän ikä tuomittavana olevan rikoksen tekohetkellä. Tämä on ymmärrettävää järjestelmässä, jossa nuorten lievempi kohtelu perustetaan syyllisyysnäkökohtiin. R*angaistuksen haittavaikutusten* kannalta olisi taas loogista panna paino *tuomiohetken olosuhteisiin*. Koska molemmat vaikuttavat arvosteluun, lienee perusteltua säilyttää nykyinen—myös RL 3:2:ssa ilmaistu—järjestely sellaisenaan (ks. tältä osin Ltk 1/1980 s.29).

Laitosrangaistus saattaa koitua myös muista kuin ikään liittyvistä syistä tekijän tulevaisuuden kannalta poikkeuksellisen kohtalokkaaksi. Tämä pätee erityisesti tilanteissa, joissa tekijä on onnistunut irtautumaan rikoksiin altistavasta ympäristöstä, hänen elämänolosuhteensa ovat muuttuneet, teosta on kenties kulunut jo pitempi aika jne. Haittaminimoinnin yleistavoitteen kannalta rangaistuksen ehdolliseksi määrääminen voi tällöin olla kokonaisuudessaan huomattavasti edullisempaa kuin turvautuminen ehdottomaan vankeusrangaistukseen (ks. myös edellä IV C. 4).

Lain muodolliset edellytykset asettavat myös *uusimisen* lajivalintaperusteeksi. Rangaistusta ei saa määrätä ehdolliseksi (NuorRikL 7 §:ssä säädetyin poikkeuksin), jos tekijä on rikosta edeltäneiden kolmen vuoden aikana tuomittu yli vuodeksi vankeuteen (EhdL 2 §). Tätä lievemmilläkin rangaistuksilla ja lyhyemmillä aikaväleillä on tietysti merkitystä. Uusimisvaikutusta arvioitaessa voi alustavasti tukeutua edellä RL 6:2 4 kohdan yhteydessä esitettyihin lähtökohtiin.

Paitsi, että uusiminen moitetta lisäävänä seikkana puoltaa ehdotonta vankeutta lajiltaan ankarampana seuraamuksena, on perusteella yhteys myös tarkoituksenmukaisuusnäkökohtiin. Ehdollisen vankeuden keskeinen funktio on toimia varoituksena ja uhkana, jota ei kuitenkaan toimeenpanna. Aikaisemman rangaistuksen täytäntöönpaneminen merkitsee aina määrättyä epäonnistumista. Seuraamus on siten edullisimmillaan ja käyttö suotavinta, milloin tilanteeseen ei liity täytäntöönpanon uhkaa (ks. myös Rikosoikeuskomitea 1976 s.79). Täytäntöönpanon uhka on taas pienemmillään, milloin tuomittavana on ensikertalainen (jonka menneisyys ei ts. implikoi uusia rikoksia). *Lindholmin* suosituksia seuraten voi siis esittää, että ehdottoman vankeusrangaistuksen tuomitseminen aikaisemmin rikoksiin syyllistymättömälle henkilölle tulee varsin harvoin kysymykseen.[2] Sama lähtökohta oikeuttaa myös puoltamaan ehdollista rangaistusta, milloin teko selittyy poikkeuksellisilla olosuhteilla (esimerkiksi jos teko-olosuhteet ovat lähellä tuomitsematta jättämisen tai rangaistussäännöksestä poikkeamisen soveltamisaluetta). Sama koskee myös RL 6:3:ssa säädeltyjä yleisiä lievennysperusteita. Sanktiokumulaatiota koskevat näkökohdat vaikuttavat nekin, joskin tällä kertaa sanktioankaruuden kautta (ks. myös *Lindholm* 1980 s.119 viittauksineen). Myös tekijän *ikä* voidaan tulkita suhteellisuus- ja yhdenvertaisuusperiaatteen vaatimaksi lajivalintaperusteeksi. Kuten laintarkastuskunta asiasta kirjoittaa: "Ehdoton vankeusrangaistus alle 18-vuotiaana rikoksen tehneelle on kuitenkin, jos rangaistuksen suorittaminenkin tapahtuu tässä iässä, tosiasiassa yleisesti ottaen ankarampi kuin vastaava vankeusrangaistus aikuiselle" (Ltk 1/1980 s.28). Siltä osin kuin kyse on nuoren kohonneesta sanktioherkkyydestä, voidaan lievennys perustaa suhteellisuusperiaatteeseen. Uusimistodennäköisyyden kasvu taas perustaa lievemmän kohtelun negatiiviseen erityispreventioon vedoten.

Uusiminen ja nuoruus vetävät käytännössä eri suuntiin. Uusiminen puoltaa ehdotonta ja nuoruus ehdollista. Toisaalta juuri nuorissa ikäluokissa on uusiminen tavallista. Nuoriakin tuomittaessa joudutaan siten usein väistämättä siirtymään ehdottomiin vankeusrangaistuksiin. Tällöin aikaisempien ehdollisten tullessa täytäntöönpantaviksi vankeusajat kasvavat jo ensimmäisen laitoskokemuksen myötä huomattavan pitkiksi. Ongelmaa ei kuitenkaan tule ratkoa ehdollisista vankeusrangaistuksista luopumalla, vaan keinojen on löydyttävä muualta. Tällaisia vaihtoehtoja olisivat mm. ehdollisen vankeusrangais-

[2] Ks. *Lindholm* 1980 s. 115-121 esiteltyä soveltamismallia. Ensikertalaiseen voidaan usein rinnastaa myös henkilö, jonka rikosten suhde ei viittaa RL 6:2 4-kohdassa tarkoitettuun piittaamattomuuteen.

tuksen osaksi korvaava rangaistusvaroitus, nuorisoaresti, mahdollisuus jättää aikaisemmat ehdolliset rangaistukset osaksi tai kokonaan täytäntöönopanematta, konkurrenssiuudistus jne (uudistussuunnitelmista ks. Ltk 1/1980 s.26-27 ja 31-32).

2.3. Sovitus ja sanktioankaruus

Siltä osin kuin ehdollinen ja ehdoton vankeus edustavat eriasteisia seuraamuksia sanktioankaruuden kannalta, lajivalintaan voidaan lisäksi soveltaa kaikkia yleisiä mittaamisperusteita. Näitä kaikkia on jo edellä käsitelty. Uutena, yksinomaan tähän liittyvänä kysymyksenä on lopuksi syytä ottaa esiin *tutkintavankeusaika*.

Tutkintavankeusaika on hyvitettävä täysimääräisenä tekemällä rangaistuksesta sitä vastaava vähennys (RL 3:11). Etenkin tilanteissa, joissa tutkintavankeus on kestänyt pitempään, tekijä on asiallisesti jo suorittanut osan rangaistuksesta ehdottomana. Tämä oheisseuraamus voitaisiin ottaa huomioon rajatapauksissa ehdollista puoltavana seikkana, hieman samaan tapaan kuin tilanteissa, joissa oheissakko katsotaan sellaiseksi lisätehosteeksi, jonka avulla voidaan vielä pitäytyä ehdollisen rangaistuksen puolella. Tätä käytäntöä noudattaen päädyttäisiin samantapaiseen lopputulokseen, jota edustaa mm. Tanskassa ja Norjassa käytössä oleva ja meillekin kaavailtu yhdistelmärangaistus (ks. mm. *Lindholm* 1980 s.128 viitteineen).[3]

3. Oheiskysymykset

3.1. Sakkorangaistuksen käytöstä

3.1.1. Ehdollinen sakko

EhdL 1[2] §:n mukaan sakkorangaistus voidaan määrätä ehdollisena, milloin siihen on "erityisiä syitä". Tätä jo vanhastaan käytössä ollutta mahdollisuutta oli uuden EhdL:n lain säätämiseen mennessä käytetty varsin säästeliäästi (n.5-10 tapausta vuodessa). Ehdollinen sakko esitettiin kuitenkin edelleen säilytettäväksi, ottaen huomioon pyrkimys sakkosummien korottamiseen, jolloin

[3] Menettelyyn liittyy toki vaarojakin. Näistä vakavin on mahdollinen taipumus ryhtyä käyttämään tutkintavankeusaikaa rangaistuksena esimerkiksi sellaisissa tapauksissa, joissa on odotettavissa ehdollinen vankeus, tuota aikaa tarkoituksellisesti pidennetään, jotta syytetyksi joutuva tai syytteessä jo oleva saisi edes jonkinlaisen "tuntuman" laitosoloihin.

"sakko voi ankaruudeltaan lähennellä vapausrangaistusta, mistä seikasta taas aiheutuu, että sakko on voitava tuomita ehdollisena samoin perustein kuin vapausrangaistus". Toisaalta tuon mahdollisuuden niukka soveltaminen antoi aiheen todeta: "(N)oudatetun käytännön mukaisesti laissa olisi kuitenkin lausuttava, että sakkorangaistus voidaan tuomita ehdollisena vain erityisistä syistä". (HE 108/1975 II vp.s.4). Näitä syitä ei esitöissä täsmennetä.

Vuoden 1977 sakkouudistus ei toistaiseksi ole johtanut sakkosummien merkittävään kohoamiseen. Sakkoa ei myöskään koeta vankeuden kanssa rinnasteiseksi seuraamukseksi siinä mielessä, että sen määrämiseen ehdolliseksi katsottaisiin olevan tarvetta. Tästä on osoituksena myös se, että halukkuus ehdollisten sakkojen tuomitsemiseen on nyttemmin kokonaan tyrehtynyt. Ehdollisia sakkoja tuomittiin vuosina 1981-1984 keskimäärin 1 kpl vuodessa (ks. Svt. sarjat XXXII:B). Jos vaihtoehdosta tahdotaan toimiva osa seuramusjärjestelmään, olisi sakon statuksen ilmeisesti muututtava. Ehdollisen sakon käyttöedellytyksistä olisi myös nähtävästi tarpeen säätää tarkemmin lailla.

3.1.2. Oheissakko

EhdL 1[3] § kuuluu: "Milloin ehdollista vankeusrangaistusta yksinään on pidettävä riittämättömänä seuraamuksena rikoksesta, voidaan rikoksentekijä ehdollisen vankeusrangaistuksen ohella tuomita ehdottomaan sakkorangaistukseen, silloinkin kun rikoksesta ei ole säädetty sakkoa".

Säännöksessä tarkoitetun *oheissakon* käyttöohjeita täsmennettäessä yhden lähtökohdan tarjoavat asiaa koskevat varhaisemmat esitykset. Niiden mukaan oheissakon käyttö olisi tarkoituksenmukaista "sen varalta, että syntyisi ristiriitaa punnittaessa erityis- ja yleisestävien näkökohtien ensisijaisuutta" (Nuorisorikollisuustoimikunta 1966 s. 44), tai "kun olisi aihetta epäillä ehdollisen vapausrangaistuksen soveltuvuutta, mutta kuitenkin tultaisiin myönteiseen tulokseen" (HE 108/1975 II vp.s.4). Hallituksen esityksessä suositetaan tältä pohjalta oheissakkoon turvattavaksi "nimenomaan poikkeustapauksissa" (s.4). Näitä sisällöltään epätäsmällisiä ohjeita voidaan täsmentää osaksi jo aikaisempaan esitykseen vedoten.

Lain esitöitä ja niissä mainittuja lähteitä tulkiten oheissakon käyttö olisi erityisen perusteltua tilanteissa, joissa *normaalikäytäntö edellyttäisi ehdotonta vankeusrangaistusta*, mutta jossa *tekijän henkilöön liityvät perusteet tekevät tämän rangaistuksen joko keskimääräistä epätarkoituksenmukaisemmaksi, haitallisemmaksi tai muutoin kohtuuttomaksi*. Puhe on siis ennen kaikkea tilanteista, joihin soveltuu jokin teon ulkopuolisista lieventämisperusteista. Nä-

mä kriteerit täyttävät myös esitöissä korostetun ajatuksen soveltamisen *poikkeusluontoisuudesta*.

Kun oheissakon käytöllä tahdotaan vähentää etenkin ehdottoman vankeusrangaistuksen täytäntöönpanoon liittyviä haittoja, voisi päätellä, ettei seuraamusta tulisi soveltaa, jos syytetyn varattomuus johtaisi sakon muuntoon (näin *Majanen* 1976a s.325). Kun toisaalta muuntomenettely sisältää myös ilmiselviin varattomuustapauksiin sisältyvät joustomahdollisuudet, ei varallisuuteen tulisi kiinnittää huomiota muutoin kuin poikkeuksellisen selvissä tilanteissa (esim. tuomittaessa vailla tuloja olevia nuoria henkilöitä, ks. myös Nuorisorikoskomitea 1970 s.22). Selvää tietysti on, ettei varattomuus milloinkaan saa olla syynä ehdottomaan vankeuteen turvautumiseen.

Sen varalta, että ehdollinen vankeusrangaistus tulee myöhemmin pantavaksi täytäntöön, kokonaisseuraamuksen kohtuullistaminen edellyttäisi hallituksen esityksen mukaan, että vankeusaika määrättäisiin oheissakon käyttötilanteissa tavallista lyhyemmäksi (HE 108/1975 II vp.s.5). Tätä on vaikea perustella. Oheissakon käyttöönoton tavoitteena oli täyttää sanktioankaruudessa ehdollisen ja ehdottoman vankeuden väliin jäävä aukko. Jos oheissakon maksaneelle tuomittu ehdollinen vankeusrangaistus määrätään myöhemmin täytäntöönpantavaksi, on seuraamus toki ankarampi, kuin jos sakkoa ei olisi määrätty. Mutta tämä oli tarkoituskin (ks. myös *Koskinen* 1976a s. 75).

Lain esityöt eivät aseta mitään rikostyyppiä erityisasemaan. Liikennejuopumusuudistuksen lähtökohtiin kuitenkin kuului, että milloin törkeästä rattijuopumuksesta tuomitaan ehdollinen vankeusrangaistus, sen ohella tulisi määrätä myös sakko (HE 110/1975 II vp.s.12 ja 15 sekä LavM 5/1976 s.2). Tämä poikkeama oheissakon yleisistä käyttöperiaatteista selittyy oikeuspoliittisin syin. Liikennejuopumusuudistuksen yhtenä tavoitteena oli ehdottomien vankeusrangaistusten vähentäminen. Toisaalta perinteistä ehdollista vankeusrangaistusta oli pidetty sekä oikeuskirjallisuudessa että eräissä viralliskannanotoissa yleisestävyydeltään riittämättömänä rattijuoppousrangaistuksena.[4] Ehdottomien vankeusrangaistusten korvaaminen ehdollisilla edellytti siten lisätehosteen käyttöönottoa.

Liikennejuopumusuudistuksen yhteydessä noudatettu menettely on sopusoinnussa ehdollisen rangaistuksen yleisten soveltamisperiaatteiden kanssa sikäli, että ratkaisevaksi on asetettu yleisestävyys. Toisaalta kaavamaisen oheissakon käytön voisi sanoa olevan ristiriidassa tuon vaihtoehdon poikkeusluontoisuutta korostavan periaatteen kanssa. Seikalla tuskin on suurempaa merki-

[4] "Yleisprevention takia älä anna rattijuopolle ehdollista rangaistusta kuin poikkeustapauksissa". (*Nousiainen* 1976 s.113 ks. myös Oka 1963 s.48 ja *Ellilä* 1974 s.114).

tystä. Jos ehdottomien vankeusrangaistusten kriminaalipoliittisesti perusteeton käyttö on mahdollista välttää rattijuopumusrikosten yhteydessä vain hyväksymällä po. rikoksen normaalirangaistuslajiksi oheissakolla tehostettu ehdollinen vankeusrangaistus, on se riittävä syy oheissakon käyttöperiaatteiden tarkistamiseen. Ei ole mitään estettä sille, ettei samaa menettelyä voisi tarpeen tullen soveltaa myös muissa rikoksissa. Oikeuskäytännön yhtenäisyyden kannalta olisi kuitenkin suotavaa, että päätökset oheissakon systemaattisesta käytöstä tehdään liikennejuopumusrangaistuksia yhtenäistettäessä vastaavaa menettelyä seuraten. Tällaisten *laajempien linjanvetojen* rinnalla oheissakko tulee kuitenkin ymmärtää myös instrumenttina, jolla poikkeustapauksissa on mahdollisuus välttää ehdottoman vankeusrangaistuksen haitat, ja tuomita mm. kohtuusnäkökohtia painottaen ehdollinen vankeusrangaistus tilanteessa, jossa teon törkeys normaalisti edellyttää ehdotonta vankeusrangaistusta.

3.2. Ehdollisen rangaistuksen täytäntöönpano

3.2.1. EhdL:n määräyksiin perustuvat ratkaisuohjeet

EhdL 4 §:n mukaan tuomioistuimen on ilman harkinnan mahdollisuutta määrättävä aikaisempi ehdollinen rangaistus täytäntöönpantavaksi, jos tekijä tuomitaan koetusaikana tehdystä rikoksesta yli 1 vuoden ehdottomaan vankeusrangaistukseen, ja syyte tästä rikoksesta on nostettu vuoden kuluessa koetusajan umpeenkulumisesta. Tuomioistuimella on oikeus harkintansa mukaan määrätä ehdollinen rangaistus täytäntöönpantavaksi, jos uudesta rikoksesta tuomitaan ehdollista vankeutta korkeintaan kaksi vuotta tai ehdotonta korkeintaan yksi vuosi. Jos useammasta uudesta rikoksesta tuomitaan yhdistettyyn vankeusrangaistukseen, on ratkaisevana yksikkörangaistusten pituus (ks. *Halinen* ym. 1981 s.91-92).

Osa harkintaa ohjaavista kriteereistä voidaan johtaa suoraan lain muodollisista edellytyksistä seuraavasti: (a) uudesta rikoksesta tuomittavan rangaistuksen laatu; ehdoton vankeusrangaistus johtaa ehdollista helpommin lykkäämisedun menettämiseen, (b) uudesta rikoksesta tuomittavan rangaistuksen määrä; mitä lähempänä ollaan laissa säädettyjä yhden ja kahden vuoden rajoja, sitä herkemmin aikaisempi ehdollinen pannaan täytäntöön, (c) koetusajan kuluminen; mitä lähempänä ollaan koetusajan umpeenkulumista, sitä painavammat perusteet tulee olla ehdollisen täytäntöönpanemiseksi ja (d) syytteen nostamisen ajankohta; mitä lähempänä yhden vuoden määräajan kuluminen on loppuaan, sitä painavammat syyt täytyy olla lykkääntymisen edun menettämiseksi. Esitetyistä periaatteista viimeisin lienee painoarvoltaan vähäisin. Laissa

oleva yhden vuoden määräaika on joka tapauksessa siinä määrin lyhyt, ettei seikalla ole tässä yhteydessä sanottavaa merkitystä. Myös kohdan (b) sääntöön voi kohdistaa arvostelua. Sehän edellyttää, että mitä suurempi uuden rikoksen rangaistus on, sitä varmemmin kärsittäväksi tulee myös aikaisemmman ehdollisen täytäntöönpano. Tämä järjestelmä johtaa välttämättä sanktioiden eskaloitumiseen ja on siten vastoin RL 6:4:n tavoitteita.

Täytäntöönpanon kytkeminen uuden rikoksen vakavuuteen on toisaalta rationaalisesti perusteltavissa. Täytäntöönpanon uhan tavoite on preventiivinen. Mitä varmemmin lykkääntymisetu menetetään, sitä suurempi on preventiivinen teho. Kun vakavien rikosten estäminen on keskimääräisesti tärkeämpää ja kun uudesta rikoksesta tuomittavan rangaistuksen ankaruus on yksiselitteisin indisio sen vakavuudesta, on loogista kytkeä lykkääntymisedun menettäminen uuden rikoksen sanktiotasoon. Vaikka tämä ajatuskulku justifioikin lykkääntymisedun menettämisen ja uuden rikoksen vakavuuden yhteen kytkemisen, ei se kuitenkaan edellytä, että uudesta rikoksesta todella olisi *tuomittava* ankara rangaistus. Vaikka uusi rikos on vakavuudeltaan sitä luokkaa, että lykkääntymisedun menettäminen on välttämätöntä, voi kokonaisseuraamuksen määrää säädellä mittaamalla uudesta rikoksesta tuomittava rangaistus jonkin verran keskimääräistä lyhyemmäksi. Tämä periaate on sopusoinnussa RL 6:4:n kanssa ja soveltuu erityisesti tilanteisiin, joissa uudesta rikoksesta joka tapauksessa tulee langetettavaksi yli yhden vuoden ehdoton vankeusrangaistus ja aikaisemmat ehdolliset siten tulee panna täytäntöön ilman harkinnan mahdollisuutta.

Seuraamusten kasautumista voi säädellä myös muilla keinoin. Kokonaisseuraamukset muodostuvat kohtuuttoman koviksi sitä varmemmin, mitä pidempi on aikaisempi ehdollinen vankeusrangaistus. Tämän vuoksi voi suhtautua jonkin verran pidättyvämmin pitkien kuin lyhyiden ehdollisten rangaistusten täytäntöönpanoon. Kolmas sääntelymahdollisuus koskee tilanteita, joissa tekijällä on useampia aikaisempia ehdollisia vankeusrangaistuksia. Jos on ilmeistä, ettei lykkääntymisetua voida jatkaa, kokonaisseuraamus saadaan pysymään kohtuuden rajoissa määräämällä aikaisemmista ehdollisista rangaistuksista vain osa täytäntöönpantaviksi.

Säädettävän lain kannalta olisi suotava mahdollisuus määrätä vain osa aikaisemmista rangaistuksista täytäntöön. Tämä mahdollistaisi täytäntöönpanouhan realisoitumisen ja muistuttaisi siitä, että on olemassa vaara joutua kokonaan suorittamaan rangaistus, samalla kuin se estäisi kohtuuttomat kokonaisseuraamukset.

3.2.2. Yleisistä mittaamisperiaatteista johdetut näkökohdat

Lykkääntymisedun menettämistä voidaan tarkastella myös osana yleistä uusimisankaroitumista. Laitosrangaistuksiin kytkeytyvä uusimisankaroituminen oli perusteltavissa lähinnä eristämispreventioon nojaten. Ratkaisevana on siis pidettävä uusimistodennäköisyys ja uusien rikosten tekemisen vaara. Tämä näkökohta kytkee yhteen uudesta rikoksesta tuomittavan rangaistuksen lajin sekä lykkääntymisedun menettämisen. Jos ehdottoman vankeusrangaistuksen tuomitseminen ei tekijän tulevaa käyttäytymistä koskevan arvion nojalla ole tarpeen, ei myöskään ole aihetta määrätä aikaisempaa ehdollista vankeusrangaistusta täytäntöön. Ehdollinen vankeusrangaistus on siis syytä julistaa menetyksi *vasta, kun ehdoton vankeus näyttää ainoalta mahdolliselta seuraukselta myös uudesta rikoksesta tuomittaessa*. Tällöinkin on lykkääntymisedun menettämisen tarve aina erikseen arvioitava.

Muut mittaamisperiaatteet antavat aiheen seuraaviin suosituksiin.

Kun täytäntöönpanon uhan on tarkoitus vaikuttaa preventiivisesti, on tuon mahdollisuuden käyttöön kontrolloitavuuden kannalta vähemmän perusteita tilanteissa, joissa tekijä on toiminut poikkeuksellisten psykologisten edellytysten vallitessa. Toisaalta suunnitelmallisuus ja harkinta taas johtaisivat helpommin ehdollisen rangaistuksen täytäntöönpanoon. Jos uusi rikos on tekotavaltaan, motivaatioltaan tms. syistä aikaisemmasta rikoksesta selvästi eroava, ja siinä mielessä osoitus uusimisen "satunnaisuudesta", on uusimisankaroitumista koskevien yleisperiaatteiden nojalla niin ikään syytä välttää aikaisemman rangaistuksen täytäntöönpanoa.

Tekijän henkilöön liittyvillä perusteilla, samoin kuin *subjektiiviseen rangaistuskärsimykseen* liityvillä syillä on ratkaisussa sama merkitys kuin ehdottoman vankeusrangaistuksen yhteydessä yleensä. Nuoruus tai poikkeuksellisen korkea ikä, samoin kuin tekijän sairaus tai täytäntöönpanon ilmeinen haitallisuus saattavat siis puoltaa lykkääntymisedun säilyttämistä olosuhteissa, joissa uusi rikos olisi normaalisti edellyttänyt aikaisemman ehdollisen rangaistuksen täytäntöön panoa.

3.3. Jäännösrangaistuksen täytäntöönpano

3.3.1. Suosituksia

RTA 2 luvun 15 §:n 2 momentin mukaan tuomioistuin voi julistaa ehdonalaisen vapauden menetetyksi, jos ehdonalaisessa vapaudessa oleva syyllistyy koeaikana uuteen rikokseen. Laki ei aseta uudelle rikokselle sen tarkempia laatuvaatimuksia. Kun asiasta ei tämän tarkemmin säädetä, ainoa lain muodollisis-

ta määräyksistä johdettavissa oleva ohje kuuluu: *mitä lähempänä koeajan päättyminen on, sitä painavammat perusteet täytyy esittää jäännösrangaistuksen täytäntöönpanon puolesta.*

Kun jäännösrangaistuksen täytäntöönpano vastaa vaikutuksiltaan lykkäämistä, voidaan johtoa hakea edellä esitetystä. Myös oikeusministeriön työryhmä esitti v. 1977 jäännösrangaistuksen täytäntöönpanoa koskevan määräyksen säätämistä samansisältöiseksi EhdL 4 §:n kanssa (ks. Ehdotus 1977 s.40-43). Samassa esityksessä ehdonalaisen vapauden menettämisen edellytykset kytkettiin yleisemminkin RL 6 lukuun ja erityisesti uusimisankaroitumista koskeviin periaatteisiin.

Päädytään siis jo aiemmin esitettyihin suosituksiin. Aikaisempaa ehdonalaista vapautta ei tulisi julistaa menetetyksi, jollei ole samalla perusteltua tuomita tekijä uudesta rikoksesta ehdottomaan vankeusrangaistukseen. Ehdoton vankeus ei toisaalta sekään yksin automaattisesti perusta jännösrangaistuksen täytäntöönpanoa.

Toiseksi tulee harkita *kokonaisseuraamuksen kohtuullisuutta.* Mainittu oikeusministeriön työryhmä esittääkin, että pitkät jäännösrangaistukset voidaan ottaa huomioon RL 6:4:n tarkoittamana muuna seuraamuksena (Ehdotus 1977 s.41-42). Tämä lieventää siis *uudesta rikoksesta* tuomittavaa rangaistusta. Harkittaessa itse *jäännösrangaistuksen täytäntöönpanoa*, on *täytäntöönpanoa puoltavina argumentteina* mm. uuden rikoksen osoittama suunnitelmallisuus ja siitä ilmenevä piittaamattomuus lain kielloista ja käskyistä, kun taas *täytäntöönpanoa vastustavina argumentteina* tulevat kysymykseen teon poikkeuksellinen motivaatiotausta, tekijän nuoruus tai korkea ikä, ja seikat jotka yleensä lisäävät subjektiivista sanktioankaruutta ja laitosajan haittoja.

Kun myös jäännösrangaistuksen uhka perustuu viime kädessä preventioon, on täytäntöönpanon todennäköisyyden kytkeminen uuden rikoksen vakavuuteen puolustettavissa samoin syin kuin vastaava menettely ehdollisia rangaistuksia täytäntöönpantaessa. Ratkaisevana on jälleen *uuden rikoksen vakavuus*, ei siitä tuomittavan rangaistuksen ankaruus. Kohtuuttomia kokonaisseuraamuksia voidaan välttää - paitsi lyhentämällä uudesta rikoksesta tuomittavaa vankeusaikaa - myös vaatimalla *sitä parempia perusteita jäännösrangaistuksen täytäntöönpanon puolesta, mitä pitemmästä jäännösrangaistuksesta on kyse.* De lege ferenda on jälleen syytä suosittaa menettelyä, joka mahdollistaa jäännösrangaistuksen osittaisen täytäntöönpanon, tai asettaa täytäntöönopantavalle jäännösrangaistukselle erityisen ylärajan (jälkimmäisestä vaihtoehdosta ks. Ehdotus 4/1977 s.45-46, ks. myös mitä jäännösrangaistuksen reaalisesta merkityksestä todettiin jaksossa IV.C.2).

3.3.2. *Oikeuskäytännöstä*

Harvat jäännösrangaistuksen täytäntöönpanoa koskevat perustellut päätökset antavat aiheen olettaa, että ratkaisut tehdään melko lailla yllä kuvattuja linjoja seuraten. Päätettäessä ehdonalaisen vapauden menettämisestä on huomio tämän mukaisesti kiinnitetty mm. uusimisnopeuteen (ja vastaavasti "puhtaaseen aikaan"), uuden rikoksen motivaatiotaustaan, teko-olosuhteisiin ja rikoksen vakavuuteen:

> HHO 660/1986. Alioikeus julisti kahteen törkeään rattijuopumukseen 31.10.1984 ja 9.12.1984 syyllistyneen henkilön (yhdistetty rangaistus 4 kk ehdoton) 10.5.1984 alkaneen ehdonalaisen vapauden menetetyksi. Päätös pysyi syytetyn valituksesta huolimatta HO:ssa perusteluin: "A on *tuomittu useita kertoja ehdottomiin vankeusrangaistuksiin ja hän on syyllistynyt nyt kysymyksessä oleviin rikollisiin tekoihin lyhyehkön ajan kuluttua ehdonalaiseen vapauteen pääsemisensä jälkeen.*"
>
> HHO 840/1986. AO määräsi kattoluukun kautta liiketiloihin murtautuneen ja viinapulloja 817 mk edestä anastaneen syytetyn (varkaus, 2 kk ehdottomana) 14.2.1984 alkaneen ehdonalaisen vapauden menetyksi (uusi rikos 12.2.1985). Päätös pysyi hovioikeudessa syytetyn valituksesta huolimatta perusteluin: "A:lle tuomittu rangaistus ehdonalaisen vapauden menettämisineen on *oikeudenmukaisessa suhteessa rikoksen vaarallisuuteen.*"
>
> HHO 454/1986. AO tuomitsi yksin teoin tehdystä moottoriajoneuvon luvattomasta käyttöönottamisesta ja rattijuopumuksesta 6 kk vankeutta ehdottomana soveltaen uusimissäännöksen perusteluja (mutta mainitsematta lainkohtaa) ja määräsi 10.3.1984 alkaneen ehdonalaisen vapauden menetyksi (uusi rikos tehty 8.12.1984). HO jätti ehdonalaisen vapauden täytäntöönpanematta " . . . ottaen huomioon, että A on *ehdonalaisessa vapaudessa lähes kahden vuoden ajan käyttäytynyt moiteettomasti, sekä ne olosuhteet, joissa uusi rikos on tapahtunut*".

Ensimmäisessä ratkaisussa pääpaino oli siis rikosten lukumäärällä ja uusimisnopeudella. Toisessa tapauksessa hovioikeus luki kiintoisasti (ja hyvin perustein) ehdonalaisen vapauden menettämisen osaksi yleistä mittaamista ja arvioi tuon mahdollisuuden käyttötarvetta RL 6:1:n sanamuodoin. Kolmannessa tapauksessa hovioikeus muutti alioikeuden päätöstä perustellen ratkaisuaan tekijän nuhteettomalla käyttäytymisellä sekä rikoksen teko-olosuhteilla. Tässä on merkillepantavaa ennen kaikkea se, että ratkaisevaksi on asetettu tekijän käyttäytyminen sen *jälkeen*, kun hän on syyllistynyt siihen uuteen rikokseen, jonka perusteella alioikeus julisti aikaisemman ehdonalaisen vapauden menetetyksi. Oikeuskäytännön laajempaan kommentointiin ei aineiston niukkuuden vuoksi ole vielä aihetta. Peruslinjat, jäännösrangaistuksen täytäntöönpanemisen tarkastelu osana yleistä mittaamista ja teosta seuraavaa kokonaisrangaistusta, samoin kuin myös alioikeuskäsittelyn jälkeisen *myönteisen* kehityksen huomioiminen ovat kriminaalipoliittisesti hyvin perusteltavissa.[5]

[5] Eri asia jälleen on, kuinka itse sanktiotasoon suhtaudutaan. Vetoaminen "rikoksen vaarallisuuteen" tuntuu keskimmäisessä ratkaisussa hieman "hätävarjelun liioittelulta", ottaen

4. Ehdollisen vankeuden käyttöedellytyksistä oikeuskäytännössä[6]

4.1. Esityksen systematiikasta

Tapausten systemaattista käsittelyä vaikeuttaa se, että lajivalinnassa vedotaan yleensä useampaan ratkaisuperusteeseen. Toisaalta ainakin osa ratkaisuista voidaan ymmärtää osittain rikostyyppikohtaisiksi. Etenkin KKO on - antaessaan useamman samaa rikostyyppiä koskevan prejudikaatin - ilmeisesti pyrkinyt valaisemaan ehdollisen rangaistuksen käyttöä juuri po. rikostyypin vastaavien ilmenemismuotojen yhteydessä, joskin tapauksissa esiin tuoduilla näkökohdilla on varmasti myös yleisempää merkitystä. Kun ongelmaa on oikeuskäytännössäkin lähestytty rikosryhmittäin, aloitetaan tämäkin esitys samaa lähtökohtaa seuraten. Perusteet, jotka näin on tahdottu tuoda esiin, liittyvät kaikki enemmän tai vähemmän kiinteästi itse tekoon. Tämän jälkeen otetaan tarkasteltavaksi tekijän henkilöön liittyvät seikat, samoin kuin teon ulkopuoliset mittaamisperusteet.

4.2. Rikosryhmittäinen tarkastelu

4.2.1. Kuolemantuottamus ja törkeä rattijuopumus

Tiedonannossa KKO 1981 II 173 yksin teoin tehdystä törkeästä rattijuopumuksesta, törkeästä liikenteen vaarantamisesta ja törkeästä kuolemantuottamuksesta määrätty ehdoton 1 vuoden 10 kuukauden vankeusrangaistus säilyi korkeimmassa oikeudessa ehdottomana perustein:

> (1) "Yleisen lainkuuliaisuuden ylläpitäminen vaatii tällaisesta teosta yleensä ehdotonta vankeusrangaistusta. *Se seikka, että A:ta ei ole aikaisemmin rangaistu, ei yksinään riitä muuttamaan tätä arviointia.* Sen vuoksi ja *kun jutussa ei muutoinkaan ole ilmennyt sellaisia erittäin painavia vastasyitä*, joiden perusteella rangaistus olisi määrättävä ehdolliseksi, korkein oikeus harkitsee oikeaksi siten muuttaa hovioikeuden päätöstä, että hovioikeuden tuomitsema rangaistus määrätään pantavaksi täytäntöön."

Tiedonannossa KKO 1981 II 175 pysytettiin jatketusta rikoksesta, joka käsitti törkeän rattijuopumuksen, varomattomuuden liikenteessä ja kuolemantuottamuksen yksin teoin tehtyinä sekä liikennepaon langetettu 6 kuukauden 15 päivän vankeusrangaistus ehdottomana seuraavin perustein:

---

huomioon, että kyseessä oli 800 markan arvoisten väkijuomien anastaminen ilman sen kummempia välineitä. Kaksi kuukautta vankilassa olisi ehkä sovittanut tätä suuruusluokkaa olevan omistusoikeuden loukkauksen, etenkin kun uhrina oli liikeyritys.

[6] Seuraavan esityksen johdosta ks. myös *Lappi-Seppälä* 1986, jossa esitellään lähinnä KKO:n ratkaisukäytäntöä ehdollisen ja ehdottoman vankeuden valintaperusteista.

(2) "Ottaen huomioon A:n *humalatilan vahvuudesta esitetyn selvityksen* ja hänen kuljettamansa *ajoneuvon laadun* sekä *liikenteelliset olosuhteet tekopaikalla*, korkein oikeus katsoo A:n rikoksen *vakavuusasteeltaan* sellaiseksi, josta yleisen lainkuuliaisuuden ylläpitäminen yleensä vaatii ehdotonta vankeusrangaistusta. *Se seikka, ettei A:ta ole aikaisemmin rangaistu ei yksinään riitä muuttamaan tätä arviointia.* Sen vuoksi ja *koska jutussa muutoinkaan ei ole ilmennyt sellaisia erittäin painavia vastasyitä, joiden perusteella rangaistus olisi määrättävä ehdolliseksi*, korkein oikeus harkitsee oikeaksi hylätä valituksen. . ."

Kolmannessa tapauksessa KKO 1981 II 174 2.35 o/oo:n humalassa tehty törkeä rattijuopumus ja liikenteen vaarantaminen tuomittiin alemmissa asteissa 3 kk:n ehdottomaan vankeusrangaistukseen. Rangaistus säilyi yhdellä kuukaudella lyhennettynä (ään. 3-2, eri mieltä olevat jäsenet olisivat säilyttäneet myös rangaistusajan sellaisenaan) ehdottomana perustein:

(3) "Ottaen huomioon *A:n humalatilan vahvuudesta esitetyn selvityksen* ja *ajomatkan pituuden, noin 15 kilometriä yleisellä joskaan ei kovin vilkasliikenteisellä tiellä*, korkein oikeus katsoo teon *vaarallisuudeltaan ja vakavuusasteeltaan sellaiseksi*, josta yleisen lainkuuliaisuuden ylläpitäminen vaatii ehdotonta vankeusrangaistusta. *Se seikka, ettei A:ta ole aikaisemmin rangaistu, ei yksinään riitä muuttamaan tätä arviointia.* Jutussa *ei muutoinkaan ole ilmennyt sellaisia erityisiä syitä, joiden perusteella rangaistus olisi määrättävä ehdolliseksi.* Korkein oikeus kuitenkin katsoo, että rangaistusta voidaan alentaa hovioikeuden tuomitsemasta määrästä."

Tiedonannossa KKO 1984 II 72 alioikeus oli tuominnut törkeästä rattijuopumuksesta 3 kk:n ehdolliseen vankeusrangaistukseen (+ 30 ps). Hovioikeus korotti vankeusrangaistuksen 5 kk:een ja oheissakon 80 päiväsakkoon. KKO määräsi rangaistuksen täytäntöönpantavaksi perustein:

". . . puhalluskokeessa H:n *veren alkoholipitoisuudeksi on saatu 2.7 promillea ja . . . verinäytteen alkoholipitoisuudeksi 3.1 promillea.* A on täten kuljettaessaan *linjaliikenteessä olevaa linja-autoa yleisellä tiellä osaksi kaupunkialueella parinkymmenen kilometrin pituisella matkalla* vakavasti vaarantanut linja-auton matkustajien ja muiden tiellä liikkuvien turvallisuutta. Yleisen lainkuuliaisuuden ylläpitämiseksi ei ehdollista vankeusrangaistusta sen ohella tuomittavan sakkorangaistuksen kanssa voida pitää riittävänä rangaistuksena, *vaikka A:ta ei ole aikaisemmin rangaistu.*"

Ehdottoman rangaistuksen käyttö perustui tässäkin teon poikkeukselliseen vakavuuteen ja vaarallisuuteen: linja-auto, lukuisia matkustajia, vilkasliikenteinen ajoalue, ajomatka sekä korkea verenalkoholi.

Viimeinen aihetta valaiseva KKO:n ratkaisu on julkaisematon taltio 277/1984. Tapauksessa syytetty oli ottanut luvatta käyttöönsä henkilöauton. Syytetyn menetettyä auton hallinnan ja törmättyä liikennemerkkiin, auto kulkeutui yli vastaantulevan liikenteen kaistan sekä kevyen liikenteen väylän pyörähtäen lopulta katolleen pellolle. HO tuomitsi yksin teoin tehdyistä moottoriajoneuvon törkeästä luvattomasta käyttöönottamisesta, törkeästä rattijuopumuksesta ja törkeästä liikenteen vaarantamisesta oheissakolla (40 ps) tehos-

tettuun 4 kk:n ehdolliseen vankeusrangaistukseen. KKO (ään. 3-2) määräsi vankeuden ehdottomaksi perusteluin:

> "N on kuljettanut luvatta käyttöönottamaansa henkilö-autoa kaupunkialueella niin, että hänen verensä alkoholipitoisuus on ajon aikana ollut *ainakin 1, 84 promillea*, sekä poliiseja paetessaan *käyttänyt osittain keskustan kapeilla kaduilla 80—100 kilometrin tuntinopeutta*. Näin hän on vakavasti vaarantanut muiden tiellä liikkuvien turvallisuutta. Yleisen lainkuuliaisuuden ylläpitämiseksi ei ehdollista vankeusrangaistusta sen ohella tuomittavan sakkorangaistuksenkaan kanssa voida pitää riittävänä rangaistuksena, *vaikka N teon tehdessään on ollut 18-vuotias eikä häntä ole aikaisemmin rangaistu*." Vähemmistö (2 jäs) oli esittelijän muistiosta ilmenevällä kannalla ja olisi jättänyt ratkaisun HO:n päätöksen varaan perusteluin: "Kun N rikoksen tekoaikaan oli vasta 18-vuotias eikä hän ollut aikaisemmin syyllistynyt rikosrekisteristä ilmenevään rikokseen, yleisen lainkuuliaisuuden ylläpitäminen ei vaatine N:lle tuomitun rangaistuksen määräämistä ehdottomaksi."

Kolme ensimmäistä ratkaisua herättivät julkaisemisensa yhteydessä runsasta huomiota ja keskustelua. Osasyynä esitettyyn kritiikkiin oli, että niistä laadittu tiedote antoi kuvan, jonka mukaan tapaukset on tarkoitettu rattijuopumusrikosten rangaistuskäytännön yleiseksi ohjeeksi (kritiikistä ks. *Lappi-Seppälä* 1982b s.611). Ne edustavat kuitenkin rikoksen kaikkein törkeintä tyyppiä (kaksi niistä koskee sitä paitsi asiallisesti kuolemantuottamusta). Päätelmää, ettei KKO:n mittaamisprejudikaattien ensisijaisena tarkoituksena ole vaikuttaa tavallisesti esiintyvien tekomuotojen rangaistustasoon tukee ratkaisu KKO 1984 II 72. Se edustaa niin ikään rikoksen kaikkein kapeinta kärkeä. Yli kolmen promillen humalassa ajaa kiinnijääneistä rattijuopoista 2 prosenttia. Linja-autoa kuljettaa rikoksentekijöistä puoli prosenttia. Laskennallisesti tämän prejudikaatin tapaisia rikoksia olisi vuosittaisista 20 000 rattijuoposta 1-2 kpl!

Ainoastaan ratkaisu KKO 1981 II 174 edustaa jossain määrin teon tyypillisiä muotoja, mutta juuri tämän rikoksen rangaistustasosta voidaankin aiheellisesti keskustella. Prejudikaatin edustaman käytännön koventamisen puolesta esitetty perustelu törkeiden rattijuopumusrikosten jatkuvasta kasvusta osui harvinaisen vikaan, todellisen liikennejuopumusrikollisuuden vähetessä näinä aikoina puoleen entisestään (ks. *Lappi-Seppälä* 1982b s.622 sekä Liikennejuopumustyöryhmän mietintö 1985 s.49-50). Alempien oikeusasteiden asiassa omaksumaan linjaan palataan tarkemmin tutkimuksen II osassa.

4.2.2. Väkisinmakaaminen

Ehdollisen rangaistuksen käyttöä väkisinmakaamisrikoksissa valottavat ratkaisut ovat jo huomattavan erimielisiä. Tapauksessa 3973/82 korkein oikeus pysytti kahdelle nuorelle rikoskumppanille nuorena henkilönä tehdystä väkisin-

makaamisesta tuomitut yhden vuoden kahdeksan kuukauden (1 v 8 kk) vankeusrangaistukset äänestyksen jälkeen ehdottomina seuraavin perustein:

> (1) "(Syytetyt) ovat *toimineet yksissä tuumin*. Heidän tekonsa on tapahtunut *öiseen aikaan kaupungin keskustassa* kohdistuen *yksinään kadulla kulkeneeseen K:hon*. Asianomistaja on siirtymällä kulkemaan kadun toiselle puolelle ja kehottamalla A:ta ja B:tä jättämään hänen seuraamisensa *osoittanut, ettei hän ollut omalla käyttäytymisellään rohkaissut heitä kerrotun rikoksen tekemiseen*. Vaikka A ja B teon tehdessään ovat olleet *alle 18-vuotiaita, eikä heitä ole aikaisemmin rangaistu*, korkein oikeus katsoo heidän tekonsa *vaarallisuudeltaan* ja *törkeydeltään* sellaiseksi, että yleisen lainkuuliaisuuden ylläpitäminen vaatii rangaistuksen tuomitsemista ehdottomana."

Esittelijä ja eri mieltä ollut jäsen määräsivät rangaistukset ehdollisiksi tekijöiden nuoreen ikään (16 ja 17 vuotta) ja ensikertalaisuuteen vedoten. Lisäperusteluna mainittiin lisäksi, ettei uhri ole "häneen kohdistuneesta väkivallasta saanut mitään ulkonaisia vammoja".

Tiedonanto 1982 II 188 määräsi hovioikeuden langettaman yhden vuoden kahdeksan kuukauden (1 v 8 kk) ehdollisen vankeusrangaistuksen ehdottomaksi (ään. 4-1) perustein:

> (2) "Olosuhteet ja A:n käyttämä väkivalta olivat olleet sellaiset, että B:llä oli ollut perusteltua aihetta tuntea olevansa hengenvaarassa. *Vaikka A ei ollut aikaisemmin syyllistynyt rikokseen, nyt kysymyksessä oleva teko kokonaisuudessaan oli ollut sellainen*, ettei yleisen lainkuuliaisuuden ylläpitämiseksi ehdollinen rangaistus ollut riittävä seuraamus."

Vähemmistöön jäänyt jäsen pysytti rangaistuksen ehdollisena ja tehostaen sitä 60 päiväsakolla seuraavin perustein:

> ". . . teko on *laadultaan* sellainen, että perustellusti voidaan pitää ehdollista rangaistusta riittämättömänä yleisen lainkuuliaisuuden ylläpitämiseksi. Toisaalta on kuitenkin erityisesti syytä painottaa sitä, että *A rikokseen syyllistyessään oli jo melkein 36-vuotias* ja *ettei häntä ollut aikaisemmin rikoksesta rangaistu*. Hän on myös *ollut tämän jutun takia tutkintavankeudessa 30 päivää* ja hänet on *velvoitettu suorittamaan asianomistajalle tuntuva vahingonkorvaus*."

Kolmannessa väkisinmakaamisrikosta koskevassa ratkaisussa 1982 II 189 korkein oikeus jälleen äänestyksen jälkeen (3-2) alensi osittain hovioikeuden tuomitsemia rangaistuksia ja määräsi niistä yhden ehdolliseksi "huomioon ottaen C:n nuoren iän ja sen, ettei hän ollut aikaisemmin syyllistynyt rikokseen." Lisäksi KKO totesi C:n osuuden olleen "merkitykseltään vähäisempi kuin B:n ja A:n. Kahden muun syytetyn rangaistukset (1 v 10 kk ja 1 v 8 kk) määrättiin ehdottomiksi. Näistä toinen (B) oli ensikertalainen. Hänen rangaistuksensa perustelut kuuluivat:

> (3) "B puolestaan oli ollut *A:ta ja C:tä varttuneempi* ja . . . *toiminut rikoksen alkuunpanijana*. Kun hänen kohdallaan ei myöskään ollut osoitettavissa mitään erityisiä perusteita, joiden takia hänen rangaistuksensa olisi määrättävä ehdolliseksi,

KKO katsoi, että yleisen lainkuuliaisuuden ylläpitäminen vaati hänen rangaistuksensa tuomitsemista ehdottomana."

Yksi jäsenistä määräsi myös B:n rangaistuksen ehdolliseksi vedoten siihen, ettei B:tä "ole aikaisemmin rangaistu tässä yhteydessä huomioon otettavasta rikoksesta" (B oli tuomittu v.1975 rattijuoppoudesta, jolta osin myös enemmistö totesi, ettei "mainitulla rikoksella ollut merkitystä harkittaessa seurausta B:n nyt kyseessä olevasta rikoksesta"). Toinen vähemmistöön jääneistä jäsenistä vuorostaan määräsi kaikki rangaistukset ehdottomiksi ja lausui:

"Kun D ei (kiinni pidettynä) . . . ole voinut tehdä vastarintaa, ei hänelle ole aiheutunut ruuminvammoja. *Ruumiinvammojen saamatta jääminen on siten merkityksetön teon törkeyttä arvosteltaessa.* Sen sijaan *useamman henkilön yhteistoimin suorittama vuorottainen väkisinmakaaminen on uhrin kannalta arvosteltava erittäin törkeäksi rikokseksi,* erityisesti huomioon ottaen, että rikoksella saattaa olla *pitkäaikainen haitallinen vaikutus uhrin mielentilaan.* Koska yleinen lainkuuliaisuus näin ollen vaatii tällaisen *yhteistoimin suoritetun rikoksen* tekijöiden rangaistuksen tuomitsemista ehdottomana . . . , katson, . . . ettei ole syytä muuttaa hovioikeuden tuomion lopputulosta."

Kaikissa tapauksissa on rangaistuksen ehdollisuuden puolesta löytynyt perusteita, mutta rikoksen ulkoinen vakavuus ja osin tekijän asema rikoksen toimeenpanossa on painanut voimakkaammin ehdottoman rangaistuksen puolesta. Perusteluissa on myös näennäistä ristiriitaisuutta sikäli, että yhtäältä tapauksessa 3973/82 ehdollisuutta perusteltiin eriävässä mielipiteessä syytettyjen nuoruudella, toisaalta eri mieltä ollut jäsen tapauksessa KKO 1982 II 188 mainitsi eräänä ehdollisuuden perusteena sen, että syytetty oli jo ehtinyt 36 vuoden ikään. Jälkimmäisen ratio löytynee ajatuksesta, että tällaiseen ikään ehtiminen ilman rikoksiin syyllistymistä on jo sinänsä osoitus tekijän "yhteiskuntakelpoisuudesta".

Ehdollisen vankeuden rajan pitämistä korkealla voidaan puolustaa tämän rikostyypin erityisellä törkeydellä - joskin EhdL:n esitöissä todetaan, ettei mitään rikostyyppiä tule tässä asettaa erityisasemaan (HE 108/1976 II vp.s.3). Tapaus (1) tuntuu tässä kuitenkin edellyttävän huomattavan paljon. Ehdollisen rangaistuksen soveltamiseksi ei riitä, että tekijä on nuori henkilö *ja* että hän on ensikertalainen. Rikoksen itsessään tulisi *tämän lisäksi* olla jollakin tavoin poikkeuksellisen lievä (esim. siten, että uhri on rohkaissut tekijää rikokseen, ks. edellä tapausperusteluja). Toisaalta KKO ei katsonut aiheelliseksi tehdä tästä tapauksesta tiedonantoa.

4.2.3. Veropetokset

Ylioikeuksien aihetta sivuavat veropetosratkaisut koskevat melko säännönmukaisesti ns. ylikorkojuttuja. Tekotapojen samankaltaisuus auttaa näin tapaus-

ten keskinäisessä vertailussa. Kyse on kaikissa tapauksissa törkeistä veropetoksista.

Itä-Suomen hovioikeuden jatkettua törkeätä veropetosta ym. koskevassa ratkaisussa 2918/82 langetettiin kolmelle ensikertalaiselle ehdottomat vankeusrangaistukset (9 kk, 9 kk, 11 kk) seuraavin maininnoin:

> Syytetyt "*eivät tosin ole aikaisemmin syyllistyneet rikoksiin* ja he ovat *omaaloitteisesti pyrkineet edistämään rikostensa selvittämistä* ja heille on *hallinnollisessa järjestyksessä määrätty rikosten johdosta tuntuvat taloudelliset seuraamukset*, mutta huomioon ottaen . . . *pidättämien verojen suuren määrän* ja rikosten *pitkän kestoajan* sekä heidän . . . rikosten toteuttamiseen liittyneen toimintansa talletuksia tehdessään ja niitä nostaessaan hovioikeus katsoi kysymyksessä olevien rikosten kokonaisuudessaan olevan sellaisia, että yleisen lainkuuliaisuuden ylläpitäminen vaatii . . . rangaistusten tuomitsemista ehdottomana."

Tapauksessa alioikeus oli tuominnut syytetyt ylikorkotalletusten ilmoittamatta jättämisestä ehdollisiin rangaistuksiin soveltaen lieventämisperusteena RL 6:4:n ja 6:3 3-kohdan säännöksiä. Toinen niin ikään Itä-Suomen hovioikeudesta tullut ratkaisu (2119/83) noudattelee samaa linjaa. Ylikorkotalletusten ohella (ilmoittamatta jätetyt korkotulot noin 400 000 mk) kyse oli virheellistä kirjanpitoa hyväksikäyttäen tehdystä muun tyyppisestä veropetoksesta (vapautuneen veron määrä noin 1 miljoona mk). Alioikeus määräsi ensikertalaiselle rikoksentekijälle tuomitun 10 kuukauden vankeusrangaistuksen ehdolliseksi (70 päiväsakkoa), mutta hovioikeus muutti rangaistuksen ehdottomaksi " . . . huomioon ottaen pidätettyjen verojen ja maksujen suuren määrän ja erityisesti sen, että A on menettelyllään tahallisesti jättänyt hyvin huomattavan osan liiketoimintansa tuottamista tuloista kirjanpidon ulkopuolelle".

Tekotavan ja tekijöiden taustaominaisuuksien homogeenisuus mahdollistaa ylikorkojutuissa ehdollisen ja ehdottoman vankeusrangaistuksen valintakäytännön kriteerien eräänlaisen puolikvantitatiivisen tarkastelun, ja siis tuomiolinjojen tiivistämisen myös niiden tapausten pohjalta, joissa lajivalintaa ei erikseen perusteltu. Seuraavaan asetelmaan on merkitty ylikorkotalletuksista annetut ratkaisut ilmoittamatta jätettyjen korkotulojen mukaisessa järjestyksessä:

Asetelma: Törkeät veropetokset hovioikeuskäytännössä

Tapaus	Korot	Vuosina	RL 6 luku	Rangaistus
1	141 200	1973-77		8 kk ehdoll + 50 ps
2	181 100	1974-78		8 kk ehdoll + 40 ps
3	212 813	1974-80	2§1k, 4§	10 kk ehdoll.
4	429 500	1974-79		10 kk ehdoll + 60 ps
5	509 000	1970-78	3§3k, 4§	9 kk ehdotonta
6	532 600	1970-78	3§3k, 4§	9 kk ehdotonta
7	1 115 600	1970-78	3§3k, 4§	11 kk ehdotonta
8	1 087 000	1974-78		10 kk ehdotonta
9	3 087 200	1973-78		1 v ehdotonta
10	10 619 000	1976-80	4§	1v 6kk ehdotonta

Tunnistetiedot ja erityispiirteet

1 HHO 2746/1983, syyksiluettu vain talletuspalkkio ja lisäkorko.
2 THO 1961/1982, kvalifiointiperusteena mainittu syytetyn toiminta ao. osuuskunnan hallintoneuvoston puheenjohtajana.
3 THO 1046/1983, talletukset suoritettu useissa kymmenissä erissä.
4 HHO 2742/1983, poikkeuksellisen iäkäs rikoksentekijä, syyksiluettu ainoastaan lisäkorko.
5 ISHO 2918/1982, ks. mittaamisperusteet, tapaukset 5-7 kolmen tekijäkumppanin tekemät.
6 -''-
7 -''-
8 ISHO 2119/1983, ei mainittavia erityispiirteitä.
9 VHO 1471/1982, ei mainittavia erityispiirteitä.
10 HHO 2403/1983, syyksiluettu vain talletuspalkkio ja lisäkorko.

Käytäntö noudattelee verraten yhtenäistä linjaa. Ehdollisen ja ehdottoman vankeusrangaistuksen raja tuntuu sijoittuvan alueelle, jossa ilmoittamatta jätetyt korot nousevat puolen miljoonan markan vaiheille. On kuitenkin huomattava, että ratkaisut tältä osin vaihtelevat siinä, luetaanko tekijän syyksi pelkkä lisäkorko ja talletuspalkkio, vai otetaanko huomioon kaikki korkotulot.

Asetelma antaa mahdollisuuden tarkastella myös tiedonannon KKO 1985 II 117 suhdetta hovioikeuskäytäntöön. Tapauksessa syytetty oli salannut verovuosilta 1970-1976 lukuisille eri tileille (61 eri talletusta) tekaistuilla nimillä tehdyistä talletuksista saamiaan korkotuloja ja talletuspalkkioita kaikkiaan 275 000 mk:n arvosta. Alioikeus tuomitsi syytetyn 10 kk:n ehdolliseen vankeusrangaistukseen ja 100 päiväsakkoon. Hovioikeus määräsi vankeusrangaistuksen ehdottomaksi. KKO alensi jatketusta veronkavaltamisen, veropetoksia ja törkeitä veropetoksia käsittävästä rikoksesta langetetun rangaistuksen 8 kuu-

kaudeksi, määräten rangaistuksen 100 päiväsakolla tehostetuksi ehdolliseksi vankeusrangaistukseksi seuraavin perustein:

> "Korkein oikeus katsoo, että . . . A:n viaksi jäävään jatkettuun rikokseen salattujen määrien puolesta ja tekotavaltaan *verrattavat verorikokset eivät oikeuskäytännössä yleensä ole johtaneet ehdottomaan vankeusrangaistukseen ainakaan tapauksissa, joissa tekijää ei ole, kuten ei A:takaan, aikaisemmin tuomittu rangaistukseen.* Jutussa *ei myöskään ole ilmennyt sellaisia A:n rikokseen liittyviä muita syitä, joiden vuoksi yleisen lainkuuliaisuuden ylläpitäminen erityisesti tässä tapauksessa* vaatisi tuomittavan vankeusrangaistuksen määräämistä ehdottomaksi. Rangaistuksen mittaamisessa ja harkittaessa onko rangaistus määrättävä ehdolliseksi Korkein oikeus ottaa lisäksi huomioon A:lle hänen suorittaminaan *veronkorotuksina aiheutuneet taloudelliset seuraukset.*"

Sijoitettaessa tapaus aiempaan asetelmaan, sen havaitaan asettuvan tapausten 3 ja 4 välimaastoon. Molemmista seurasi 10 kk:n ehdollinen vankeusrangaistus, joista toisen tehosteena oli 60 päiväsakkoa. Tapausominaisuuksia verrattaessa (ks. näistä vielä asetelman selitykset) voi KKO:n tiedonannon sanoa sijoittuvan asetelmaan luontevasti.

Ilmoittamatta jätettyjen korkotulojen jäädessä siis alle puolen miljoonan presumptio on ehdollisen vankeuden puolella (ainakin mitä ensikertalaisiin tulee, ks. KKO:n perustelua yllä). Ehdottoman vankeusrangaistuksen käyttö edellyttäisi näin "muita syitä, joiden vuoksi yleisen lainkuuliaisuuden ylläpitäminen erityisesti tässä tapauksessa vaatisi" ehdotonta vankeusrangaistusta. Asetelma muistuttaa siten ensikertaisten rattijuoppojen tuomitsemissääntöjä, kuitenkin siten, että jälkimmäisessä ryhmässä presumptio oli ehdottoman vankeuden puolella. Vastattavaksi jää, ovatko satoihin tuhansiin markkoihin kohoavat veropetokset ja runsaan kahden promillen humalassa yleisellä, "joskaan ei kovin vilkasliikenteisellä tiellä" tehdyt rattijuopumusrikokset haitallisuudeltaan todella ratkaisujen tarkoittamassa suhteessa?

4.2.4. Eräistä omaisuus- ja väkivaltarikoksista

a) *Varkausrikokset.* — Varkausrikosten niukasta lajivalintaa valottavasta käytännöstä ovat esimerkkinä seuraavat hovioikeusratkaisut:

> (1) Syytetty tuomittiin 28.9.1981 ja 26.6.1982 välisenä aikana tehdyistä viidestä varkaudesta ja kolmesta törkeästä varkaudesta ym. yhdistettyyn yhden vuoden 11 kuukauden 20 päivän vankeusrangaistukseen. Hovioikeus totesi hänen pitkän ajanjakson kuluessa murtautuen ja autoa apunaan käyttäen suorittaneen useita tekotavaltaan törkeitä anastusrikoksia. Ottaen myös huomioon *anastetun omaisuuden suuren yhteisarvon* ja *aiheutettujen vahinkojen suuruuden* sekä teoista *tuomitun rangaistuksen määrän* hovioikeus katsoi, että yleisen lainkuuliaisuuden ylläpitäminen vaatii syytetyn tuomitsemista ehdottomaan rangaistukseen *siitä huolimatta, että hän oli osan puheena olevista rikoksista tehdessään ollut nuori rikoksentekijä ja ettei häntä ollut aikaisemmin rikoksista rangaistu.* (Helsingin hovioikeus 2012/83).

(2) Ensikertalainen syytetty tuomittiin poikkeuksellisen pitkästä ja hyvin suunnitellusta rikossarjasta, joka oli kohdistunut etupäässä valintamyymälöihin ja käsitti 571 anastusrikosta. Koska syytetty oli *laajassa mitassa käyttänyt rikollisessa toiminnassa hyväkseen luottamusta, johon kauppatapa niin kutsutuissa itsepalvelumyymälöissä perustui*, yleisen lainkuuliaisuuden ylläpitämisen katsottiin vaativan, että rangaistuksen oli oltava ehdoton. (Vaasan hovioikeus 2009/80).

Ensin mainitussa ehdollisen rangaistuksen esteenä olivat tekojen lukumäärä, välineen käyttö (auto), tekojen jatkuminen pitkään, omaisuuden yhteisarvo, vahingon määrä sekä rangaistusajan pituus. Nämä riittivät kumoamaan nuoren iän ja ensikertalaisuuden luoman presumption ehdollisuuden puolesta.

Jälkimmäinen ratkaisu on jo tulkinnanvaraisempi. Tapausselosteen mukaan tässäkin on kysymyksessä poikkeuksellisen laaja rikossarja. Itse perustelut tuntuisivat viittaavan mielenkiintoisella tavalla kuitenkin muihin näkökohtiin. Rangaistuksen ehdottomuuden perusti tapauksessa näet "sen luottamuksen hyväksikäyttö, johon kauppatapa itsepalvelumyymälöissä perustuu." Sanontaa voi tulkita monella eri tavalla. Se saattaa viitata siihen houkutukseen, jonka tavaroiden esillä pitäminen valintaliikkeissä synnyttää. Tältä osin ehdottomalla rangaistuksella pyritään luomaan tätä houkutusta tasoittava vastamotiivi (preventioperustelu). Korostamalla toisaalta, että kyseessä on erityisen luottamuksen hyväksikäyttö, perustelut viittaavat myös suoraan itse rikoksen törkeyteen ja oikeudenloukkauksen suuruuteen. Yleinen etu voi myös laajemmin ymmärrettynä vaatia ankaraa suhtautumista tämän tyyppisiin rikoksiin. Laajassa mitassa esiintyessään valintamyymälöihin kohdistuvat rikokset saattaisivat esimerkiksi estää tämän asiakkaiden kannalta toimivan liikemuodon käytön. Myös kohonneet valvonta- ja vartiointikustannukset saattaisivat tuotteiden hintoihin sisällytettäessä koitua yleisön vahingoksi.

b) *Pahoinpitelyt.* — Esimerkkkinä tapauksista, joissa rikoksen törkeys on riittänyt ehdottoman rangaistuksen perusteeksi, on HHO 1514/1985. Siinä alioikeuden kahdesta törkeästä ja yhdestä tavallisesta pahoinpitelystä langettama 1 v 9 kk:n ehdollinen vankeusrangaistus määrättiin hovioikeudessa ehdottomaksi perusteluin: "R:n syyksi luettujen rikosten vaarallisuuden vuoksi yleisen lainkuuliaisuuden ylläpitäminen vaatii rangaistuksen tuomitsemista ehdottomana." Tekotavan ohella teon *motiivit* saattavat vaikuttaa lajivalintaa koskevaan päätökseen. Tästä on esimerkkinä THO 1760/1984, jossa syytetyt (2 kpl) olivat houkutelleet uhrin autonkuljettajakseen. Uhri oli ajomatkalla sittemmin ryöstetty väkivaltaa käyttäen (saalis 120 mk). Tämän jälkeen tekijät olivat pahoinpidelleet uhria mm. potkimalla ja jättäneet tämän makaamaan puolitajuttomana olosuhteissa, joissa oli tarjolla hengen ja terveyden vaara. Tekijät poistuivat paikalta uhrilta luvatta käyttöön ottamallaan henkilöautolla. AO

tuomitsi teot jatkettuna määräten niistä 1 v 10 kk:n ehdollisen vankeusrangaistuksen. HO tuomitsi rikokset (ryöstö, törkeä pahoinpitely, heitteillepano ja moottoriajoneuvon luvaton käyttöönottaminen) reaalikonkurrenssissa ja määräsi yhdistetyn vankeusrangaistuksen (1v 10 kk) ehdottomaksi mm. seuraavin perusteluin:

> "Ottaen huomioon sen, että H ja S ovat kertoneet . . . törkeän pahoinpitelyn *tarkoituksena olleen saattaa T sellaiseen tilaan, ettei tämä pystyisi ilmiantamaan heitä*, H:n ja S:n rikos on *vaarallisuudeltaan ja vakavuusasteeltaan sellainen*, josta yleisen lainkuuliaisuuden ylläpitäminen vaatii ehdotonta vankeusrangaistusta."

c) *Ryöstöt.* — Ryöstörikoksista löytyy esimerkiksi seuraava hovioikeusratkaisu.

> Tapauksessa HHO 2163/1984 syytetyt (2) olivat pahoinpidelleet uhria mm. nyrkein lyömällä, kuristaen ja päätä kiviseinään hakaten anastaen tältä näin 50 mk:n arvoisen rannekellon. Alioikeus tuomitsi teoista 7 kk:n ehdolliset vankeusrangaistukset, jotka hovioikeus muutti ehdottomiksi todeten: ". . . K ja T on *aikaisemmin tuomittu . . . K vuonna 1979 sekä T vuosina 1980 ja 1981 kumpikin kahdesti rikoksesta ehdolliseen vankeusrangaistukseen*. Sen vuoksi ja huomioon ottaen nyt kysymyksessä olevan ryöstön teossa *käytetyn väkivallan laatu ja voimakkuus* sekä muut rikoksesta ilmenevät seikat yleisen lainkuuliaisuuden ylläpitäminen vaatii . . . vankeusrangaistusten tuomitsemista ehdottomina."

Tapauksessa vedottiin siis jälleen teon törkeyteen sekä tekijöiden menneisyyteen. Samat perusteet tulevat ilmi myös ratkaisusta KKO 1985 II 4. Tapauksessa syytetty oli uhannut erehdyttävästi oikeata asetta muistuttavalla leikkipistoolilla nakkikioskin myyjää niin, että tämä oli uskonut olevansa pakottavassa hengenvaarassa, sekä näin pakottanut myyjän antamaan hänelle kioskin kassasta rahaa 800 mk. Alioikeus tuomitsi syytetyn ryöstöntapaisesta kiristämisestä 9 kk:n ehdolliseen vankeusrangaistukseen. Hovioikeus katsoi, että teko oli "toteuttamistavaltaan ja vakavuudeltaan sellainen", että yleisen lainkuuliaisuuden ylläpitäminen vaati vankeusrangaistuksen tuomitsemista ehdottomana. KKO säilytti päätöksen äänestyksen jälkeen (4-1) seuraavin perusteluin:

> "Rikoksen *laadun ja toteuttamistavan vuoksi* teko on vakavuusasteeltaan sellainen, että yleisen lainkuuliaisuuden ylläpitäminen vaatii yleensä vankeusrangaistuksen tuomitsemista ehdottomana. Ottaen *lisäksi huomioon, että . . . L on aikaisemmin . . . tuomittu kahdesti ehdolliseen vankeusrangaistukseen ja rangaistuksen tuomitsemisen jälkeen lyhyen ajan kuluessa syyllistynyt uusiin rikoksiin*, ei ole aihetta rangaistuksen määräämiseen ehdolliseksi."

Perusteluissa kiinnostaa tapa irroittaa tekijän menneisyys yleisen lainkuuliaisuuden vaatimuksesta. Aikaisemmin uusiminen oli seikka, joka otettiin huomioon yleisen lainkuuliaisuuden vaatimusta tulkittaessa. Edellisessä tapauksessa uusiminen oli jotain, joka otetaan "lisäksi huomioon", ja jonka vuoksi

"ei ole aihetta" rangaistuksen määräämiseen ehdolliseksi. Perusteluna saattaisi tällöin olla erityispreventio, joko siten, että aikaisempien ehdollisten osoittautuessa tehottomiksi ehdoton vankeusrangaistus on ainoa jäljellä oleva erityispreventiivisesti "tehokas" sanktio. Lähinnä tässä vedottaneen suoraan eristämispreventioon. Ehdoton vankeus takaisi ainakin sen, ettei tekijä syyllistyisi uusiin rikoksiin. Tähän viittaa myös tapa korostaa tekijän uusimisnopeutta aikaisempien rangaistusten jälkeen.

Tarkasteltaessa vähemmistöön jääneen oikeusneuvoksen mielipidettä (Heinonen), havaitaan, ettei oikein tästäkään voi olla kysymys:

> "Tuomittavana olevan rikoksen L on tehnyt 24.4. 1983 *juuri 17 vuotta täytettyään*. Hänen rikosrekisterissään on ennen tätä juttua kaksi merkintää. Hänet on tuomittu nuorena henkilönä 1.10.1982 tehdystä palvelusta toimittavan sotilaan väkivaltaisesta vastustamisesta ja 9.1.1983 tehdystä törkeästä liikenteen vaarantamisesta ja ajokortitta ajosta. Näistä hän on saanut yhdistettynä 2 kuukauden 20 päivän ehdollisen vankeusrangaistuksen. *Kaikki kolme tekoa on tehty lyhyen ajan sisällä ja osoittavat L:n eläneen jonkinlaista kriisiaikaa. Rikoskierre on kuitenkin saatu pysäytetyksi ja tähän on ilmeisesti osaltaan vaikuttanut se, että L on tämän jutun takia ollut tutkintavankeudessa 9.5-10.6.1983*. Uusia rikosrekisterimerkintöjä ei tämän jälkeen ole tullut ja L:n ilmoitetaan suorittaneen asepalvelusta 9.2-10.10.1984. *L:n tausta ja elämäntilanteen perusteella hänen joutumisensa tässä vaiheessa vankilaan yli 1 1/2 vuotta sitten tehdyn rikoksen takia saattaisi muodostua hänen vastaista sosiaalista selviytymistään ajatellen kohtalokkaaksi.*
>
> Tuomittavana oleva *rikos ei ole ollut rikoksen kohteeksi joutuneelle henkilölle vaarallinen*, vaikka hän itse on sen aiheellisesti sellaiseksi kokenut. Myöskään *tavoiteltu omaisuusetu ei ole voinut olla etukäteen ajatellen kovin suuri*. . . Huolimatta rikoksen nimikkeestä katson, ettei yleisen lainkuuliaisuuden ylläpitäminen edellytä tätä törkeysastetta olevan rikoksen rangaistuksen tuomitsemista tässä tilanteessa ehdottomana."

Tässä äänestyslausumassa tiivistyvät keskeiset moitearvostelun ja lajivalinnan kriteerit:

a) syytetyn nuoruus,
b) uusimistapauksissa tekojen liittyminen toisiinsa rikoskierteenä, joka ilmentää pikemminkin senhetkistä kriisiaikaa kuin harkittua ja suunnitelmallista uusimista,
c) rikoskierteen katkeaminen ja sosiaalisen ennusteen paraneminen elämäntilanteen muutosten seurauksena,
d) tähän liittyvä ehdollisen vankeusrangaistuksen poikkeuksellinen haitallisuus vastaista sosiaalista selviytymistä ajatellen,
e) jo suoritettu tutkintavankeus tavallaan ehdollisen vankeusrangaistuksen tehosteeksi muodostuvana ehdottomana osana,
f) rikoksen vaarallisuus suojattujen oikeushyvien kannalta, sekä
g) tekijän tavoitteleman oikeudenloukkauksen suuruus.

Kaikki perusteet puhuivat ehdollisuuden puolesta. Vastakkaisina syinä lähinnä uhrin kokemukset teon vaarallisuudesta sekä tekijän uusiminen. Näistä

viimeksi mainittu, aikaisempien rikosten laatu huomioon ottaen (sotilas-ja liikennerikos), ei juuri anna tukea ajatukselle, että tekijän syyllistyminen näitä koskevien tuomioiden jälkeen nopeasti uuteen rikokseen todellakin edellyttäisi yhteiskunnan taholta erityisiä "varotoimenpiteitä". Tämä ilmenee myös rikoskierteen katkeamisena.

Jatkotarkastelut voidaan systematisoida osaksi seuraten äskeisen listan lajivalintaperusteita. Näistä ensimmäisenä tarkastellaan lyhyesti päätöksiä, joissa on viitattu ensi sijassa tekijän menneisyyteen.

4.3. Tekijän henkilöön liittyvät seikat — uusiminen ja ikä

4.3.1. Yleistä

Toistaiseksi iän ja tekijän menneisyyden merkitys on ilmennyt käänteisesti: syytetty on tuomittu nuoresta iästään ja ensikertalaisuudestaan *huolimatta* ehdottomaan vankeusrangaistukseen. Näiden ominaisuuksien on harvemmin näytetty johtaneen vankeusrangaistuksen määräämiseen ehdolliseksi. Selityksenä lienee, että ensikertaisuus (etenkin yhtyneenä nuoreen ikään) muodostaa yleensä toteutuvan ja niin itsestään selvän presumption ehdollisen vankeuden puolesta, ettei asiaa tarvitse ottaa esille perusteluissa. Tähän on aihetta vasta, kun näissä tilanteissa on jouduttu turvaamaan ehdottomaan vankeuteen, jolloin joudutaan antamaan selitys, miksei tekijää ole tuomittu ehdolliseen rangaistukseen. Käänteinen tilanne on jo tutumpi. Oikeuskäytännöstä löytyykin runsaasti ratkaisuja, joissa uusiminen on todettu ehdollisen esteeksi.

4.3.2. Uusiminen ehdollisen esteenä

Ehdottoman ja ehdollisen vankeuden tarkkaa rajaa on päätösperustelujen pohjalta mahdoton tiivistää. Osoituksena siitä, ettei rikosrekisteri sinänsä estä ehdollisen rangaistuksen käyttöä on tiedonanto KKO 1980 II 125. Siinä tuomittu A oli vapautuakseen rattijuoppoutta koskevasta syytteestä tahallaan taivuttanut B:n ja C:n antamaan oikeudessa perättömän lausuman, minkä nämä sittemmin olivatkin tehneet. B ja C tuomittiin alioikeudessa tahallaan vastoin parempaa tietoa tehdystä valalla vahvistetusta perättömän lausuman antamisesta 9 kuukauden ehdottomiin vankeusrangaistuksiin. A tuomittiin yllytyksestä samaan rikokseen vastaavan suuruiseen rangaistukseen. Hovioikeus määräsi B:n ja C:n rangaistukset ehdollisiksi. Korkein oikeus totesi A:n syllistyneen ennen vuonna 1975 tapahtunutta rattijuoppoutta vuonna 1959 jatkettuun väkijuomien luvattomaan valmistamiseen sekä vuonna 1961 rattijuoppouteen (tuo-

mio v. 1962), mutta määräsi rangaistuksen kuitenkin ehdolliseksi seuraavin perustein.

> "Ottaen huomioon A:n . . . *aikaisemmista rikoksista kuluneen pitkähkön ajan* sekä myös *A:n vaikuttimet* hänen yllyttäessään B:tä ja C:tä antamaan . . . perättömät lausumat, korkein oikeus katsoo, ettei yleisen lainkuuliaisuuden ylläpitäminen vaadi hänelle tässä jutussa määrätyn rangaistuksen tuomitsemista ehdottomana. Tämän vuoksi ja ottaen myös huomioon sen, *että hovioikeuden päätöksessä mainitut B:n ja C:n vankeusrangaistukset on määrätty ehdolliseksi* . . . korkein oikeus harkitsee oikeaksi . . . muuttaa hovioikeuden päätöstä . ."

Lisäpiirteenä edellisiin on huomion kiinnittäminen paitsi teon motiiveihin myös muihin jutun yhteydessä tuomittuihin rangaistuksiin.

Osoituksena uusimisesta, joka on yksin esitetty esteeksi ehdollisen rangaistuksen käytölle on vuorostaan jaksossa V.C.4. esitelty tiedonanto 1982 II 67. Tapauksessa KKO muutti hovioikeuden rikoskumppaneille varkaudesta langettamat sakkorangaistukset vankeudeksi ja määräsi näistä toisen ehdottomaksi. Tekijöiden erilaista kohtelua perusteltiin vain toteamuksella, että ". . . B:lle, jota ei ollut aikaisemmin tuomittu rikosrekisteriin merkittävään rangaistukseen, tuomittu rangaistus määrättiin . . . ehdolliseksi." Ehdottoman vankeusrangaistuksen saaneella oli vuosilta 1978-1979 kaikkiaan neljä tuomiota yhteensä noin kymmenestä eri omaisuusrikoksesta. Päätös ei tietenkään oikeuta päättelemään, että rikosrekisteri itsessään riittää ehdottoman vankeuden perusteeksi. Ratkaisevaa on aikaisempien rikosten ja tuomiokertojen määrä, laatu, keskinäinen yhteys ja uusimisnopeus. Raja vaihtelee rikoskohtaisesti ja on parhaiten selvitettävissä kvantitatiivisin keinoin.[7] Perusteluista ilmenevät olennaiset

[7] Aineistoon sisältyvissä hovioikeusratkaisuissa huomiota on kiinnitetty etenkin rikosten samankaltaisuuteen, lukumäärään ja tekojen välillä kuluneesen aikaan. *Törkeästä rattijuopumuksesta* tuomittua ehdotonta vankeutta on perusteltu mm. seuraavasti: "Koska T on aikaisemmin viisi kertaa tuomittu ehdolliseen rangaistukseen" (HHO 1485/1985); "A on aikaisemmin tuomittu vastaavista rikoksista ja viimeksi 11.6.1981" (HHO 1526/1984); "A on jo kahdesti, 9.12. 1977 ja 17.5.1979 tuomittu ehdollisen rangaistukseen" (HHO 937/1984); "A on aikaisemminkin tuomittu rangaistukseen törkeistä rattijuopumuksista" (HHO 965/1985); " kun A on aikaisemmin tuomittu ehdolliseen vapausrangaistukseen moottoriajoneuvon kuljettamisesta alkoholin vaikutuksen alaisena ja sen jälkeenkin kaksi kertaa ehdollisiin vapausrangaistuksiin useammista rikoksista" (HHO 2519/1984); " A on 1.11.1983 tuomittu 7.8.1983 yksin teoin tehdyistä törkeästä rattijuopumuksesta ja liikennerikkomuksesta ehdolliseen vankeusrangaistukseen, jonka koetusaika on määrätty päättymään 31.5.1985. A on syyllistynyt nyt kysymyksessä olevaan rikokseen edellä mainitun ehdollisen vankeusrangaistuksen koetusaikana (6.12.1985)" (HHO 553/1986). *Omaisuusrikoksista* tuomittuja ehdottomia vankeusrangaistuksia on perusteltu syin: "A on aikaisemmin tuomittu neljällä eri kerralla rangaistukseen useista eri väärennösrikoksista" (THO 2552/1984, jatkettu varkaus, 20 000 mk, 6 kk); "A on aikaisemmin tuomittu neljästä eri omaisuusrikoksesta vankeusrangaistukseen" (THO 449/1984, useita omaisuusrikoksia, yhdistetty 3 kk 10 vrk, samoin THO 2552/1984); "A on vuonna 1977 tuomittu muun ohessa veronkavaltamisesta eh-

kriteerit tiivistyvät ratkaisussa KOHO 779/1981. Raastuvanoikeus oli tuominnut syytetyn varkauksia ja törkeitä rattijuopumuksia käsittävästä tekosarjasta yhdistettyyn 7 kuukauden 20 päivän ehdolliseen vankeusrangaistukseen. Hovioikeus määräsi rangaistuksen ehdottomaksi perusteluin:

> "A on ennen nyt kysymyksessä olevia rikoksia tuomittu kolme kertaa ehdollisiin rangaistuksiin, viimeksi 31.7.1979. Huomioon ottaen *aikaisempien ehdollisten rangaistusten määrä, niissä ja nyt kysymyksessä olevassa jutussa tuomittujen rikosten samankaltaisuus, se että nyt kysymyksessä olevat rikokset on tehty lyhyen ajan kuluttua edellisen ehdollisen rangaistuksen tuomitsemisesta* ja A:n syyksi luettujen törkeän rattijuopumuksen, törkeän varomattomuuden liikenteessä ja ruumiinvamman tuottamuksen *laatu*, vaatii yleisen lainkuuliaisuuden ylläpitäminen rangaistuksen tuomitsemista ehdottomana." Tapauksessa aikaisempia tuomioita oli kolme (kaikki omaisuusrikoksista) ja viimeinen niistä annettu vain vajaat kaksi vuotta ennen nyt tuomittavina olevia rikoksia. Lisäksi kyse oli samankaltaisista teoista.

4.3.3. Ensikertaisuus ja nuoruus ehdollisen puoltoperusteena

Etenkin lievemmissä rikoksissa ensikertaisuuden ja nuoruuden luoma presumptio ehdollisen puolesta on niin selvä, ettei rangaistuksen ehdollisuutta erikseen perustella. Tilanne muuttuu vasta rikoksen muuttuessa törkeämmäksi ja rangaistusaikojen kohotessa lähemmäksi ehdollisen rangaistuksen käytön muodollisia rajoja. Tällöin teon törkeys luo presumption ehdottoman rangaistuksen käytölle. Se voidaan kuitenkin murtaa vetoamalla tekijän ensikertalaisuuteen ja/tai tekijän nuoruuteen. Tätä asetelmaa edustivat jo alussa referoidut KKO:n prejudikaatit (tosin ehdottomaan päätyen). Toinen yhteys, missä nämä perusteet tulevat esille, koskee keskiraskaista rikoksista koostuvia reaalikonkurrenssisarjoja. Eri tilanteita hahmottavat esim. seuraavat tapaukset:

> THO 40/1984. HO määräsi AO:n 14 eri omaisuurikoksesta tuomitseman 8 kk ehdottoman vankeusrangaistuksen ehdolliseksi "ottaen huomioon, *ettei L:ää aikaisemmin ole tuomittu vankeusrangaistukseen*",
>
> THO 220/1984. AO tuomitsi nuoren henkilön yhdestä törkeästä ja kolmesta tavallisesta pahoinpitelystä yhdistettyyn 8 kk 20 päivän ehdottomaan vankeusrangaistukseen. HO määräsi rangaistuksen ehdolliseksi (+ 50 ps) "*huomioon ottaen A:n ikä teot tehdessään (17 v) ja se, ettei häntä aikaisemmin ole rikoksesta rekisteröity . .*"
>
> THO 202/1984. AO tuomitsi yksin teoin tehdystä rattijuopumuksesta ja liikennerikkomuksista, jatketusta rikoksesta joka käsitti kaksi tavallista ja yhden lievän pahoinpitelyn sekä yhdestä haitanteosta virkamiehelle yhdistettynä 8 kk vankeutta ehdottomana. HO määräsi rangaistuksen ehdolliseksi ottaen huomioon, että "*N on ollut teot tehdessään 17 vuotias eikä häntä ole aikaisemmin rikoksesta rekisteröity . . .*"

---

dolliseen vankeusrangaistukseen. Ottaen huomioon A:n aikaisemman rikollisuuden, valtiolta pidätetyn liikevaihtoveron määrän ja tekojen suunnitelmallisuuden yleinen lainkuuliaisuus vaatii vapausrangaistuksen tuomitsemista ehdottomana" (THO 2536/1984, törkeä veropetos, liikevaihtoveron pidättäminen, 231 000 mk, 9 kk).

Vaikka tekijällä ei näissä tilanteissa ole ollut aikaisempia rekisterimerkintöjä — hän on siis tässä mielessä ensikertalainen — ei kyse kuitenkaan ole yhdestä ja mahdollisesti satunnaiseksi osoittautuvasta teosta. Kun alioikeudet ovat päätyneet ehdottomiin vankeusrangaistuksiin, on ratkaisuun saattanut vaikuttaa jo jonkinasteinen uusimisankaroituminen. Tämän ohella kyse oli usein verraten törkeistä väkivaltarikoksista, joissa ehdottoman kynnys syystäkin on omaisuusrikoksia jonkin verran alempana.

4.3.4. Yhteisarvio

Ratkaisu perustetaan harvemmin vain yhteen näkökohtaan, vaan kyse on erisuuntaisten argumenttien samanaikaispunninnasta. KKO:n lajivalintaprejudikaateissa eri suuntiin vaikuttavia seikkoja olivat lähinnä teon törkeys, tekijän ensikertalaisuus sekä nuoruus. Siirryttäessä vähemmän törkeisiin tekomuotoihin, täytyy tekijän henkilöä koskevissa ominaisuuksissa tapahtua muutos, jotta ehdoton vankeus olisi perusteltu. Tästä oli esimerkkinä edellä referoitu törkeätä veropetosta koskeva ratkaisu, jossa yhden aikaisemman tuomion rinnalla mainittiin myös pidätettyjen varojen määrä sekä teon suunnitelmallisuus (ks. THO 2536/1984 edellä). Erityisen runsaasti näitä tekotavan ja uusimisen eriasteisia yhdistelmiä löytyy rattijuopumusrikosten rangaistuskäytännöstä. Ehdollisen esteenä mainitaan mm: verenalkoholipitoisuus ja rikosrekisteristä ilmenevä aikaisempi rikollisuus (2.38 o/oo, THO 2448/1984), humalatilan vahvuudesta esitetty selvitys ja uusiminen (2.60 o/oo THO 2831/1984), veren alkoholipitoisuuden määrä, ajo-olosuhteet ja uusiminen (2.13 o/oo, THO 2589/1984), humalatilasta esitetty selvitys, ajo vilkasliikenteisellä tiellä ja uusiminen (2.76 o/oo, THO 1280/1984), humalatilan vahvuusaste, uusiminen ja ajoneuvon suistuminen tieltä (HHO 1850/1985 jne)

4.4. Teon ulkopuoliset perusteet

Rangaistuksen ehdollisuutta on jo kuvattujen perusteiden lisäksi puolustettu huomattavan usein erilaisin kohtuus- ja tarkoituksenmukaisuussyin, siis vetoamalla sanktioiden kasautumiseen, tekijän sairauteen, tutkintavankeuteen samoin kuin myös vapausrangaistuksen erityispreventiivisesti haitallisiin vaikutuksiin jne.

4.4.1. Sosiaaliset olot, tutkintavankeus ja sanktiokumulaatio

Esimerkkinä erityisprevention negatiivisesta tulkinnasta ja vankeusrangaistuksen aiheuttamien haittojen välttämispyrkimyksistä voinee pitää korkeimman oikeu-

den taltiota 1816/77. Siinä korkein oikeus äänestyksen jälkeen muutti hovioikeuden nuorelle henkilölle ryöstön yrityksestä ja pahoinpitelystä ehdottomana langettaman vuoden kahden kuukauden (1 v 2 kk) vankeusrangaistuksen ehdolliseksi maininnoin:

> "Koska (A) tekoihin syyllistyessään on ollut vasta 16-vuotias ja vuodesta 1975 alkaen ollut *säännönmukaisessa ansiotyössä*, (A):lle tuomittu . . . vankeusrangaistus . . . määrätään ehdolliseksi."

Toinen samaa ajatusta seuraava ratkaisu on tiedonanto KKO 1980 II 67, jossa murhapoltosta määrätty yhdeksän kuukauden (9 kk) vankeusrangaistus määrättiin ehdolliseksi perusteluin:

> "A, joka asui kotitilallaan äitinsä ja veljensä kanssa *syrjäisellä seudulla alkeellisissa oloissa*, oli jo nuorena ollut hoidettavana hermostollisten häiriöiden vuoksi ja että hän oli *mielenterveydellisten ongelmiensa* sekä lisääntyneen alkoholin käyttönsä vuoksi useita kertoja hakeutunut hoitoon pystymättä vapautumaan *päihdeongelmistaan*. A:ta ei ollut tuomittu rangaistukseen rikoksesta ennen nyt kysymyksessä olevaa rikosta, jonka johdosta hän oli ollut *6 kuukautta vapautensa menettäneenä*. *Tämän vuoksi ja koska* yleisen lainkuuliaisuuden ylläpitäminen ei vaatinut A:lle tuomitun rangaistuksen tuomitsemista ehdottomana ja lisäksi ottaen huomioon hänen *pitkän tutkintavankeusaikansa* sekä kun A:lle määrättyä vahingonkorvausvelvollisuutta oli hänen mielenterveyden tilansa, maksukykynsä ja hänen varallisuusolonsa sekä P:n varallisuusolot huomioon ottaen pidettävä kohtuuttomana", korkein oikeus harkitsi oikeaksi siten muuttaa hovioikeuden päätöstä, että A:lle tuomittu 9 kuukauden vankeusrangaistus ehdollisesta rangaistuksesta annetun lain nojalla määrättiin ehdolliseksi.

Ratkaisu on tyypillinen kohtuusratkaisu, jossa tekijän vaikeat sosiaaliset olot ovat johtaneet kohtelun lievennykseen. Ehdollisen rangaistuksen käytön perusteina ovat tässä olleet suureksi osaksi samat kohtuussyyt, jotka johtivat myös tuomitun vahingonkorvauksen alentamiseen. Lisäperusteina olivat tekijän ensikertaisuus ja se, että tuomittu oli ollut jo 6 kuukautta vapautensa menettäneenä, ja siten kärsinyt jo osan rangaistuksestaan ehdottomana.[8]

Tutkintavankeuden sisältämä vapaudenmenetys on otettu huomioon korkeimman oikeuden taltiossa 3059/78, jossa vuonna 1952 syntyneelle ensikertalaiselle mm. törkeästä rattijuopumuksesta ja kuolemantuottamuksesta langetettu yhden vuoden kahdeksan kuukauden (1 v 8 kk) vankeusrangaistus alennettiin korkeimmassa oikeudessa oheissakolla (30 päiväsakkoa) tehostetuksi kymmenen kuukauden (10 kk) ehdolliseksi vankeusrangaistukseksi ". . . ottaen huomioon S:n ikä sekä se, ettei häntä ole aikaisemmin rangaistu ja että hän tämän asian takia (on) ollut vapautensa menettäneenä toista kuukautta".

[8] Tosin tuomitun itsensä kannalta olisi ollut edullisempaa saada rangaistus ehdottomana, sillä se olisi kuittaantunut tutkintavankeusajoin. Näin olisi säästytty täytäntöönpanon uhalta (ks. myös *Lappi-Seppälä* 1986 s.156).

Sama ajatus on tuotu esiin myös eräissä vähemmistöön jääneissä ehdollista puoltavissa äänestyslausumissa. Taltion 4574/80 vähemmistö olisi määrännyt tuomittujen rangaistukset ehdollisiksi ". . . ottaen huomioon heidän menneisyytensä ja heidän tämän rikoksen johdosta yli kuukauden kestäneen vapaudenmenetysaikansa". Vähemmistö puolsi ehdollista rangaistusta niin ikään tapauksessa KKO 1982 II 188 mm. siihen vedoten (ks. muilta osin edellä jakso 4.2.2.), että tekijä ". . . on myös ollut tämän jutun takia tutkintavankeudessa 30 päivää ja hänet on velvoitettu suorittamaan asianomistajalle tuntuva vahingonkorvaus".

Yhdessä tiedonannon 1980 II 67 kanssa lausumat — vähemmistön mielipiteiksi jääneinäkin — vahvistavat käsityksen, että tutkintavankeuteen jo sisältynyt vapaudenmenetys on eräs perusteista, jotka rajatapauksissa tekevät ehdottoman vankeuden käytön tarpeettomaksi. Tekijä on jo suorittanut osan rangaistuksesta ehdottomana. Tämä kärsimys on otettava huomioon rikoksesta aiheutuvan kokonaisseuraamuksen suuruutta arvioitaessa.

Tapauksilla oli yhtymäkohtia myös sanktiokumulaatioon. Viimeiseksi referoidussa vähemmistön lausumassa tutkintavankeus mainittiinkin rangaistuksen ehdollisuuden perusteluna yhdessä tekijän maksettaviksi tulleiden vahingonkorvausten kanssa. Tekijän maksettaviksi tuomitut vahingonkorvaukset voivat siis puoltaa ehdollista rangaistusta osana teon kokonaisseuraamusta. Tilanteet olivat tuttuja etenkin törkeissä veropetoksissa. Sama asetelma toistui myös muissa suuren luokan omaisuusrikoksissa:

THO 1313/1984. Liikkeen kassanhoitaja oli kavaltanut yhtiöltä virheellistä kirjanpitoa käyttäen varoja 348 000 mk. AO tuomitsi törkeästä kavalluksesta 1v 4 kk vankeutta ehdottomana. HO määräsi rangaistuksen ehdolliseksi perusteluin: "R on *viivyttelemättä suorittanut yhtiön vaatiman vahingonkorvauksen* 310 000 mk . . . *Häntä ei myöskään ole aikaisemmin tuomittu rikoksesta rangaistukseen.*"

HHO 726/1986. AO tuomitsi tekijän 17 000 mk:n osamaksupetoksesta 2 kk:n ehdottomaan vankeusrangaistukseen. HO määräsi rangaistuksen ehdolliseksi perusteluin: "V on yhdessä vaimonsa kanssa *sitoutunut 8.11.1984 allekirjoitetulla maksusopimuksella suorittamaan Oy Volvo-Auto Ab:lle sen raastuvanoikeuden päätöksessä tarkoitetun saatavan määrän* 17 610 markkaa korkoineen ja 8.1.1985 antanut *vakuuden sanotun saatavan suorittamisesta.* Hovioikeus katsoo, että yleisen lainkuuliaisuuden ylläpitäminen ei vaadi rangaistuksen tuomitsemista ehdottomana."

THO 947/1984. Liikkeen kassanhoitaja oli yhdeksän vuoden aikana kavaltanut virheellistä kirjanpitoa hyväksikäyttäen yhtiön varoja 140 000 mk. RO tuomitsi syytetyn osittain yksin teoin tehdyistä jatketusta rikoksesta joka käsittää törkeän kavalluksen ja jatketun yksityisen asiakirjan väärentämisen 1 v 10 kk:n ehdottomaan vankeusrangaistukseen. HO määräsi rangaistuksen ehdolliseksi perusteluin: "Ottamalla huomioon, *että P:ta ei ole aikaisemmin rikoksista rekisteröity* ja että *P on toimeen tullessaan ollut vasta 18 vuoden ikäinen juuri merkonomiksi valmistunut ja ettei yhtiö ole asianmukaisesti valvonut hänen työtään eikä kassavalvontaa ollut suoritettu hyvän kirjanpitotavan mukaisesti* ja koska P:lle *aiheutuu rikoksesta ankarat talou-*

delliset seuraamukset, niin hovioikeus katsoo, ettei yleisen lainkuuliaisuuden ylläpitäminen tässä tapauksessa vaadi P:n tuomitsemista ehdottomaan vankeusrangaistukseen."

Ensimmäisessä tapauksessa ehdollisuuden syynä lienevät (ensikertaisuuden ohella) yksinkertaisesti korvausten markkamäärät. Toisessa ratkaisussa (HHO 726/1986) perustelujen kirjoittamistapa antaa ymmärtää, että rangaistuksen ehdollisuus pohjaisi myös ainakin osittain tekijän auliuteen hyvittää aiheuttamansa vahingot. Toisaalta teko oli tehty jo vuonna 1981. Sopimus korvausten maksamisesta ja vakuuksien asettamisesta tehtiin taas vasta alioikeuskäsittelyn lähestyessä, joten kovin oma-aloitteisesta toiminnasta ei tässä ollut kyse. RL 6:3 3-kohdan tausta-ajatusten sijasta asiassa ovatkin ehkä vaikuttamassa vanhan EhdL:n määräykset, joiden mukaan rangaistuksen ehdollisuus saatettiin asettaa riippuvaiseksi maksettaviksi määrättyjen korvausten suorittamisesta. Kolmas selitys löytyy virkamiehen virassa tekemää kavallusta koskevasta lainkohdasta (RL 40:7[2]), jonka mukaan virantoimitusero tai viraltapano katsotaan yksin riittäväksi rangaistukseksi, jos tekijä "kykenee heti korvamaan mitä on kavaltanut tahi antamaan siitä vakuuden". Kolmannessa tapauksessa yhtiön asioita oli hoidettu yleisestikin huonosti. Kassavajausta oli ollut jo ennen kuin syytetty oli aloittanut työnsä yhtiön palveluksessa. Tämä yhtiön myötäsyyllisyys on lieventänyt syytettyyn kohdistuvaa moitetta erityisesti siksi, että syytetty oli toimeen tullessaan vailla minkäänlaista työkokemusta ja hänen kykynsä arvioida niin omansa kuin myös yhtiön taholta harjoitetun menettelyn lainmukaisuus ja yhteensopivuus normaalikäytäntöihin oli näin ollen rutinoitua kassanhoitajaa ja kirjanpitäjää heikompi. Taloudellisina seuraamuksina määrättiin korvattavan 140 000 mk:n lisäksi syytetyn maksettavaksi kirjanpidon tarkastuskuluista kohtuulliseksi katsottavat 30 000 mk.

Maksettavaksi tuomittujen seurausten ohella myös syytetyn *sosiaaliseen ja taloudelliseen asemaan* liittyvät yleiset vaikeudet saattavat puoltaa rangaistuksen määräämistä ehdolliseksi. Seuraavassa jaksossa käsiteltävän subjektiivisen rangaistuskärsimyksen ohella voidaan viitata olosuhteisiin, jotka on tuotu esiin ratkaisussa THO 947/1984:

> THO 357/1984. AO tuomitsi virheellistä kirjanpitoa hyväksikäyttäen kavaltaneen kassanhoitajan (97 000 mk) jatketusta törkeästä kavalluksesta 1 vuoden ehdottomaan vankeusrangaistukseen. HO määräsi rangaistuksen oheissakolla tehostetuksi ehdolliseksi vankeusrangaistukseksi perusteluin: " H:n . . . rikos on *laadultaan* sellainen, että ehdollista vankeusrangaistusta voidaan perustellusti pitää yleisen lainkuuliaisuuden ylläpitämiseksi riittämättömänä seuraamuksena H:n teosta. *H:ta ei ole kuitenkaan aikaisemmin tuomittu rikosrekisteriin merkittävään rangaistukseen.* Hänet on myös *velvoitettu suorittamaan huomattava vahingonkorvaus* L OY:lle. *H on jäänyt leskeksi vuonna 1979 ja hänellä on huollettavana alaikäinen, koulua käyvä poika.* H on *rikoksen johdosta menettänyt työpaikkansa* ja *ollut työttömänä yhtäjak-*

soisesti kesäkuuhun 1983 saakka. Hänen *palkastaan pidätetään osa L OY:n saatavan suorittamiseksi ja hän on muutoinkin osoittanut haluavansa maksaa tuomitun vahingonkorvauksen.* Hänen kohdallaan on näin ollen osoitettavissa erityisiä perusteita vankeusrangaistuksen määräämiseen ehdolliseksi."

Tässä hovioikeus viittasi siis useampaankin teon ulkopuoliseen perusteeseen. Ehdollisen rangaistuksen puolesta ovat puhuneet syytetyn ensikertalaisuus, maksettaviksi tulleet korkeat vahingonkorvaukset sekä syytetyn yhteistoiminta korvausten maksamiseksi. Myös työpaikan menetys ja seurannut työttömyys on laskettu osaksi rikoksen seurauksia. Kiinnostavinta perusteluissa on kuitenkin tuomitun elämäntilanteen (leskeksi jäänyt työtön kouluikäisen lapsen yksinhuoltaja) huomioon ottaminen ehdollista puoltavana seikkana.

4.4.2. Subjektiivinen rangaistuskärsimys ja tekijän sairaus

Subjektiivinen rangaistuskärsimys mainitaan taltion 3864/82 eräänä lajivalinnan kriteerinä. Tapauksessa korkein oikeus määräsi mm. jatketusta veropetoksesta langetetun yhden vuoden rangaistuksen oheissakolla tehostetuksi ehdolliseksi vankeusrangaistukseksi perusteluin (ään 3-2, vähemmistö olisi jättänyt rangaistuksen ehdottomaksi):

> "H:n syyksi luettujen rikosten *lukuisuus, osittainen suunnitelmallisuus* ja se, että H on ollut *johtavassa asemassa* rikollisessa toiminnassa, johon on osallistunut monia muitakin henkilöitä, perustelevat sitä, että yleisen lainkuuliaisuuden ylläpitäminen vaatii rangaistuksen tuomitsemista ehdottomana. Toisaalta vuonna *1916* syntyneen H:n *terveydentilasta* esitetty selvitys osoittaa hänen sairastavan niin vakavaa sydänsairautta, että *vankeusrangaistuksen täytäntöönpano ja täytäntöönpanon jatkuva uhka saattavat pahentaa hänen sairauttaan ja johtaa suoranaiseen hengenvaaraan.* Näin viimeksi mainitut seikat puoltavat rangaistuksen määräämistä ehdolliseksi niin voimakkaasti, *että yleisen lainkuuliaisuuden ylläpitäminen ei tässä tapauksessa* vaadi rangaistuksen tuomitsemista ehdottomana."

Samat syyt ovat tulkinnalla löydettävissä eräiden vanhempien julkaisemattomien KKO:n ratkaisujen tosiasia-aineistosta.[9] Hovioikeuskäytännöstä ovat esimerkkeinä seuraavat tapaukset:

> HHO 2283/1984. Syytetty tuomittiin alioikeudessa yksin teoin tehdystä törkeästä rattijuopumuksesta, kortitta ajosta sekä varomattomuudesta liikenteessä 1 kk ehdot-

[9] Tapauksessa 2255/79 korkein oikeus on määrännyt törkeästä pahoinpitelystä tuomitun yhden vuoden kahden kuukauden (1 v 2 kk) vankeusrangaistuksen ehdolliseksi syytetylle, joka oli syntynyt vuonna 1926 ja jolta oltiin poistettu toinen keuhko syövän takia. Vastaavasti tapauksessa 2378/79 vaikeissa sosiaalisissa oloissa elävän, 50 vuotta täyttäneen ja 3 alaikäisen lapsen huoltajan asiakirjaväärennöksestä tuomittu yhden vuoden kuuden kuukauden (1 v 6 kk) vankeusrangaistus määrättiin niin ikään korkeimmassa oikeudessa ehdolliseksi (ks. *Lindholm* 1980 s. 132, jossa mainitut olosuhteet on tulkittu "tapauksen erityispiirteiksi").

tomaan vankeusrangaistukseen. HO määräsi rangaistuksen ehdolliseksi perusteluin: "Hovioikeudelle esitetyn selvityksen mukaan H:ta on *kohdannut sairaus, jonka aiheuttama pysyvä invaliditeetti on 80 prosenttia.* Yleisen lainkuuliaisuuden ylläpitäminen ei vaadi rangaistuksen tuomitsemista ehdottomana."

ISHO 125/1979. Varkaudesta langetettu 3 kk:n ehdoton vankeusrangaistus määrättiin HO:ssa ehdolliseksi siitä huolimatta, että tekijä oli tuomittu rikosta edeltäneiden kolmen vuoden aikana pitemmäksi ajaksi kuin yhdeksi vuodeksi vankeuteen. HO katsoi tekijän *vakavan vammautumisen rikoksen jälkeen muodostavan EhdL 2 §:ssä tarkoitetun erityisen syyn.*

THO 1536/1984. AO tuomitsi invalidimopedia 1.96 o/oo:n humalassa kaupunkialueella kuljettaneen syytetyn RL 6:2 4 kohtaa soveltaen 3 kk:n ehdottomaan vankeusrangaistukseen. HO määräsi rangaistukseksi 80 ps. ottaen huomioon, että "A:n syyksi luettu *lyhyehkö ajo* on tapahtunut *mopoon rinnastettavalla moottorikäyttöisellä invalidiajoneuvolla.* A:n *vaikeavammaisuuteen ja korkeaan ikään nähden vankeusrangaistus ei olisi oikeudenmukaisessa suhteessa hänen rikoksensa vaarallisuuteen ja siitä ilmenevään tekijän syyllisyyteen".*

Kaikissa ratkaisuissa on ollut kyse ensi sijassa sairauden tai fyysisen kestokyvyn heikkenemisen vuoksi kohonneen sanktioherkkyyden kompensoimisesta.[10]

4.4.3. Teosta kulunut aika

Vanhentumisnäkökohtien periaatteellinen merkitys on tunnustettu tapauksessa 4664/82, tosin ehdottomaan vankeusrangaistukseen päätyen. Syytetty tuomittiin v. 1982 useista vuosina 1976-1977 tapahtuneista lapseen kohdistuvista haureus- ym. seksuaalirikoksista yhdistettyyn vuoden kahden kuukauden (1 v 2 kk) vankeusrangaistukseen. Korkein oikeus määräsi hovioikeuden ehdollisena langettaman rangaistuksen ehdottomaksi maininnoin:

> "Vaikka K:n kysymyksessä olevista rikoksista *on jo kulunut pitkähkö aika*, rikosten *laatu* ja *niissä ilmenneet seikat* ovat sellaiset, *että* yleisen lainkuuliaisuuden ylläpitäminen edelleen vaatii rangaistuksen tuomitsemista ehdottomana."

Viitteitä tämänsuuntaisesta ajattelusta tarjosi vanhemmasta oikeuskäytännöstä tapaus 785/79, jossa korkein oikeus määräsi vuonna 1969 tehdystä asia-

---

[10] Eräänlaisesta kohtuusajattelusta voi pitää myös esimerkkinä päätöstä KOHO 375/1978, jossa tuomittu oli välien rikkoonnuttua syyllistynyt entisen avovaimon kotirauhan häirintään, vahingontekoon ja murhapolttoon. Rikosten jälkeen tekijä oli *yrittänyt paikan päällä itsemurhaa* lyömällä itseänsä fileerausveitsellä vasempaan rintaan. HO perusteli rangaistuksen määräämistä ehdolliseksi sillä, että "teko oli tapahtunut *sellaisissa olosuhteissa*, ettei yleisen lainkuuliaisuuden ylläpitäminen vaatinut rangaistuksen tuomitsemista ehdottomana".

kirjaväärennöksestä tuomitun kahden vuoden vankeusrangaistuksen ratkaisuaan perustelematta ehdolliseksi (ks. *Lindholm* 1980 s. 130).

4.5. Lajivalintaperusteet ja mittaamispresumptiot — arviointia ja kommentteja

4.5.1. Yleistä

a) *Vankeusrangaistuksen lajiin vaikuttavat perusteet.* — Lajivalinnan perusteet jakaantuivat tutkimuksessa käyttöön otetun systematiikan mukaisesti kolmeen ryhmään.

A. *Tekoon liittyvät perusteet.* Tässä on kyse ensi sijassa teon vahingollisuudesta ja vaarallisuudesta. Teon törkeyteen tässä merkityksessä viitattiin joko vain yleisesti, tai luettelemalla lisäksi joukko tekotyypille ominaisia törkeysarvostelussa vaikuttavia piirteitä (esim. verenalkoholi, ajoneuvon laatu, liikennöimisolot ja ajomatka rattijuopumusrikoksissa).

B. *Tekijään liittyvät* perusteet. Tähän kuuluivat lähinnä uusiminen ja tekijän ikä.

C. *Teon ulkopuoliset perusteet.* Moitearvosteluun suoranaisesti liittymättöminä seikkoina tulivat kysymykseen: (1) seuraamusten kasautuminen (mm. vahingonkorvaus, taloudelliset sanktiot sekä tutkintavankeus), (2) subjektiivinen rangaistuskärsimys ja sanktioiden haitallisuus, (3) rikoksen selvittämisen edistäminen sekä (4) vanhentumisnäkökohdat. Lisäksi lajivalintaa perusteltiin eräissä tapauksissa viittauksin rikoskumppaneiden saamiin rangaistuksiin, yleiseen oikeuskäytäntöön tai ao. teosta tuomitun rangaistuksen ankaruuteen.

Oikeuskäytäntö tuntee jokseenkin kaikki esityksen alkupuolella konstruoidut lajivalintaperusteet. On sitten toinen asia, kuinka näitä käytännössä painotetaan, sekä missä kulkee konkreettinen raja ehdollisen ja ehdottoman vankeuden välillä. Vaikka näihin kysymyksiin voidaankin antaa laajemmin valaistusta vasta rikoskohtaisten kvantitatiivisten tarkastelujen jälkeen, jotakin asiasta voi jo nyt läpikäytyjen päätösperustelujenkin pohjalta esittää. Tässä tarkoituksessa seuraavaan asetelmaan onkin merkitty eri perusteiden käytön yleisyys ehdollisen puolesta tai sitä vastaan.

Asetelma: Lajivalintaan vaikuttavat perusteet ja vaikutussuunta

Peruste	Ehdollisen puolesta	Ehdollista vastaan
Teko	(6)	(34)
a) Seuraukset	3	14
b) Tekotapa	—	16
c) Motiivit	1	1
d) Uhrin käyttäytyminen	1	1
e) Osallisuus	1	3
Tekijä	(37)	(12)
a) Uusiminen	—	11
b) Ensikertalaisuus	25	—
c) Iältään varttuneempi	1	1
d) Nuoruus	10	—
e) Syyntakeisuuden aleneminen	1	—
Teon ulkopuoliset perusteet	(20)	(—)
a) Sanktiokumulaatio	5	—
b) Vahinkojen hyvittäminen	4	—
c) Rikoksen selvittämisen edistäminen	1	—
d) Subjektiivinen rangaistuskärsimys	3	—
e) Tutkintavankeus	3	—
f) Rangaistuksen tuottama haitta	2	—
g) Sosiaaliset vaikeudet	1	—

Tiivistäen perusteiden käyttötilanteiden erot ovat seuraavat: tekoon liittyviä perusteita käytetään, milloin tahdotaan puolustaa vankeuden määräämistä ehdottomaksi, tekijän henkilöön liittyviin seikkoihin vedotaan useammin ehdollisen kuin ehdottoman puolesta, kun taas teon ulkopuoliset perusteet toimivat yksinomaan lievemmän vaihtoehdon suuntaan. Yksittäisistä perusteista tavallisin ehdollista puoltava syy on ensikertalaisuus. Vastustavista perusteista selvästi käytetyimpiä olivat tekotavan ja seurausten vakavuus ja vaarallisuus. Uusimiseen ja vastaavasti ensikertalaisuuteen vedottiin yhtä usein sekä ehdollisen että ehdottoman rangaistuksen käyttöperusteena.

Asetelma ei paljasta vielä perusteiden painoarvoa. Suhteutettaessa toisiinsa käytetyt perusteet ja lopputulos, näyttäisi siltä, että rikoksen ulkoiseen vakavuuteen liittyvät syyt ohittavat usein muut perusteet (ks. myös asetelmaa kirjoituksessa *Lappi-Seppälä* 1986 s.159). *Kaikissa tapauksissa*, joissa vastakkain olivat ensikertalaisuus ja teon törkeys, vaaka kallistui ehdottoman vankeuden

puolelle. Sama päti jokseenkin sellaisenaan asetelmaan nuori ikä< >teon törkeys. Kyse voi tietysti olla yksin perustelutekniikan valinnasta; eli KKO (josta tässä lähinnä on kyse) nimeää teon vakavuuden vain tapauksissa, joissa sen perusteella on päädytty ehdottomaan vankeuteen. Näin meneteltäessä on lähellä ehkä vaara tuon olosuhteen liiallisesta painottumisesta, ja vastaavasti häviävien argumenttien alikorostumisesta. Niissä — vähemmistöön jääneissä — tapauksissa, joissa päädyttiin ehdolliseen vankeuteen tekijä oli yleensä *joko* ensikertalainen *tai* nuori. *Lisäksi* ehdollisuuden perusteluksi on esitetty, että tekijä (a) on päässyt uuden elämän alkuun, (b) elää vaikeissa sosiaalisissa oloissa ja on ollut pitemmän aikaa tutkintavankeudessa tai (c) on vaikeasti sairas (ks. KKO 1816/1977, 1980 II 67, 3059/1978 ja 3864/1982).

Kokonaisvaikutelmaksi jää kuva verraten ankarasta rikoksen objektiivista törkeyttä korostavasta tulkinnasta. On kuitenkin huomattava, että rikoksista tuomitut rangaistukset ylittivät usein vanhan lain soveltamisrajana olleen yhden vuoden. On luonnollista, että tällä alueella rikoksen törkeys jo usein estää ehdollisen rangaistuksen käytön. Toisenlaisetkin lopputulokset olisivat kyllä olleet mahdollisia. Tästä ovat osoituksena huomattavan usein vähemmistöön jääneet lievempää kohtelua puoltaneet lausumat. Niissä tapauksissa, joissa KKO on päätynyt ehdolliseen, on yleensä ollut kyse kohtuusperusteista. Tätä lainkäyttöä, jolle ei löydy suoranaista tukea EhdL:n normeista, on tervehdittävä tyydytyksellä. Tapausselostuksia lukiessa voi yhtyä ajatukseen, että rangaistuksen määrääminen ehdolliseksi näissä tapauksissa on ollut *vähintään* kohtuullista (ja että myös tällä linjalla olisi ollut mahdollisuus edetä vielä pidemmälle, vrt. KKO 1985 II 4).

b) *Lajivalintaa koskevista presumptioista.* — Ratkaisuheuristiikan ja käytännön ohjaamisen kannalta ehkä kiintoisin päätösperustelujen piirre oli turvautuminen erilaisiin lajivalintaa koskeviin presumptioihin.[11] Tarkoitan tällä perustelutapaa, jossa teonkuvauksen jälkeen todetaan, ettei ole erityisiä syitä päätyä muunlaiseen lopputulokseen. Esimerkkinä vaikkapa KKO 1981 II 173: "Yleisen lainkuuliaisuuden ylläpitäminen vaatii *tällaisesta teosta* yleensä ehdotonta vankeusrangaistusta . . . Sen vuoksi ja kun jutussa ei muutoinkaan ole ilmennyt sellaisia *erittäin painavia vastasyitä, joiden perusteella rangaistus olisi määrättävä ehdolliseksi* . . ." Presumptiot ovat eräs keino toteuttaa normaalirangaistusajattelua lajivalinnan tasolla. Teoreettisesti on kyse mittaamisessa vaikuttavien eri tasoisten ja painoisten periaatteiden etusijaehtojen erittelystä ja tarkentamisesta (ks. edellä jakso II.). Ratkaisuheuristiikan apuvälineenä ne ovat varmasti myös hyödyksi käytäntöä ohjattaessa ja yhdenmukais-

[11] Seuraavan esityksen johdosta ks. myös *Lappi-Seppälä* 1986 s.163—164.

tettaessa. Käytettyjen presumptioiden sisällöstä voidaan sen sijaan aina käydä keskustelua. Teoreettisesti tämä merkitsee samalla tulkintasuositusten ulottamista oikeustosiseikaston puolelta oikeusseuraamuksiin. Seuraavassa tarkastellaan hieman tarkemmin nyt referoitujen tapausten sekä karkeiden alioikeustilastojen[12] valossa neljän rikosryhmän kohtelussa noudatettuja mittaamispresumptioita.

4.5.2. Väkisinmakaamisrikokset

Tämä oli tarkastelujen rikosten törkein luokka. Vankeusrangaistuksen pituudet liikkuivat ehdollisuutta pohdittaessa jo puolentoista vuoden yläpuolella. Kaikki ratkaisut olivat KKO:sta. Kolmessa tapauksessa päädyttiin ehdottomaan ja yhdessä ehdolliseen vankeuteen. Äänestyslausumista kahdessa olisi kannatettu ehdottoman sijasta ehdollista ja yhdessä ehdollisen vaihtamista ehdottomaksi. Tämän perusteella tapaukset näyttävät siis edustavan hyvin sitä aluetta, jossa raja ehdollisen ja ehdottoman vankeuden käytössä ainakin tämän rikostyypin yhteydessä käydään.

Väkisinmakaamisratkaisut tuntuvat valottavan ensi sijassa kysymystä, missä olosuhteissa rikoksentekijälle on mahdollisuus langettaa ehdoton vankeus siitä huolimatta, että hänellä ei ole aikaisempaa rikollisuutta ja hän on lisäksi (mahdollisesti) myös nuori henkilö. Molemmat ominaisuudet puoltavat rangaistuksen määräämistä ehdolliseksi, mutta sanktioiden kohotessa 1 v 8 kk - 1 v 10 kk:n vaiheille teon törkeys tuntui kääntävän nuoruuteen ja ensikertalaisuuteen pohjaavan presumption ehdottomaksi. Teon törkeyteen liittyvinä nyt tarkoitettuina seikkoina olivat mm. *tekijän keskeinen asema* rikoksen suorittamisessa, *teon kohdistuminen ulkopuoliseen* ilman että tämä olisi mitenkään vaikuttanut rikoksen tapahtumiseen, tai rikoksen kohdistuminen uhriin oloissa, joissa tällä oli perusteltu aihe tuntea olonsa erityisen turvattomaksi (syrjäisellä soramontulla öiseen aikaan). Vähemmistön käyttämiä *vasta-argumentteja* ehdottomuuspresumption kumoamiseksi olivat (siis nuoruuden ja ensikertalaisuuden ohella) kuukauden kestänyt *tutkintavankeusaika* sekä tekijän ehtiminen *varttuneeseen ikään ilman, että häntä olisi rikoksista rekisteröity.*[13] Yhdessä tapauksessa vähemmistö olisi pitäytynyt nuoruuden ja ensikertalaisuuden luomassa ehdollisuuspresumptiossa tukemalla sitä lisäksi teon aiheuttamien seurausten vähäisyydellä.

---

[12] Tilastotiedot on kerätty ja muokattu virallisen tilaston sarjasta XXIII:B 120 ja kuvaavat siten vuoden 1984 tilannetta.

[13] Tässä ajatus siis oli, ettei näin saavutettua suotuisaa elämäntilannetta pitäisi ilman erityisen painavia syitä tuhota vankeuden tuomin haittavaikutuksin.

Ainoassa ehdolliseen vankeuteen päätyneessä ratkaisussa syytetty oli sekä ensikertalainen että nuori henkilö. Tässä tilanteessa teon törkeys ei riittänyt ehdollisuuspresumption kumoamiseen mm. tekijän *oman osuuden vähäisyyden* vuoksi. Vähemmistö olisi tosin tässäkin tapauksessa päätynyt ehdottomaan vankeusrangaistukseen. Tätä ratkaisuaan se puolusti kiinnittämällä huomionsa teon törkeyteen *kokonaisuudessaan* ja korostamalla, kuinka *useamman tekemällä po. lajin rikoksella on erityisen pitkäaikaiset ja haitalliset vaikutukset uhrin mielentilaan*. Kiinnittäessään huomionsa *syytetyn omaan osuuteen tapahtumasarjassa* on enemmistö ollut samalla kannalla ainakin kirjallisuudessa edustetun osallisuusopin kanssa: ratkaisevana on kumppanin osuus kokonaisteosta, ei yksin kokonaisteon törkeys.

Näiden ratkaisujen perusteella on selvää, että esim. aikaisempi syyllistyminen po. rikoksiin johtaa tässä törkeysluokassa ehdottomaan vankeusrangaistukseen. Puolentoista vuoden vankeusrangaistusten ehdollisuuden edellytyksenä väkisinmakaamisjutuissa on siis ainakin ensikertalaisuus. Tätä voi kuvata kuitenkin vasta välttämättömäksi ehdoksi. Presumptio kääntyy ehdollisen puolelle vasta, kun ensikertalaisuus saa tuekseen nuoren iän eikä tekoon liity muita raskauttavia piirteitä (rikoksessa useita osallisia, kohdistuminen täysin viattomaan ulkopuoliseen uhriin tms.). Rajatapauksissa on lisäksi kiinnitettävä huomiota mahdolliseen tutkintavankeusaikaan (samoin kuin muihin teon ulkopuolisiin poikkeusperusteisiin). On myös muistettava mahdollisuus tuntuvan (80—120 ps) oheissakon käyttöön.

Näiden ratkaisujen suhteuttamiseksi väkisinmakaamisrikosten keskimääräistapauksiin on seuraavassa taulukossa alioikeustiedot vuodelta 1984.

Taulukko 5. Väkisinmakaamisrikosten rangaistukset v. 1984

		Ehdoton vankeus	Ehdollinen vankeus
Kpl.		43	29
Keskiarvo kk:	täytetty	19.9	10.0
	yritys	10.1	7.6
Mediaani.kk.	täytetty	18.0	10.0
	yritys	9.5	8.0
RL 3:2 yhteensä		4	5
RL 6:2 yhteensä		12	—

Väkisinmakaamisrikoksista tuomittujen ehdottomien vankeusrangaistusten keskipituus sijoittuu puolentoista vuoden paikkeille. Sen sijaan ehdollisten van-

keusrangaistusten, joita on tapauksista vähemmistö (40 %), keskipituus jää hieman alle yhden vuoden. On siten ilmeistä, että prejudikaattien kattamat tapaukset edustivat törkeydeltään melko hyvin niitä tekomuotoja, jotka yleensäkin johtavat ehdottomaan vankeusrangaistukseen. Toisaalta nuorten henkilöiden tuomitseminen ehdottomaan vankeuteen on ilmeisen harvinaista. Vuonna 1984 alioikeudet antoivat 4 tällaista ratkaisua. Tässä mielessä prejudikaatit edustavat pientä ja suhteellisen harvinaista ryhmää. Kaiken kaikkiaan on huomattava, että tässäkin rikostyypissä on mahdollista päätyä alle vuoden ehdollisiin vankeusrangaistuksiin, ei kuitenkaan niissä tekomuodoissa, joita KKO:n ratkaisut edustavat. Asian lähempi tarkastelu edellyttäisi kvantitatiivisia alioikeusselvityksiä.

4.5.3. Muut väkivaltarikokset

Muista väkivaltarikoksista langetetut ehdottomat vankeusrangaistukset olivat pituudeltaan 7 kk—1 v 10 kk ja ehdolliset vastaavasti 8 kk—1 v 2 kk. Yksittäisteoista langetetut[14] ehdottomat vankeusrangaistukset on luokassa 7—9 kk tuomittu ehdottomina vetoamalla tekijän uusimiseen ja teon törkeyteen. Yhdistetyissä — lähes kahden vuoden vankeusrangaistuksissa — ehdotonta puolustettiin vain viittaamalla teon vaarallisuuteen. Voi siis päätellä, että *ensikertalaisuus ei enää välttämättä riitä jälkimmäisellä tasolla ehdollisen perusteeksi*, kun taas *ensin mainitulla tasolla (7—9 kk) ehdoton vaatii aikaisempaa rikollisuutta*. Presumptiota voi tarkentaa nojaamalla väkisinmakaamisrikoksia koskeviin tapauksiin. Ei ole mitään syytä kohdella esim. pahoinpitely- tai ryöstörikoksia tässä suhteessa sen ankarammin tai lievemmin kuin väkisinmakaamisrikoksia (esim. tekojen motivaatiotausta on impulsiivisuudessaan ja alkoholin käytön osalta usein verraten samantapainen). Näillä perusteilla voi siis esittää, että ensikertalaisuus vie rangaistuksen ehdollisen puolelle vielä puo-

[14] Presumptioita hahmotettaessa on syytä erottaa toisistaan yksittäisrikokset ja yhdistetyt rangaistukset. Kun pohdittavana on *rikoksen törkeyden* merkitys rajanvedossa ehdollinen/ehdoton, voi hyvin kuvitella että esim. yksittäisteko, joka johtaa 1 v 6 kk:n vankeusrangaistukseen vaatii tämän ominaisuuden vuoksi ehdotonta vankeutta eri tavalla kuin esim. samaan yhdistettyyn rangaistusmäärään johtaneiden neljän rikoksen vastaavat ominaisuudet. Vaikka jälkimmäisessä tapauksessa *teon törkeys* ei ehkä edellyttäisikään vankeuden määräämistä ehdottomaksi, saattaa siihen antaa aiheen rikosten useammuus, joka implikoi, ettei kyse ole satunnaisesta rikokseen lankeamisesta. Jos tarkastelu painottuu sen pohtimiseen, *millä rangaistusalueella presumptiot vaihtavat suuntaa*, voisi siis sanoa, että reaalikonkurrenssisarjoissa uusimisvaikutuksen kaltainen vasta-argumentti eräässä mielessä kompensoi törkeyteen liittyvän näkökohdan heikentyneen tehon. Tämän vuoksi ei yksittäistekoja ja reaalikonkurrenssisarjoja ole systemaattisesti pidetty erillään, joskin olosuhteesta on aina pyritty liittämään mukaan maininta.

lentoista vuoden vaiheillakin — etenkin jos kyse on nuoremmista rikoksentekijöistä. Tällä alueella aiheen kannalta relevantti aikaisempi rikollisuus johtaa rangaistuksen määräämiseen ehdottomaksi.

Muiden kuin ensikertalaisten ryhmässä teon törkeyden ja tekijän iän ohella ratkaisun sanelee tietysti myös aikaisemman rikollisuuden laatu. Voinee kiinnittää huomiota KKO:n ratkaisun 1985 II 4 vähemmistöperusteluihin. Vähäinen ja satunnainen uusiminen ei ainakaan alle vuoden vankeusrangaistukseen johtaneissa tapauksissa välttämättä implikoi ehdotonta vankeutta, ei etenkään, jos tilanteeseen soveltuu jokin ulkopuolinen lievennysperuste, tai jos kyse on nuoresta henkilöstä. Uusimisen lisääntyminen johtanee väkivaltarikoksissa kuitenkin jo alueella 8—9 kk melko nopeasti ehdottomiin vankeusrangaistuksiin. Siihen, kuinka menetellään rangaistusaikojen tästä laskiessa, saadaan vastaus vain kvantitatiivisin analyysein.

Tapausten suhteuttamiseksi normaalirikoksiin ja niistä tuomittuihin keskirangaistuksiin on taulukkoon kerätty tiedot ryöstö- ja pahoinpitelyrikosten rangaistusjakautumista eräiden tavallisimpien muuttujien mukaan.

Taulukko 6. Pahoinpitely- ja ryöstörikosten vankeusrangaistukset v. 1984

	Ehdoton		Ehdollinen	
	Kpl	Med.kk	Kpl	Med.kk
Ryöstörikokset				
- RL 31:1 Täytetty	290	10.0	144	7.0
Yritys	30	7.0	22	4.5
- RL 31:2 Täytetty	36	28.0	12	14.0
Yritys	5	22.0	—	—
- RL 31 luku yhteensä	474		291	
— niistä RL 3:2	38		127	
— niistä RL 6:2 (4k)	227		2	
Pahoinpitelyrikokset				
- RL 21:5	908	2.0	908	2.0
- RL 21:6 Täytetty	364	10.0	283	7.0
Yritys	43	4.0	34	5.0

4.5.4. Omaisuusrikokset

a) *Veropetokset.* — Ehdottoman ja ehdollisen vankeuden raja tuntuu liikkuvan n. 10 kk:n vaiheilla siten, että tätä ennen ensikertalaisuus on riittänyt eh-

dollisen rangaistuksen perusteeksi. Rajan tultua ylitetyksi presumptio myös ensikertalaisia tuomittaessa on ehdoton vankeus, jollei tapaukseen sitten liity jotakin muuta ehdollisen puolesta puhuvaa (esim. heikko terveys). Ylikorkojuttujen osalta raja ensikertalaisia tuomittaessa kulki käytännössä noin 400 000 mk:n petosten molemmin puolin. Muissa — tekotavaltaan usein raffinoidummissa — verorikoksissa jo vähäisemmätkin summat nostavat rikoksen törkeysluokkaan, jossa ensikertalaisuuden luoma presumptio ehdollisuuden puolesta on jo menettänyt tehonsa. Tapausten vähälukuisuuden johdosta tämänkaltaisten rikosten arvosteluperiaatteita hahmotettaessa joudutaan turvaamaan muista omaisuusrikoksista — etenkin kavalluksista — annettuihin ratkaisuihin.

b) *Kavallukset.* — Kavallukset keskittyivät liikkeen kassanhoitajien tekemiin rikoksiin. Näissä tapauksissa onkin ilmeisesti mahdollisuus yltää summiin, joissa pohdittavaksi tulee ehdottoman vankeuden mahdollisuus ensikertalaisuudesta huolimatta. Tapausten rangaistusajat vaihtelivat välillä 1 v—1 v 10 kk, ilman, että rikosten välillä oli olennaisia eroja. On toisaalta ymmärrettävää, että tämänkaltaisissa harvinaislaatuisissa rikoksissa mittaustulokset vaihtelevat.

Ratkaisujen perusteella näyttää ilmeiseltä, etteivät ensikertalaisten tekemät kavallusrikokset johda ehdottomaan vankeusrangaistukseen omaisuusarvojen jäädessä vielä alle 300 000 markan (200 000—400 000 mk). Kahdessa tällaisessa tapauksessa puolustuksella oli tosin esittää hyvä joukko muitakin perusteita ehdollisuuden tueksi. Kolmas ratkaisu (THO 1313/1984) päätyi taas vastaavaan lopputulokseen varsin niukoin syin. Ensikertalaisuus ja vahinkojen korvaaminen riitti perustelemaan rangaistuksen ehdollisuuden. Näistä etenkin jälkimmäinen on perusteena pulmallinen. Esim. 300 000 mk:n vahinkojen korvaaminen kertasuorituksena edellyttää vankkaa taloudellista asemaa ja onnistuu vain harvoilta. Vahinkojen hyvittämisen merkitys tulisi siis tässä, kuten muutoinkin, arvioida tekijän kyvyn mukaan.

Puolentoista vuoden rangaistusajat eivät edellytä ensikertalaiselle vielä ehdotonta vankeutta. Tätä lyhyemmät vankeusrangaistukset määrätäänkin ehdottomiksi lähinnä uusimisen perusteella. Viittaan tältä osin varkausrikoksia koskeviin tuloksiin.

c) *Varkausrikokset.* — Varkausrikoksissa ylletään harvemmin samoille markkamääräisille lukemille kuin kavalluksissa, etenkin jos tekijänä on ensikertalainen. Näin tämän rikostyypin yhteydessä ei ylipäätään pääse syntymään senkaltaista tilannetta, joita suurin osa nyt tarkastelluista tapauksista valaisee (siis

vaihetta, jossa teon törkeys kääntää ensikertalaisuuden ja mahdollisesti myös nuoruuden muodostaman ehdollisuuspresumption ehdottomaksi). Ratkaisussa HHO 2012/1983 yhdistetty vajaa kahden vuoden vankeusrangaistus määrättiin kuitenkin ensikertalaiselle rikoksentekijällä ehdottomaksi siitä huolimatta, että osa rikoksista oli tehty nuorena henkilönä. Perusteluna olivat auton käyttö rikosten toteuttamiseen, murtautuminen, tekeminen pitkän ajanjakson kuluessa sekä aiheutetut vahingot sekä teosta tuomitun rangaistuksen pituus.

Tapaukselle voi hakea vertailukohdetta lähinnä eräistä KKO:n taltioista. Ratkaisuissa KKO 3713/1980 ja 2283/1981 ensikertalaiset rikoksentekijät tuomittiin useista kymmenistä omaisuusrikoksista hovioikeudessa pituudeltaan 1 v 1 kk—1 v 10 kk ehdottomiin yhdistettyihin vankeusrangaistuksiin. KKO muutti rangaistukset ehdollisiksi. Näitä päätöksiä selittää osaksi myös asian käsittelyyn KKO:ssa kulunut pitkä aika (4—5 vuotta). Se ei kuitenkaan selitä ratkaisua KKO R80/240/79, jossa 35 000 mk:n törkeästä varkaudesta sekä useista pienemmistä rikoksista langetettu 1 v 7 kk:n ehdoton vankeusrangaistus määrättiin KKO:ssa ehdolliseksi, vaikkei tekijä ollut teknisesti edes ensikertalainen.[15]

On merkillepantavaa, että kaikki tapaukset ovat koskeneet tekosarjoja. Niissä päädyttäneen uusimisvaikutuksen vuoksi yksittäistekoja ehkä hieman herkemmin ehdottomiin vankeusrangaistuksiin. Reaalikonkurrenssisarjat ovatkin käytännössä ainoa tilanne, jossa varkausrikosten rangaistusajat kohoavat alueilla, joilla ensikertalaisuuden ehdollisuuspresumptio saataa kaatua. Käytännön lajivalintaongelmat ovat kuitenkin muualla — nimittäin *tilanteissa, joissa uusija tuomitaan vähäisemmistä varkausrikoksista tuon teon normaalirangaistuksiin* (2—5 kk, RL 28:1, ja 8—12 kk, RL 28:2). Tällöin ehdollisuuden estää ensisijaisesti — jollei yksinomaisesti — tekijän aikaisempi rikollisuus. Sen merkityksen kartoitus jätetään kuitenkin kvantitatiivisten tarkastelujen varaan.

Nyt saatujen tulosten suhteuttamiseksi po. rikosten yleisiin rangaistusjakautumiin liitetään loppuun vielä seuraavat keskirangaistustiedot.

[15] Tosin aikaisemmat rikokset olivat aiheen kannalta vailla merkitystä (rattijuoppous v. 1958 ja 1971, ks. selostuksia NU 1984:2 s.106—107).

Taulukko 7. Omaisuusrikosten keskirangaistustietoja v. 1984

	Ehdoton			Ehdollinen			Sakko		
	N		%Med.kk	N		%Med.kk	N		%Med.ps.
Varkausrikokset									
— RL 28:1 Täytetty	(6186)	42.1	3.0	(4298)	29.2	2.0	(4226)	28.8	30.0
Yritys	(1165)	47.9	2.0	(444)	18.2	1.0	(824)	33.9	25.0
— RL 28:2 Täytetty	(953)	72.4	10.0	(362)	27.5	7.0	(2)	0.1	. .
Yritys	(93)	67.9	7.0	(34)	24.8	4.0	(10)	7.3	40.0
Kavallukset									
— RL 29:1	(167)	21.9	2.0	(171)	22.4	3.0	(426)	55.7	30.0
— RL 29:2	(24)	36.4	10.0	(42)	63.6	9.0	—		—
Petokset									
— RL 36:1 Täytetty	(1837)	48.8	3.0	(727)	19.3	2.0	(1203)	31.9	30.0
Yritys	(68)	37.0	2.0	(26)	14.1	2.5	(90)	48.9	25.0
— RL 38:11[1]	(14)	1.6	2.5	(41)	4.6	4.0	(839)	93.8	20.0
— RL 38:11[2]	(26)	25.5	9.0	(72)	70.6	8.0	(4)	3.9	. .

Varkauden (RL 28:1) normaalirangaistuslaji on vankeus, joista n. 60 % määrätään ehdottomaksi. Keskirangaistukset ovat 2—3 kk. Törkeän varkauden rangaistuksista 70 % on ehdottomia ja keskipituus 10 kk. Jo tällä perusteella näyttää ilmeiseltä, että lajivalinta ehdollisen ja ehdottoman vankeuden välillä näissä rikoksissa ratkeaa muiden kuin rikoksen törkeyteen liittyvien perusteiden nojalla. Kavallusten (RL 29:1) normaalirangaistuslaji on sakko (56 %). Törkeän kavalluksen normaalirangaistuslaji on ehdollinen vankeus (2/3), mikä antaa aiheen olettaa, että uusiminen tässä rikoslajissa on varkausrikoksia vähäisempää. Petoksen perusmuodon normaalirangaistuslaji on niin ikään sakko (noin 1/2). Veropetoksen perusmuodon ehdoton normaalirangaistuslaji on sakko (95 %), törkeästä veropetoksesta tuomitaan vuorostaan yleensä ehdollista vankeutta (70 %). Tähän pätee jo kavallusrikoksista esitetty.

Rangaistusjakautumat osoittavat yleisesti, että ylempien oikeuksien ratkaisut ovat koskeneet rikosten kaikkein törkeimpiä muotoja. Niistä ei voi tehdä normaalirangaistuksia koskevia päätelmiä. Sen sijaan ne osoittavat, missä kulkee ehdollisen ja ehdottoman vankeuden raja teon törkeyden kohotessa sellaiseksi, että myös ehdottoman vankeuden käyttö tulee ajankohtaiseksi tekijäryhmissä, joihin normaalisti sovelletaan ehdollista vankeutta.

4.5.5. Vakavat liikennerikokset

a) *Kuolemantuottamus ja rattijuopumus.* — Viimeinen yhtenäinen rikosryhmä kattoi vakavat liikennerikokset. Tähän kuuluivat ennen kaikkea liikenteen kuolemantuottamustapaukset, sekä erilaiset törkeän rattijuopumuksen ja (törkeän) liikenteen vaarantamisen muodot.

Törkeästä rattijuopumuksesta ja (törkeästä) kuolemantuottamuksesta annetut prejudikaatit toteuttavat jo hahmotettua yleistä linjaa: teon ulkoinen törkeys (vahingollisuus ja vaarallisuus) on kumonnut tekijän henkilöön ja hänen taustaansa perustuvan presumption ehdollisen puolesta. Kaikkein vakavimmassa tapauksessa (törkeä kuolemantuottamus, törkeä rattijuopumus ja törkeä varomattomuus liikenteessä, 1 v 10 kk, KKO 1981 II 173), nämä toiseen suuntaan puhuvat piirteet koettiin niin painaviksi, ettei teonpiirteiden tarkempaa erittelyä perusteluissa pidetty tarpeellisena. Ratkaisuissa todettiin vain lyhyesti, kuinka "tämänlaatuisista" teoista on määrättävä ehdoton vankeusrangaistus ensikertalaisellekin, jollei tapauksessa ole "erittäin painavia vastasyitä". Seuraavassa jonkin verran lievemmässä tapauksessa (kuolemantuottamus, törkeä rattijuopumus ja liikennepako, 6 kk 15 p, KKO 1981 II 175), teon ominaisuuksia kuvattiin jo tarkemmin (humalatilan vahvuudesta esitetty selvitys, ajoneuvon laatu (raskas tiekone) sekä liikenteelliset olot). Myös tässä ehdollisen tuomitseminen ensikertalaiselle olisi edellyttänyt "erittäin painavia vastasyitä". Esimerkkeinä tällaisista vastasyistä voisi pitää ehkä KKO:n kolmannen — julkaisemattoman — ratkaisun (KKO 3059/1978) perusteluja, joissa po. rikosyhdistelmästä hovioikeudessa ensikertalaiselle langetettu 1 v 8 kk:n vankeusrangaistus alennettiin 10 kk:n ehdolliseksi rangaistukseksi perustellen muutosta ensikertalaisuuden ohella kuukauden kestäneellä tutkintavankeusajalla.

Kahden viimeksi mainitun tapauksen määrätty erisuuntaisuus vaikeuttaa yhtenäisen linjan hahmottamista kuolemantuottamustapauksissa. Toisaalta ratkaisussa 1981 II 175 KKO:n kädet olivat osittain sidotut rangaistusmäärän (6 kk 15 p) osalta (valittajana vain syytetty), joten päätelmiä vankeusrangaistuksen pituuden ja ehdollisuutta koskevan ratkaisun suhteista on tehtävä varoen. Myöhemmät alioikeustiedot (osa II) huomioon ottaen näyttäisivät seuraavat tulkintalinjat puolustettavilta:

Milloin kyse on tavallisesta RL 23:1:n mukaisesta rattijuopumuksesta ja kuolemantuottamuksesta ilman, että tekijän menettely liikenteessä on ollut törkeän huolimatonta, rangaistusvyöhyke sijoittuu 6—8 kk:n vaiheille ja presumptio ainakin ensikertalaisten kohdalla on ehdollisen vankeuden puolella. Jos kyse on törkeästä rattijuopumuksesta, ja etenkin jos tekijän menettely on ollut törkeän huolimatonta tai piittaamatonta ja syyksi luetaan törkeä kuolemantuot-

tamus ja/tai törkeä liikenteen vaarantaminen, rangaistusajat kohoavat helposti jo puolentoista vuoden vaiheille. Tällöin presumptio ensikertalaisiakin tuomittaessa on ehdottoman vankeuden puolella. Ehdolliseen oikeuttaisivat lähinnä poikkeukselliset teon ulkopuoliset olosuhteet (mm. pitkä tutkintavankeusaika).

b) *Rattijuopumusrikokset.* — Aineistoon kuului tapauksia sekä KKO:sta että hovioikeuksista. Niitä keskenään verrattaessa havaitaan merkittävä ero. *Hovioikeus on kaikissa tapauksissa perustellut rangaistuksen ehdottomuutta vetoamalla joko yksin uusimiseen tai uusimiseen ja teon törkeyttä määrittäviin piirteisiin* (ajotapaan, ajo-olosuhteisiin, verenalkoholiin jne). KKO on sen sijaan *kaikissa tapauksissa tuominnut ehdotonta vankeutta ensikertalaiselle kumoten ensikertaisuuden luoman ehdollisuuspresumption teon törkeyttä määrittävin piirtein* (verenalkoholi, ajoneuvon laatu, aiheutettu vaara, ajomatka jne).

Rakenteellisesti käytäntö siis noudattaa jo usein toistunutta linjaa. Erot ovat sisällölliset. Jotta teon törkeys kumoaisi muissa rikoksissa ehdollisuuspresumption, tuli *rangaistusaikojen kohota usein jopa puolentoista vuoden vaiheille.* Rattijuopumuksissa rangaistusajat liikkuivat taas 2—5 kk:n vaiheilla. Törkeissä veropetoksissa teon törkeys presumoi KKO:n oman käytännön mukaan ensikertalaisille ehdottoman vankeuden vasta kun ylitetään 8 kk:n rangaistustaso. Varkaus-, kavallus-, väkivalta- ja väkisinmakaamisrikoksissa ensikertalaisuus yhdistettynä nuoruuteen pitää yllä ehdollisuuspresumptiota usein vielä puolentoista vuoden vaiheillakin. Tältä kannalta on vaikea ymmärtää, miksi ensikertalaisen nuoren henkilön rattijuopumusrikos, jonka törkeys rangaistusajoin mitattuna edellyttää esim. 4—5 kk:n vankeusrangaistusta, voidaan rangaista ehdollisin vankeusrangaistuksin vain, jos on esittää "erityisiä syitä" tuon päätöksen tueksi, kun muissa rikoksissa monin verroin ankarampaan rangaistukseen tuomittaessa vaaditaan erityisiä syitä, jotta tekijä voidaan tuomita ehdottomaan vankeuteen.

Tämän epäjohdonmukaisuuden selittää kaikesta päättäen vain se, että rattijuopumusrikokset on asetettu ehdollisen ja ehdottoman vankeuden soveltamiskynnyksen suhteen muista rikoksista poikkeavaan asemaan. Rikostyypin rangaistuskäytännön historian valossa tämä tuskin on mikään yllätys. Toisaalta EhdL:n esitöiden — eduskunnan lakivaliokunnankin — nimenomaisesti vahvistama ja selkeä kanta oli, ettei rikostyyppejä tulisi asettaa toisistaan poikkeavaan asemaan (ks. edellä jakso 2.1.). *Heinonen* kylläkin ennakoi tulevaa tilannetta ilmeisen realistisesti todetessaan, että "kuitenkin rikostyypillä tullee vastaisuudessakin olemaan merkitystä myös rangaistuslajin valinnassa" (*Heinonen* 1976 s.149). Yhtenä esimerkkinä hän mainitsi juuri rattijuoppouden, mitä

Heinosen mukaan voisikin pitää jossain määrin ymmärrettävänä, ottaen huomioon rikoksen "määrällinen esiintymistiheys ja sen vaarallisuus" (mts.149). Kirjoituksessa *Lindholm* 1980 (s. 117) torjutaan kuitenkin yksiselitteisesti käsitys, jonka mukaan "määrätyntyyppisistä rikoksista tulisi säännönmukaisesti tuomita ehdottomaan vankeusrangaistukseen". — Kuinka siis tulisi suhtautua KKO:n ehkä odotettuun, mutta esitöiden sanamuodon kanssa ristiriitaiseen käytäntöön?

Rangaistuksen mittaamista koskevia ongelmia ei voi ratkoa dogmeihin tai auktoriteettilähteisiin vedoten. Ehdottoman vankeusrangaistuksen runsaampaa käyttöä ratijuopumusrikoksissa ei myöskään voi puolustaa viittaamalla vanhemman oikeuskirjallisuuden kategorisiin ja suurelta osin perustelemattomiin kehoituksiin välttää ehdollisen rangaistuksen käyttöä tästä rikoksesta tuomittaessa (erit. *Ellilä* 1974 s.131 ja *Nousiainen* 1976 s.113). Toisaalta esitöidenkään kantaa eri rikosten samanarvoisuudesta ei voi pitää sen painavampana kuin sen taakse esitettäviä reaalisia ja kriminaalipoliittisia argumentteja yleisesti. Toisin sanoen on pohdittava, *onko yleisestävyyden näkökulmasta perusteltua asettaa rattijuopumusrikokset tässä muista rikoksista poikkeavaan asemaan.* Poikkeavatko rattijuopumusrikokset muista rikoksista tavalla, joka oikeuttaa käyttämään niiden yhteydessä ehdotonta vankeutta keskimääräistä herkemmin ?

Heinonen tuntui pitävän tällaisena syynä rikosten suurta lukumäärää ja niiden vaarallisuutta. Toisaalta omaisuus- ja väkivaltarikokset ovat nekin huomattavan tavallisia, eikä yksittäinen rattijuopumusrikos ole mitenkään sen vaarallisempi tai vahingollisempi kuin yksittäinen pahoinpitelyrikos (päinvastoin). Perustelujen, jos sellaisia on, tulisi löytyä siis muualta. Tarkasteltaessa kysymystä yleisestävyyden kannalta on syytä erottaa argumentit, jotka pohjaavat välilliseen preventioon ja integraatiovaikutukseen, sekä näkökohdat, jotka ovat johdettavissa välittömästä preventiosta ja pelotusvaikutuksesta.

Realistisella pohjalla pysyttelevä yleisestävä argumentaatio edellyttää jotain muuta kuin arvailua yksittäisen ratkaisun preventiovaikutuksista. Näin on asia ymmärretty myös EhdL:n esitöissä. Rangaistuksen ehdottomuus aiheutuu niiden mukaan siitä, että ehdollinen rangaistus tuossa erityisessä tapauksessa "heikentäisi kunnioitusta lakia kohtaan" (HE 108/1975 II vp.s.3). Lainkunnioituksen ylläpitäminen edellyttää ratkaisuilta riittävää vastaavuutta oikeustajunnan kanssa. Oikeustajunta taas kytkee yhteen rangaistuksen ankaruuden ja rikoksen (ulkoisen) törkeyden. Näin ollen teon moitittavuutta määrittävät perusteet ovat osa integraatioprevention edellyttämiä syitä. Ne ovat tarkoituksenmukaisuusperusteita myös laajemmassa mielessä. Olettaen käytössä

olevat rangaistusresurssit annetuiksi ja kysyttäessä rationaalisinta tapaa niiden jakamiseksi, on järkevää kytkeä ankarat (ts. ehdottomat) rangaistukset haitallisempiin tekoihin yksinkertaisesti sen vuoksi, että on tärkeämpää ehkäistä vakavia kuin vähemmän vakavia rikoksia.

Välillisen prevention kannalta päädytään kysymään, heijastaako ehdollisen ja ehdottoman vankeuden käyttö todella rikosten moitittavuutta ja törkeyttä; kuinka johdonmukainen käytäntö on oikeustajunnan vaatimuksia tulkitessaan ja niistä tarpeen mukaan joustaessaan. Kun käsillä on hyvät perusteet, on järkevää poiketa yleisön vaatimuksista, jopa integraatioprevention lievän heikkenemisen kustannuksellakin. Tästä voi pitää esimerkkinä törkeätä veropetosta koskevaa ratkaisua KKO 1985 II 117, jossa KKO vastoin hovioikeuden ja rangaistusmielisen yleisön kantaa määräsi aikaisemmalle käytännölle johdonmukaisena lähes 300 000 mk:n törkeästä veropetoksesta tuomitun rangaistuksen ehdolliseksi. Kun yleisen lainkunnioituksen ylläpitämisen vaatimuksen katsotaan kestävän *tällaisen* ratkaisun (josta tehtiin ilmoitus YK:n ihmisoikeuskomissiolle), voi kysyä, oliko tuon saman lainkunnioituksen ylläpitämiseksi välttämätöntä määrätä 16-vuotias törkeään rattijuopumukseen ja törkeään liikenteen vaarantamiseen syyllistynyt nuori ehdottomaan vankeusrangaistukseen kuten meneteltiin tapauksessa KKO 277/1984.[16]

Integraatiopreventio ei käsittääkseni oikeuta rattijuoppojen erityiskohteluun. Nämä rikokset tosin koetaan yleisön keskuudessa huomattavan moitittavina ja yleisön rangaistusvaateet ovat siten korkealla. Toisaalta näitä vaateita selittää myös tietämättömyys teon todellisesta rangaistustasosta, tyyppimuodoista ja sen edustamasta liikenneriskistä.[17] Jos hyväksytään lähtökohta, jonka mukaan rangaistuksen käytön perustaksi ei kelpaa positiivisen moraalin voimaansaattaminen ja tukeminen vaan ennen kaikkea rikosten aiheuttamien haittojen vähentäminen, on tässä tilanteessa pyrittävä pikemminkin yleisen mielipiteen valistamiseen kuin sen vaatimusten mekaaniseen seuraamiseen.

Pelotusprevention kannalta tilanne saattaa kuitenkin joiltain osin näyttää

---

[16] Sama kysymys voidaan esittää koskemaan myös eräitä muita KKO:n ratkaisuja. Veropetospäätökseen verrattessa voidaan siis kysyä, edellyttikö "yleisen lainkuuliaisuuden ja kunnioituksen ylläpitäminen" päätöstä, jolla nuoren henkilön leikkipistoolilla tekemästä 800 mk:n nakkikioskiryöstöstä hovioikeudessa langetettu ehdollinen rangaistus muutettiin ehdottomaksi, kun teosta oli kulunut jo puolitoista vuotta ja rikoksentekijä oli vakiinnuttanut olonsa sekä päässyt irti rikoskierteestä (KKO 1985 II 4).

[17] Rattijuopot puhuttavat yleisöä ennen kaikkea lehdistön näkyvästi julkaisemissa törkeissä kuolemantuottamustapauksissa. Niiden myötä myös kuva tyypillisestä rattijuoposta yhdistetään tähän tekomuotoon. Kun yleinen käsitys lisäksi on, että "rattijuopot selviävät sakoilla", on ymmärrettävää, että "ihmisen tappamisesta autolla" vaaditaan sakkoja ankarampia rangaistuksia.

toiselta. Eräänä syynä, joka jossain määrin oikeuttaa laskemaan ehdottoman vankeuden kynnystä, näkisin käsiteltävän rikoksen liittymisen ”tavallisen ihmisen” elämänkuvioihin muista rikoksista poikkeavalla tavalla — tavalla, joka on jossain määrin analoginen esim. verorikosten kanssa. Ihmisten jokapäiväisten toimintojen yhdistäminen harvemmin johtaa riskiin syyllistyä ryöstöihin tai väkisinmakaamisiin, sen sijaan autolla ajaminen ja alkoholin nauttiminen ovat erikseen itsessään usein toistuvia elämäntilanteita. Riski syyllistyä tähän rikokseen toteutuu usein myös tavallisen ihmisen jokapäiväisissä toiminnoissa, eikä sen vastamotiiveiksi ole asettaa senkaltaisia yleisesti sisäistettyjä normeja, jotka pidättävät yleensä ihmisiä loukkauksista, joiden kohteena on toisten ruumiillinen koskemattomuus, omaisuus, seksuaalinen itsemääräämisoikeus jne. Sanonta ”jokainen on potentiaalinen veronkavaltaja” pätee suurelta osin myös tähän rikokseen — joskin moraalia luovan vaikutuksen kautta yhä vähemmän ja vähemmän. Muodollinen sanktiouhka on tämän vuoksi tarpeen suuremmassa määrin kuin muissa rikoksissa.

Voi siten otaksua, että mikäli oikeuskäytäntö noudattaisi sääntöä, jonka mukaan ensikertalaisen tekemä rattijuopumusrikos *poikkeuksetta ja aina* johtaisi ehdolliseen vankeusrangaistukseen, sillä olisi haitallinen vaikutus rangaistuksen pelotetehoon. Tälle väitteelle ei ole pitävää empiiristä tukea, mutta sitä voitaneen pitää tästä huolimatta uskottavana. Toisaalta subjektiivinen epävarmuus sanktion laadusta syntyy verraten niukoin poikkeamisin perussäännöstä. Riittää, että ehdotonta käytetään vain kaikkein törkeimmissä tapauksissa. Sellaiseksi voi hyvin katsoa KKO:n ratkaisussa 1984 II 72 tarkoitetun tilanteen, jossa linja-auton kuljettaja vaaransi vakavasti usean matkustajan hengen kuljettaessaan poikkeuksellisen vahvassa humalassa liikenteessä olevaa linja-autoa. Sellaisena voisi edelleen pitää törkeää piittaamattomuutta liikenneturvallisuudesta osoittavaa ajotapaa, etenkin, milloin huomattavan korkea verenalkoholipitoisuus teki vakavien seurausten synnyn huomattavan todennäköiseksi. Tällaisesta poikkeustapauksesta ei käsittääkseni ollut kysymys ratkaisussa 1981 II 174. Sen sijaan ajotapa huomioon ottaen ratkaisun KKO 277/1984 tilanne loi jo tällaisen liikenneriskin, mutta tekijän nuoruutta olisi hyvin voinut pitää seikkana, joka olisi palauttanut ensikertaisuuteen perustuvan ehdollisuuspresumption takaisin voimaan (kuten vähemmistön lausumassakin todettiin).

On perusteita uskoa, että yleinen tuomitseva suhtautuminen rattijuopumuksiin jo nykyisellään yhdessä kohonneen kiinnijoutumisriskin kanssa oikeuttaa asettamaan erittäin vahvan ensikertaisuuteen perustuvan ehdollisuuspresumption. Pelotusvaikutuksen ylläpitämiseksi yleisön on kuitenkin hyvä tietää, et-

tei tuo presumptio ole poikkeukseton. Se murtuu milloin liikennekäyttäytyminen osoittaa törkeää piittaamattomuutta toisten liikenneturvallisuudesta, tai milloin teolla muutoin on vakavat seuraukset — ja niiden mahdollisuutta ei kukaan humalassa liikenteeseen lähtevä (rattijuoppona ensikertalainenkaan) autoilija voi ennakolta varmuudella sulkea pois.

5. Loppuhuomautuksia

5.1. Hieman perustelutekniikasta

Suomalaisia tuomioistuimia on perinteisesti moitittu siitä, etteivät ne perustele rangaistuksen määräämistä koskevaa päätöstään. Rangaistuksen mittaaminen lieneekin harvoja teemoja, joista vielä 1960-luvulla oli mahdollista laatia positiivisoikeudellinen väitöskirja ilman ainuttakaan oikeustapausviittausta (*Nousiainen* 1961). Jo läpikäyty aineisto osoittaa po. suhteessa tapahtuneen muutoksen. Etenkin lajivalintaa koskevien perusteltujen ratkaisujen määrä on viimeisen vuosikymmenen aikana nopeasti lisääntynyt.

Oikeustieteen tehtäviin kuuluu mm. ratkaisuperusteiden analysointi ja systematisointi yleislinjojen hahmottamiseksi. Tähän liittyy myös perusteiden kriittinen tarkastelu sekä sisällöllisessä että teknisessä mielessä. Jälkimmäiseltä kannalta on tärkeätä, ettei perusteluissa langeta helposti toistettaviin ja todelliset ratkaisuperusteet kätkeviin fraaseihin ja fasadiperusteluihin. Tämä vaara on ainakin saksalaisella kielialueella yleisesti tunnettu (ks. *Bruns* 1974 s.127). Kun tuomioistuimet ovat tähän saakka joutuneet toimimaan ilman "malleja", ei tällaisesta menettelystä toistaiseksi ole ollut pelkoa. Tutkimuksessa läpikäydyt perustelut ovat selvästi omaehtoisen ajattelun tulosta ja tuonevat kyllä ilmi seikkoja, joilla on ollut myös reaalinen merkitys lopputuloksen kannalta. Perustelujen lukumääräisesti kasvaessa lisääntyy myös houkutus kaavamaisten standardisanontojen toistoon. Sen vuoksi onkin lopuksi hieman syytä analysoida eri tapoja perustella ehdottoman vankeuden käyttöä uusimiseen vedoten. Tapausaineisto tarjosi tässä kolme vaihtoehtoista "mallia".

(1) "Koska A on aikaisemmin viisi kertaa tuomittu ehdolliseen vankeusrangaistukseen . . . yleisen lainkuuliaisuuden ylläpitäminen vaatii . . . "

(2) "Rikoksen laadun ja toteuttamistavan vuoksi teko on vakavuusasteeltaan sellainen, että yleisen lainkuuliaisuuden ylläpitäminen vaatii (ehdotonta) . . . ottaen lisäksi huomioon, että A on aikaisemmin tuomittu . . . ei ole aihetta rangaistuksen määräämiseen ehdolliseksi"

(3) "Ottaen huomioon sen seikan, että A:ta on aikaisemmin rangaistu vastaavanlaisesta teosta, A:n rikos on vaarallisuudeltaan ja vakavuusasteeltaan sellainen, josta yleisen lainkuuliaisuuden ylläpitäminen . . ."

Ensimmäisessä vaihtoehdossa *yleisen lainkuuliaisuuden ylläpitäminen on yleisperuste, joka legitimoi ehdottoman vankeuden käytön.* Jotta uusiminen oikeuttaisi tähän, on se sisällytettävä kriteeriksi, jonka nojalla arvioidaan yleisen lainkuuliaisuuden ylläpitämisen tarve. Lähtökohtana siis on, että uusijalle ei voi tuomita ehdollista vankeutta. Tämä on perusteltava. Lain mukaan ehdottoman vankeuden käyttö perustuu yleisen lainkuuliaisuuden vaatimukseen. Siis: yleisen lainkuuliaisuuden ylläpitäminen vaatii, ettei uusijoille tuomita ehdollista vankeutta.

Toinen vaihtoehto tuo ilmi KKO:n prejudikaateista ilmenevän periaatteen, jonka mukaan *yleisen lainkuuliaisuuden vaatimusta tulkittaessa ratkaiseva sija on rikoksen vakavuudella.* Kun tekijän menneisyys on jotakin muuta kuin rikoksen törkeys, ja kun se kuitenkin (eri syistä) on otettava huomioon, seuraa tästä, että *uusiminen on jotakin, joka on lisäksi otettava huomioon rangaistuksen ehdollisuudesta päätettäessä.*

Kolmas vaihtoehto lähtee myös prejudikaattien formuloinnista, mutta tulkitsee yhtäältä yleisen lainkuuliaisuuden ylläpitämisen välttämättömäksi ja riittäväksi päätöksentekokriteeriksi, *samastaen samalla sen merkityssisällön (KKO:n käytäntöä tulkiten?) rikoksen vakavuuteen.* Taustalähtökohtana on jälleen, että uusimista ei voi perusteena sivuuttaa. Kun päätöksen tulee perustua siihen, mitä yleisen lainkuuliaisuuden ylläpitäminen vaatii, ja kun KKO:n prejudikaattien mukaan yleisen lainkuuliaisuuden vaatimusta tulkittaessa ratkaisee rikoksen vakavuus, *tulee uusimisen, ollakseen legitiimi peruste vaikuttaa siis rikoksen vakavuuteen.*

Kaavamaisesti esitettynä perusteluketjut ovat siis seuraavat:

Peruste	Välikäsitteet		Lopputulos
(1) Uusiminen		Yleinen lainkuuliaisuus	Ehdoton vankeus
(2) Uusiminen			Ehdoton vankeus
(3) Uusiminen	Rikoksen vakavuus	Yleinen lainkuuliaisuus	Ehdoton vankeus

Kun mittaamisen ja lajivalinnan perustelutekniikka on vasta muotoutumassa, toisistaan poikkeavat formuloinnit ovat paitsi ymmärrettäviä, myös toivottavia. Yrittämättäkään puristaa perustelutapoja yhteen ja samaan kaavaan voi kuitenkin kysyä, *mikä vaihtoehdoista tuo parhaiten esiin päätöksen todelliset*

syyt ja pakottaa ratkaisijan erittelemään tarkimmin lopputuloksessa vaikuttaneet seikat?

Kysyttäessä syytä sille, miksi A tuomittiin ehdottomaan vankeuteen, olisi 1-vaihtoehdon vastaus, "koska yleinen lainkuuliaisuus niin vaati". Jatkokysymykseen, miksi yleinen lainkuuliaisuus tätä edellytti, vastaus olisi, "koska A oli uusija". Kolmannen vaihtoehdon mukaan vastaus ensimmäiseen kysymykseen olisi sama kuin edellä. Kysyttäessä miksi yleinen lainkuuliaisuus niin vaati, vastaus olisi, "koska rikos oli niin vakava". Kysymykseen, miksi rikos oli niin vakava, vastattaisiin "koska tekijä oli aikaisemminkin tuomittu rangaistukseen". Vain keskimmäisessä tapauksessa päästään suoraan asian ytimeen: ehdollista ei käytetty, koska kyseessä oli uusija.

Eri menetelmillä on se olennainen ero, että mitä useamman väliportaan varaan argumentaatio rakentuu, sitä taaemmas jäävät todelliset syyt, ja sitä vääristyneemmäksi käy perustelu. Ei moninkertaista myymälävarasta määrätä ehdottomaan vankeuteen sen vuoksi, että 1 500 markan anastus oli rikoksena törkeä, eikä satojen tuhansien markkojen törkeään veropetokseen syyllistynyttä tuomita ehdolliseen sen vuoksi, ettei teko ollut vakava. Tätä eroa ei voi perustaa myöskään epämääräiseen "yleisen lainkuuliaisuuden" ylläpitämiseen, vaan yksinkertaisesti tekijän uusimisriskiin ja hänen "piittaamattomuutensa" lain kielloista ja käskyistä. Sen vuoksi paras perustelu on se, joka johtaa suoraan alkusyihin, sillä se pakottaa myös ratkaisijan pohtimaan, ovatko nämä perusteet todella pitävät. Käsiteketjuja luomalla tällaiset pohdinnat tosin vältetään ja perustelut saadaan systeeminmukaisiksi. Samalla menetetään mahdollisuus punnita ratkaisujen todellisia syitä.

Tarkastelu nostaa esille myös lainsäädäntötason ongelman — nimittäin kysymyksen, *onko ylipäätään tarpeen säilyttää laissa näin epämääräistä ehdollisen rangaistuksen käyttökriteeriä* ? Eikö "yleisen lainkuuliaisuuden" sijasta olisi perustellumpaa säätää ehdollisen vankeuden soveltamiskriteereistä suoraan niitä perusteita käyttäen, jotka tämän jakson alussa tiivistettiin esiin lain taustaperiaatteista, ja jotka oikeuskäytäntökin on omaksunut? Kysymykseen palataan punnittaessa lakiin sisältyvien mittamisperusteiden kohtaloa de lege ferenda.

5.2. Päätöksentekojärjestys — eräitä heuristiikkaa koskevia huomautuksia

5.2.1. Osaratkaisujen erottelu ja ns. vallitseva kanta

Vankeusrangaistuksen lajista päättäminen on vanhastaan jätetty varsinaisen mittaamisen ulkopuolelle. Rangaistuksen määrääminen sisälsi siten kaksi toi-

sistaan käsitteellisesti ja sisällöllisesti erotettavissa olevaa päätöstä: (a) oikeudenmukaisuutta tavoittelevan päätöksen rangaistuksen ankaruudesta, joka ilmaistiin päiväsakkoina tai vankeuspäivinä, -kuukausina ja/tai vuosina, sekä (b) kriminaalipoliittiseen tarkoituksenmukaisuusharkintaan perustuvan ratkaisun rangaistuksen täytäntöönpanosta (ks. edellä V.A.2.2.). Nämä tuli pitää toisistaan erillään myös siten, ettei ehdollisuuskysymys saanut vaikuttaa rangaistuksen määrään.[18] Tuomareille osoittamassaan oppaassa "Rangaistuksen tuomitsemisesta" *Nousiainen* kirjoittaakin: "Pyri siihen, että määrät rangaistuksen tosiasiallisen syyllisyyden mukaan ja ratkaise sitten erikseen ehdollisuuskysymys, joka on rangaistuksen mittaamisen ulkopuolella oleva kriminaalipoliittinen toimenpide" (*Nousiainen* 1976 s.99). Tämä suositus vastaa oikeuskirjallisuuden yleisemminkin tunnustamaa kantaa, jonka mukaan lajin huomioon ottaminen jo mittaamisvaiheessa on korjausta vaativa mittaamisvirhe (ks. *Honkasalo* III s. 128 sekä laajemmin *Nousiainen* 1961 s.247—249). Käytännössä tämä kaikki tietysti merkitsee, että ensin tehdään päätös rangaistuksen määrästä ja vasta sitten lajista.

5.2.2. Vallitsevan kannan kritiikki — lajitietoinen mittaaminen

Tämän päätöksentekojärjestyksen mielekkyys on EhdL:n muutoksen ja saatavilla olevien tulosten valossa kyseenalainen. Oppi "ehdollisen rangaistuksen luomista mittaamisvirheistä" joutuu myös arvioitavaksi uudelleen. Mittaaminen ja lajivalinta pohjasivat suureksi osaksi samoihin syihin. On mahdotonta erottaa toisistaan oikeudenmukaisuusnäkökohtiin perustuvaa mittaamista ja kriminaalipoliittisiin tarkoituksenmukaisuussyihin pohjaavaa lajivalintaa. Molemmissa ratkaisuissa vaikuttavat sekä oikeudenmukaisuus- että tarkoituksenmukaisuusargumentit (joskin painotuseroja on). Ratkaisuperusteitten osittainen yhtenevyys murtaa tehdyn erottelun perustan. Samalla kysymys päätöksentekojärjestyksen merkityksestä saa uuden painon. Enää se ei ole yksin muodollinen ongelma, vaan heuristiikka vaikuttaa myös lopputuloksen asialliseen sisältöön.

Niin kauan kuin perusteilla, joiden nojalla rangaistuksen pituus määrätään ei ole mitään tekemistä lajin kannalta, eikä rangaistuksen lajilla ole mitään merkitystä määrää koskevien perusteiden tulkinnan ja merkityksen kannalta, on samantekevää, missä järjestyksessä päätökset tehdään. Jos osaratkaisut ovat

[18] Tämä riippumattomuus on kuitenkin yksisuuntainen, sillä rangaistusajan pituus asettaa rajat ehdollisen vankeuden käytölle ylittäessään kaksi vuotta. Lain muodollisten rajojen vaikutuksesta rangaistuksen määrä ratkaisee kysymyksen rangaistuksen ehdollisuudesta. Jo tämä osoittaa, ettei kyse ole toisistaan täysin riippumattomista päätöksistä.

yhteisten perusteiden kautta toisiinsa sidoksissa, tilanne on toinen. Nyt vallitsevana oleva heuristiikka otaksuu asialliseti, että oikeudenmukaisuuden ja sovituksen vaatiman rangaistuskärsimyksen tultua ilmaistuksi abstraktisesti vankipäivinä ja kuukauksina, olisi samantekevää, joutuisiko henkilö viettämään tuon ajan laitoksessa vai jäisikö rangaistus ehdolliseksi. Jälkimmäinen päätös tehtäisiin puhtaasti tarkoituksenmukaisuussyin ilman, että sillä olisi merkitystä sovituksen ja oikeudenmukaisuuden edellyttämän kohtelun kannalta. On kuitenkin kiistatta selvää, että myös lajivalinta vaikuttaa sanktioankaruuteen (siihen katsomatta tarkastellaanko kysymystä tuomitun vai yleisön kannalta). Jos mittaamistulos todella vahvistetaan abstraktisina vankipäivinä ottamatta huomioon lajia, on vaikea kuvitella, mille sanktioankaruuden tulkinnalle tuo oikeudenmukaisuusarvostelma pohjaa. Sen enempää yleisö kuin tuomittukaan ei tunne abstrakteja lajista irroitettuja vankipäiviä. On vain määrätyn pituisia vankilatuomioita ja tietyn mittaisia ehdollisia vankeusrangaistuksia.

Osaratkaisut ovat sidoksissa toisiinsa siis siten, että niissä käytetään suureksi osaksi samoja perusteita. Lopputulos toisen osaratkaisun suhteen vaikuttaa myös siihen, mitä käsillä olevat perusteet vaativat tehtäväksi toisen päätöksen suhteen. Tässä tilanteessa on tietysti edellytettävä, että *prosessi aloitetaan päätöksistä, joilla on suurin relevanssi itse lopputuloksen ja myöhempien ratkaisujen kannalta*. Edelleen on selvää, *ettei myöhemmillä päätöksillä saa tuhota niitä vaikutuksia, jotka sisältyivät aikaisempiin päätöksiin muutoin kuin niin nimenomaisesti tarkoitettaessa*.[19] Ensin tulisi siis tehdä tärkeät päätökset ja suorittaa hienosäätö myöhemmin. Käytännössä tämä merkitsisi, että tuomioistuimilla tulee *ensin olla mahdollisimman tarkka kuva tapaukseen soveltuvasta rangaistuslajista*, ja *vasta sitten voidaan tehdä päätös rangaistuksen pituudesta*. Jos tuo *lajivalintaa koskeva prima facie päätös prosessin kuluessa muuttuu*[20], tulisi tämä ottaa huomioon tavallaan jo tehtyjen mittaamisratkaisujen eräänlaisena "korjauksena". Aiempi mittaustuloshan oli perustunut kokonaan sanktioarvoltaan toisenlaisiin vankipäiviin. Oikeudenmukaisen suhteen edes kohtuullisen tarkka tavoittelu edellyttää, ettei lopputuloksen kannalta kaikkein ratkaisevinta joko/tai -päätöstä jätetä prosessin viimeiseen vaiheeseen. Tällainen päätöksentekotapa näet *mitätöi suurimmaksi osaksi edeltävän harkinnan merkityksen*. Menettely olisi sukua heuristiikalle, jossa ensin pohditaan,

[19] Myöhemmmällä päätöksellä voidaan kyllä ottaa aikaisemmin tehdyt ratkaisut uudelleen arvioitaviksi jos se katsotaan tarpeelliseksi, mutta sen tulee tapahtua avoimesti pitämällä kaikki ratkaisuperusteet esillä ja tunnustamalla eri perusteiden todellinen merkitys eri päätöksentekovaiheiden kannalta.

[20] Tämä on hyvinkin mahdollista, sillä ratkaisujärjestystä ja niiden sisältöä ei voi ennakolta lyödä sääntöjen edellyttämin tavoin lukkoon.

mikä olisi sopiva rangaistus tuomittavana olevasta teosta, ja tämän jälkeen päätetään onko syytetty syyllinen. Olisi siis ensin päätettävä vankeusrangaistuksen laji ja vasta sitten sen määrä.

5.2.3. *Ehdotuksen ongelmat ja edut*

Ehdotettu päätöksentekojärjestys tuskin on käytännön tuomareille täysin vieras. Tästä ovat osoituksena myös oikeuskirjallisuudessa esitetyt ohjeet välttää po. menettelyä. Vahvistuksen sille, että ajatus on tuttu myös tuomarikunnan keskuudessa, antaa seuraava Kouvolan hovioikeuden ratkaisu:

> KOHO 2092/1986. Alioikeus oli tuominnut syytetyn yksin teoin tehdystä moottoriajoneuvon törkeästä luvattomasta käyttöönottamisesta, törkeästä rattijuopumuksesta ja liikenteen vaarantamisesta neljän (4) kuukauden ehdolliseen vankeusrangaistukseen (pakettiauto, 2.63 o/oo, tieltä suistuminen). Hovioikeus muutti vankeusrangaistuksen ehdottomaksi: ''ottaen huomioon L:n humalatilan vahvuudesta esitetyn selvityksen sekä kihlakunnanoikeuden päätöksestä ilmenevät seikat, jotka osoittavat L:n kykenemättömyyden auton kuljettamiseen, hovioikeus katsoo L:n teot vaarallisuudeltaan ja muutenkin vakavuusasteeltaan sellaisiksi, joista yleisen lainkuuliaisuuden ylläpitäminen vaatii ehdotonta vankeutta''.
>
> Kiintoisaa päätöksessä oli etenkin se, että määrätessään vankeusrangaistuksen ehdottomaksi hovioikeus kuitenkin alensi rangaistusajan kahdeksi (2) kuukaudeksi vankeutta perusteluin ''*Ottaen huomioon rangaistuksen ehdottomuuden ja sen, ettei L ole aikaisemmin suorittanut vankeusrangaistusta, hovioikeus katsoo, että rangaistusta voidaan kuitenkin alentaa*''.

Sen ohella, että ratkaisu toistaa jo aikaisemmin saatuja tuloksia, joiden mukaan ehdollisuuskysymys ratkeaa suurelta osin teon törkeyttä määrittävin perustein, ilmenee siitä myös, että hovioikeus arvotti rangaistuksen pituuden uudelleen ottaen huomioon sekä lajimuutoksen että tekijän ensikertalaisuuden ehdotonta vankeusrangaistusta suorittavana henkilönä.

Vaikka lajitietoinen mittaaminen onkin teoreettisesti heuristisesti paras päätöksentekotapa, ja vaikka sen esteenä olevat ratkaisuperusteiden asialliseen eroon pohjaavat argumentit on edellä kumottu, liittyy heuristiikan muutokseen joukko positiivisen oikeuden säännöksistä juontuvia vaikeuksia. Lähinnä kyse on ehdollisen vankeuden täytäntöönpanoa koskevien säännösten jäykkyydestä. Jos vankeus on mitattu alun alkaen pitäen silmällä ehdollisten vankeuspäivien sanktioarvoa, joudutaan kiistatta epäoikeudenmukaiseen lopputulokseen, mikäli tuo rangaistus muutetaan uusien rikosten sattuessa ja lykkääntymisetu menetettäessä samanmittaiseksi ehdottomaksi vankeudeksi.

Edellytettäisiin siten järjestelmää, joka antaa tuomioistuimille mahdollisuuden määrätä, kuinka suuri osa aikaisemmasta ehdollisesta rangaistuksesta tulee täytäntöön pantavaksi. Tuo osuus olisi sitten määritettävä ottaen huomioon mm. juuri ehdottoman ja ehdollisen vankeuden yleiset vaihtosuhteet. Niin kauan kuin lykkääntymisedun menettämistä koskevat säännöt ovat entisellään, ajatus lajitietoisesta mittaamisesta on oikeudenmukaisuussyistä toteuttamiskelvoton. En pidä tätä niinkään osoituksena tuon ehdotuksen puutteista, kuin lisäargumenttina sen puolesta, että nykyisiä ehdollista rangaistusta koskevia määräyksiä on muutettava.

Pitäisin myös ehdotuksen *etuja jokseenkin kiistattomina*. Se mahdollistaisi *suhteellisuusperiaatteen nykyistä tarkemman toteuttamisen*. Toiseksi se vaikuttaisi nykyisin etenkin *muutosportaassa esiintyviin kohtuuttomiin hyppäyksiin*. Päätös, jolla lähes kahden vuoden vankeusrangaistus muutetaan määrään puuttumatta ehdottomasta ehdolliseksi tai kääntäen, on vähintään möhkälemäinen järjestelmässä, joka samanaikaisesti huolella jyvittää rangaistukset esimerkiksi viiden päiväsakon tarkkuudella. Olisi kohtuullista, että tällainen lopputuloksen muutos voitaisiin kompensoida — silloin kuin siihen aihetta on — myös mittaamistulosta muuttaen.[21]

Nykyisen järjestelmän kankeutta voitaisiin tosin lieventää myös muilla keinoin. Eräs uudistusehdotuksissa usein esiin tuotu vaihtoehto olisi ns. *yhdistelmärangaistuksen* käyttöönotto. Ideana tällöin olisi mahdollisuus määrätä osa vankeusrangaistuksesta ehdollisena, osa ehdottomana. Näin vältettäisiin paikoin kohtuuttomuksiin johtavat kankeat joko/tai -valinnat. "Lajitietoisen mittaamisen" etuna yhdistelmärangaistukseen nähden olisi ainakin, ettei ensin mainittu otaksuttavasti johtaisi ehdottomien vankeusrangaistusten kokonaisosuuden kasvuun. Ei ole mitään syytä olettaa, että vankeusrangaistuksen lajien erilainen arvottaminen johtaisi yksipuolisesti ehdollisen vankeusrangaistuksen arvon pudotukseen. Ja vaikka näin vastoin kaikkea todennäköisyyttä kävisi, olisi tilanne korjattavissa siten, että ehdollisia vankeusrangaistuksia täytäntöönpantaessa sovellettaisiin toista mittaa. Todennäköisempää kuitenkin on, että *nykyisten ehdottomien vankeusrangaistusten painoarvo kasvaisi samalla kuin eh-*

[21] Tähän on varsin hyvät perusteet ainakin sanktiopisteytystä koskevien tulosten mukaan. Etsittäessä yleisen lainkuuliaisuuden edellyttämää ankaruudessaan kahden vuoden vankeusrangaistusta seuraavaksi vastaavaa sanktiovaihtoehtoa, ei tälläisen suinkaan ole kahden vuoden, vaan lähinnä noin kuuden kuukauden ehdoton vankeusrangaistus (ks. Osa II).

dollisten rangaistusarvo laskisi.[22] Reaalisena tuloksena tästä olisi ehdottomien vankeusrangaistusten kokonaisosuuden aleneminen.

[22] Tätä tukevat mm. Tanskasta saadut tulokset. Järjestelmään siellä sisältyy mm. meille ehdotettu yhdistelmärangaistus. Tutkimukset osoittavat siellä lisäksi, että tuomioistuimet ottavat kiistatta mittaamisessa huomioon lajivalintaa koskevan päätöksen (ks. *von Eyben* 1950 s.238). Laaditun selvityksen mukaan ehdottomaan vankeusrangaistukseen tuomittujen rangaistusaikoihin tuli 50—66 %:n suuruinen lisäys muutettaessa rangaistukset ylemmissä instansseissa ehdollisiksi. Sama päti kääntäen muutettaessa rangaistukset vastaavasti ehdollisista ehdottomiksi (*Jensen-Moe* 1969 s.262—263). *Nousiainen* otaksuu myös kotimaisen oikeuskäytännön ilmentävän samaa linjaa (*Nousiainen* 1961 s.249—250). Otaksuman tueksi esitetyt tilastoluvut ovat kuitenkin tarkoitukseen kelvottomia ja puhuvat sitä paitsi toiseen suuntaan. Vaikka edellä referoidussa ratkaisussa näin meneteltiinkin, hovioikeuskäytännöstä saatavat kvantitatiiviset tulokset osoittavat kiistatta, että jos lajia muutettaessa myös määrää muutetaan — mikä on erittäin harvinaista — niin muutokset ovat pikemminkin *samansuuntaiset* — eivät toisiaan kompensoivia (ks. osa II). Tämä on omiaan entisestään jyrkentämään tehtyjen ratkaisujen vaikutuksia.

E. TUOMITSEMATTA JÄTTÄMINEN

1. Lainkohdat

Tuomitsematta jättämistä koskevan yleissäännöksen (RL 3:5[3]) sanamuoto on seuraava:

> "Jos rikos on vähäpätöinen, tuomioistuin saa jättää rangaistuksen tuomitsematta, mikäli ilmenee, että teko on johtunut olosuhteet huomioon ottaen anteeksi annettavasta huomaamattomuudesta, ajattelemattomuudesta tai tietämättömyydestä eikä yleinen etu vaadi rangaistuksen tuomitsemista" (30.6.1972/498).

Tuomitsematta jättämisen yleisen soveltamisalan määrää siten rikoksen yleinen lievyys, subjektiivista puolta määrittävät lieventävät seikat sekä yleisen edun vaatimus. *Nuoria henkilöitä* koskevat erityismääräykset (NuorRikL 3 ja 4 §) kuuluvat vastaavasti:

> 3 §."Oikeudella olkoon valta olla tuomitsematta nuorta rikoksentekijää rangaistukseen sellaisesta teosta, jonka tämä on tehnyt ennen kuin hän on täyttänyt kahdeksantoista vuotta ja josta hänelle oikeuden harkinnan mukaan ei olisi tuleva ankarampaa rangaistusta kuin sakkoa tai vankeutta enintään kuusi kuukautta taikka josta rangaistus on säädetty rikoslain 11 luvun 4a §:ssä tahi 16 luvun 24 §:ssä".
>
> 4 §. "Edellä 2 ja 3 §:ssä olevia säännöksiä sovellettakoon vain jos teon on katsottava johtuneen ymmärtämättömyydestä tai ajattelemattomuudesta ja perusteltua aihetta on otaksua tekijän ojentuvan, vaikkei häntä tuomitakaan rangaistukseen."

Nämä määräykset otettiin lakiin erityisestävistä syistä. Niiden tavoitteena ei ollut alun alkaen toimenpiteistä luopuminen sinänsä, vaan *rikoksen tehneen nuoren asian käsittelyn siirtäminen rikosoikeudellisesta järjestelmästä sosiaalihuollon piiriin*. Toimenpiteistä luopuvan viranomaisen onkin ilmoitettava päätöksestään lastensuojeluviranomaisille, jotta nämä voisivat huollon tarvetta osoittavien seikkojen perusteella tehdä itse päätöksen tarvittavista jatkotoimista.

Tuomitsematta jättämisen edellytyksiä tarkastellaan seuraavassa kunkin säännöksen osalta erikseen.[1] Edellytykset jaetaan neljään ryhmään: (a) rikok-

[1] Muista erityislakeihin sisältyvistä tuomitsematta jättämissäännöksistä ks. erit. TLL 104 § sekä SKA 29[2] § (ja luetteloa *Lahti* 1974 s.602—603). Rikoslain erityisen osan tunnus-

sen vähäpätöisyyttä—lähinnä ”ulkoista törkeyttä”—kuvaaviin, (b) subjektiivista puolta ja syyllisyyttä määrittäviin sekä (c) erilaisiin rangaistusteoreettisiin näkemyksiin perustuviin, sekä (d) tekijän henkilöön liittyviin.

2. Tuomitsematta jättämisen edellytysten tulkintaa kirjallisuuden ja lainvalmisteluaineiston pohjalta

2.1. Rikoksen vakavuus ja vähäpätöisyys

2.1.1. RL 3:5[3]

Vähäpätöisen rikoksen käsitettä koskevaa keskustelua laajemmin referoimatta, voidaan hyväksyä *Lahden* tulkintasuositus. Sen mukaan ratkaisevana on tuomittavan *konkreettisen rikostapauksen vähäpätöisyys* siten, että *samalla otetaan huomioon myös po. rikostyypin yleinen törkeys*. Rikostyypin muuttuessa törkeämmäksi tulee yksittäisen teon olla yhä *enenevässä määrin poikkeuksellinen*, jotta lain vähäpätöisyyttä koskeva edellytys täyttyisi. Lahti kirjoittaa: ”. . . arvioinnissa otetaan jotenkin lukuun myös sen haitan aste, joka ilmenee oikeushyvän loukkaamisesta tai vaarantamisesta johtuvana yhteiskuntarauhan rikkomisena, turvattomuuden lisääntymisenä tai muuna sellaisena.” (*Lahti* 1974 s.380 ja laajemmin s.357 ss). Kun haitan aste lisääntyy rikoslajin törkeyden myötä, on muiden haitallisuusarviointia lieventävien seikkojen voimistuttava, jotta vähäpätöisyys säilyisi kokonaisarvostelussa samana. Tällaiseksi vähäpätöisyyden konkreettiseksi mitaksi on esitetty, että teosta fiktiivisesti tuomittava rangaistus olisi ensi sijassa sakkoa, poikkeuksellisesti vähäinen vankeusrangaistus (*Lahti* 1974 s.381-382 viitteineen).

Vähäpätöisyys liittyy siis teon *haitallisuuteen*. Kyse on siis lähinnä rikoksen vahingollisuudesta ja vaarallisuudesta. Lahti jakaa hieman samaan tapaan tuomitsematta jättämisen ehdot teon (ulkoista) törkeyttä ja oikeudenvastaisuuden astetta määrittävään vähäpätöisyyteen sekä subjektiivista puolta koskeviin ajattelemattomuuteen, tietämättömyyteen ja huomaamattomuuteen (ks. *Lahti* 1974 s.429). Vähäpätöisyyttä koskevan ”ulkoisen” ehdon erottaminen tekijän mentaalista tilaa kartoittavista subjektiivisista edellytyksistä jää tosin pakostakin rajoiltaan epämääräiseksi. Esimerkiksi se osa syyllisyysarvostelua, joka jää lain ”subjektiivisten” ehtojen ulkopuolelle voidaan Lahden mukaan ottaa huomioon vähäpätöisyyttä koskevan ehdon kautta (*Lahti* 1974 s.396).

---

merkistöihin sisältyvistä erityisistä tuomitsematta jättämismahdollisuuksista ks. RL 20:10[3], 22:5[1], 33:1 ja 6, 34:21, 35:3[2] ja 38:13[2].

Kun subjektiivisten ehtojen rinnalle on asetettu oma vähäpätöisyyttä koskeva edellytys, on kuitenkin selvää, että sen tulee viitata niihin rikoksen ainesosiin, jotka eivät kuulu myöhemmin käsiteltäviin subjektiivisiin ehtoihin.

> Jos vähäpätöisyys ymmärretään subjektiivisten ehtojen rinnakkaisparina, sen täsmentäminen teosta tuomittavan konkreettisen rangaistuksen avulla johtaa kyllä tiettyihin ongelmiin. Tuo mitaksi asetettava rangaistushan määräytyy myös osaksi jo sanottujen subjektiivisten ehtojen mukaan. Käytetty mittari mittaa siis muutakin kuin "subjektiivisista ehdoista puhdistettua vähäpätöisyyttä". Vähäpätöisyydellä onkin ilmeisesti kaksi merkityssisältöä. Se viittaa ensinnäkin teon *haitallisuuteen rikoksen vahingollisuuden ja vaarallisuuden tarkoittamassa mielessä* ja on tältä osin syyllisyyttä koskevan ehdon rinnakkaispari. Toiseksi se viittaa teon *rangaistusarvoon kokonaisuudessaan*. Tässä merkityksessä se rajaa tuomitsematta jättämisen alaan vain tietyn suuruiset oikeudenloukkaukset yleensä (tekemättä eroa arvostelussa vaikuttavien rikoksen eri ainesosien välillä).

2.1.2. NuorRikL 3 §

NuorRikL 3 §:n mukaan tuomitsematta jättäminen tulee kysymykseen rikoksesta, josta oikeuden harkinnan mukaan ei seuraisi ankarampaa rangaistusta kuin sakkoa tai enintään 6 kk vankeutta. Siltä osin kuin vähäpätöisyyttä koskeva rikoslain määräys viittaa rikoksen yleiseen - rangaistuksen ankaruudella mitattavaan - rangaistusarvoon, ovat NuorRikL:n määräykset selvästi RL 3:5[3]:n edellytyksiä väljemmät.[2] Näin etenkin siksi, että mukana on jo nuorille RL 3:2:n mukaan tuleva rangaistuksen alennus (samoin *Lahti* 1974 s.408).

2.2. Subjektiiviset edellytykset

Yleissäännös edellyttää subjektiivisessa suhteessa, että rikos on johtunut "olosuhteet huomioon ottaen anteeksi annettavasta huomaamattomuudesta, ajattelemattomuudesta tai tietämättömyydestä". NuorRikL 4 §:n mukaan vaaditaan, että teko on johtunut ymmärtämättömyydestä tai ajattelemattomuudesta. Näillä termeillä viitataan osaksi syyksiluettavuuteen (tekijän ja teon väliseen psykologiseen suhteeseen), osaksi teon motivaatiotaustaan ja normatiiviseen syyllisyyteen.

---

[2] *Lindholm* korostaa tuomitsematta jättämissäännösten toisistaan selvästi poikkeavia lähtökohtia. Nuoria koskevat säännökset eivät hänen mukaan mitenkään edellytä, että teko olisi in casu tulkittava vähäiseksi (*Lindholm* 1968 s.553).

2.2.1. *Syyksiluettavuutta koskevat edellytykset*

a) *Anteeksi annettava huomaamattomuus.*—Huomaamattomuus yhdistyy rikosoikeudessa ensi sijassa tuottamuksellisiin rikoksiin (tuottamuksen subjektiiviseen puoleen). Huomaamattomuus kuvaa lähinnä itsetiedotonta tuottamusta (näin myös *Lahti* 1974 s. 389-390). Huomaamattomasti menettelevä henkilö ei ole "huomannut" vahingon mahdollisuutta. Itsetiedottomasti menetelleen henkilön rankaiseminen edellyttää kuitenkin käyttäytymisen moitittavuutta. Vaaditaan, että henkilön olisi tullut ja hän olisi voinut havaita vahingon (vahingonvaaran) mahdollisuus. Toisaalta huomaamattomuus perustaa tuomitsematta jättämisen vain, milloin huomaamattomuus on ollut anteeksi annettavaa. Kyse on siis periaatteessa moitittavasta menettelystä, joka kuitenkin on anteeksi annettavaa. Tekijään on siis kohdistettavissa tuottamusmoite, mutta tuo moite on keskimääräistä lievempi.

Anteeksi annettava huomaamattomuus tuomitsematta jättämisen edellytyksenä muodostaa siten erään väliportaan rankaisemattoman huolimattomuuden ja rangaistukseen johtavan tuottamuksen välillä (ks. myös *Lahti* 1974 s.390-391). Arvostelu nojaa yleisiin tuottamuksen törkeytta määrittäviin perusteisiin. Viittaan tältä osin aiempaan esitykseen. Käytännössä huomaamattomuuskriteerin voisi otaksua täyttyvän ensisijassa rikoslain ulkopuolisten kriminalisointien ja blankorangaistussäännösten yhteydessä. Niiden sisältö on ihmisille usein selkiintymätön ja syyllistyminen rangaistavaan menettelyyn "huomaamattaan" on tällä alueella varsin reaalinen mahdollisuus (ks. erit. *Lindholm* 1968 s.555 sekä mitä tietämättömyyttä koskevasta kriteeristä seuraavassa todetaan).

b) *Anteeksi annettava tietämättömyys.*—Tämä ehto viittaa ensi sijassa tahallisten rikosten lievään syyksiluettavuuteen. Tahallisuuden (ja osin myös tuottamuksen) kääntöpuolenahan on tiedon puute ja erehtyminen olennaisista rangaistavuuteen vaikuttavista seikoista. Määräys viittaa ensi kädessä tietämättömyyteen teon rangaistavuudesta.[3] Laintuntemattomuuden tulee tässä tapauksessa olla anteeksi annettavaa. Toisaalta riittävän anteeksi annettava oikeuserehdys poistaa teon oikeudenvastaisuuden ja vapauttaa kokonaan vastuusta. Tuomitsematta jättämisen edellytyksenä olevalle "anteeksi annettavalle" tietämättömyydelle on siis syytä asettaa vähemmän ankarat edellytykset kuin vastuusta vapauttavalle erehdykselle (samoin *Lahti* 1974 s.394).

Tietämättömyys voi tietysti koskea myös tosiasioita. Koska erehtyminen rangaistavuuteen olennaisesti vaikuttavista faktoista vapauttaa tahallisuusvas-

[3] Ks. *Lindholm* 1968 s.555—556 erit. alav. 34 s.556 sekä *Lahti* 1974 s.389 ja 394, molemmissa esityksissä tulkinta perustetaan PolL 14 §:n esitöihin.

tuusta, voi tosiasiaerehdyksellä olla tässä suhteessa merkitystä lähinnä tuottamuksellisten rikosten yhteydessä (*Lahti* 1974 s.394-395).

2.2.2. *Motivaatiotaustaan liittyvät ehdot*

a) *Anteeksi annettava ajattelemattomuus - RL 3:5*[3] . — Sekä tuottamukselliset että tahalliset rikokset voidaan tehdä ajattelemattomuudesta. Kielellisesti samaa tarkoittaa termi "harkitsemattomuus". Ajattelemattomasti ja harkitsemattomasti menettelee henkilö, joka ei ota huomioon kaikkia teosta mahdollisesti tulevia seurauksia tai pohdi riittävästi menettelynsä merkitystä. Harkitsemattomalle ja ajattelemattomalle menettelylle on yleensä aina jokin syy tai selitys. Selitys voi viitata joko tekijän henkilöä koskevaan seikkaan tai ulkoisiin teko-olosuhteisiin. Ensin mainitussa tapauksessa henkilö on menetellyt harkitsemattomasti, koska hänellä ei ollut riittävää subjektiivista kykyä järkevän ja kaikin puolin punnitun ratkaisun tekoon. Kyky täysipainoiseen harkintaan saattaa vuorostaan olla alentunut tekijän nuoren iän, vanhuuden tai henkisen jälkeenjääneisyyden perusteella (näin myös *Lahti* 1974 s.393 viitteineen). Päädytään siis samoihin seikkoihin, jotka määrittävät yleistä syyntakeisuuden astetta ja toisintoimimiskykyä.

Toiseksi teko voi olla huonosti harkittu ja ajattelemattomuudesta tehty, koska *ulkoiset olosuhteet* eivät tarjonneet riittäviä *mahdollisuuksia harkinta- ja ajattelukyvyn käyttöön*. Tällaisista tilannekohtaisista olosuhteista Lahti mainitsee esimerkkeinä epätavalliset psykologiset tai psyykkiset edellytykset, kuten ahdistavan mielentilan, vaikean ristiriitatilanteen tai voimakkaan painostuksen (*Lahti* 1974 s.393). Kyse olisi siis RL 6 luvun lieventämisperusteissakin mainituista yleisistä tekijän motivointikykyä alentavista seikoista, siis perusteista, joiden pohjalta arvostellaan tekijän (normatiivista) syyllisyyttä.

> Lienee tarpeen huomauttaa, ettei suositusten asiasisältö täysin vastaa lain käyttämiä kielellisiä ilmauksia. Esimerkiksi rikoksensa painostuksen alla tehnyt ei välttämättä ole syyllistynyt tekoon "ajattelemattomuudesta". On luultavaa, että tekijä on joutunut hyvinkin yksityiskohtaisesti pohtimaan tekoaan ja sen merkitystä.[4] Aivan kaikki rikoksen

[4] Myös *Lindholm* on jossain määrin epävarma siitä, missä määrin hänen esittämänsä suositus tulkita poikkeukselliset psykologiset edellytykset ehdon "anteeksi annettava ajattelemattomuus" alaan kuuluviksi (ks. *Lindholm* 1968 s.557 ja erit. alav.36). Jos lain sanamuodon kirjaimellinen tulkinta estää tämänkaltaisten motivaatio-ongelmien huomioon ottamisen olisi ne ehkä mahdollista kanavoida normatiivisen syyllisyyskäsityksen kautta yleisiksi vastuuvapausperusteiksi. Tuomitsematta jättämisen soveltamisalaa suunniteltaessa onkin pidettävä mielissä myös yleiset rikosoikeudellista vastuuta määrittävät ja rajoittavat periaateratkaisut (ks. mitä asiasta sanotaan tekstissä).

motivaatiotaustaan ja toisintoimimismahdollisuuteen liittyvät seikat eivät siis sopeudu nyt käsiteltyjen subjektiivisten ehtojen alle. Tästä huolimatta on painavat kriminaalipoliittiset syyt hyväksyä tuomitsematta jättämisen perusteiksi myös ne motivaatioon vaikuttavat tekijät, jotka eivät luontevasti vastaa "ajattelemattomuuden" arkikielen mukaista merkityssisältöä. Lahden mukaan nämä tekijät voitaisiin ottaa huomioon rikoksen vähäpätöisyyttä koskevaa ehtoa tulkittaessa (*Lahti* 1974 s. 396). De lege ferenda olisi kuitenkin syytä harkita entistä kattavampien subjektiivista puolta koskevien termien käyttöönottoa.

b) *Ajattelemattomuus ja ymmärtämättömyys - NuorRikL 3* §. — NuorRikL:n ainoina subjektiivisina ehtoina mainitaan "ajattelemattomuus ja ymmärtämättömyys". Ymmärtämättömyys ei ole samaa kuin ajattelemattomuus. Ensin mainittu viittaa kiinteämmin tekijän *subjektiiviseen kykyyn*. Ajattelemattomasti toimiva henkilö ei *ehkä sillä kerralla* tullut ajatelleeksi ja riittävästi harkinneeksi menettelyään, vaikka hänellä on periaatteessa siihen vaadittava kapasiteetti. Ymmärtämättömyydestä menetellyt ei välttämättä ymmärrä vaikka ajattelisikin. Jos näiden ilmausten sävyerot tahdotaan tuoda esiin, näyttäisi ymmärtämättömyys liittyvän siis jossain määrin kiinteämmin tekijän henkilöön. Ajattelemattomuus on tilannekohtaisempaa. Tämä ehkä selittäisi sen, miksi lainsäätäjä on maininnut po. termin vain nuoria koskevassa säännöksessä. Juuri nuoret ovat usein keskimääräistä ymmärtämättömämpiä (samoin *Lahti* 1974 s.408).

Säännökset eroavat myös siinä, että rikoslain tuomitsematta jättämistä koskeva määräys edellyttää ajattelemattomuuden olevan anteeksi annettavaa. NuorRik:L:n 3 § ei aseta tuomitsematta jättämiseen oikeuttavalle ajattelemattomuudelle ja ymmärtämättömyydelle lisäehtoja. Tuomitsematta jättämisen mahdollistava menettely voi siten NuorRikL:n määräyksiä sovellettaessa olla subjektiivisesti moitittavampaa kuin rikoslain yleissäännöksen alaan kuuluvat tilanteet (*Lahti* 1974 s. 408).

2.3. Rangaistusteoreettiset edellytykset

2.3.1. Yleinen etu - RL 3:5[3]

Yleinen etu voidaan ymmärtää laajasti, jolloin se viittaa hyvinkin epämääräiseen joukkoon perusteita (ks. tästä *Lahti* 1974 s.398 ja alav.145). Tässä yhteydessä tuolle termille on kuitenkin tahdottu antaa suppeampi merkityssisältö. Minimin alittamista koskevan RL 3:5[2]:n valmistelutöissä samaa tarkoittavasta uuden 2 momentin ilmauksesta todetaankin: "Yleinen etu tarkoittaisi, kuten pykälän voimassa olevassa 2 momentissakin sitä, ettei yleinen lainkuuliai-

suus saa vaarantua lievemmän rangaistuksen tuomitsemisesta" (HE 23/1972 vp.s.5). Yleinen etu viittaa siis yleisen lainkuuliaisuuden vaatimukseen. Tällä vuorostaan on tahdottu ymmärtää rangaistuksen yleisestävää vaikutusta (ks. myös *Lahti* 1974 s.397-399, vrt. myös sama alav. 150 mts).

Yleisestävyyden kannalta herättää varmimmin epäilyjä, jos toimenpiteistä luopuminen muodostuu jonkin tai joidenkin rikoslajien osalta hyvin tavalliseksi, esimerkiksi tavallisemmaksi kuin minkäänlajisten rangaistusten tuomitseminen (näin *Lahti* 1974 s.255 ja alav.49 mainittuine lähteineen sekä sama s.399 viitteineen). Tällainen tilanne olisi osoitus järjestelmän itsesääntelystä ja kaipaisi lainsäädäntötason oikaisua (esim. dekriminalisoinnin, samoin *Lahti* 1974 s.255). Mitään rikostyyppiä ei siis saisi asettaa tuomitsematta jättämisen suhteen in abstracto erityisasemaan. Ratkaisut tulisi aina tehdä yksittäistapauksittain. Tämä ei tietenkään tarkoita, että myös ratkaisuperusteet muodostettaisiin ad hoc harkintaan nojaten. Oikeusvarmuus ja yhdenvertaisuus edellyttävät verraten yleisiä ohjeita (*Lahti* 1974 s.399-400). Toisaalta kriteerien itsensä ei tietenkaan tarvitse olla yleisiä: on täysin mahdollista antaa yleiset ohjeet siitä, kuinka menetellä tilanteissa, jossa on käsillä jokin poikkeusluontoinen seikka.

Yleisestävyyden edellyttämiä ratkaisuperusteita pohdittaessa on lähtökohtana yleisestävyydestä jo aikaisemmin esiin tuotu. Yksittäisillä tuomitsematta jättämispäätöksillä ei ole koko kansaa koskevia makrovaikutuksia. Vaikka yksittäiset ratkaisut ovat vailla yleispreventiivistä relevanssia, ei sama päde näistä ratkaisuista koostuvaan *käytäntöön*. Yksittäisten ratkaisujen sijasta on siis tarkasteltava samanlaisista ratkaisuista koostuvien *sarjojen* yleisestävää tehoa. Kun tuomitsematta jättäminen on sanktioista lievin, on sen sanktioankaruuteen perustuva yleispreventiivinen teho myös pienin. Tämä mahdollisuus tulisi siis varata tilanteisiin, joissa teon haitallisuus ja käyttäytymisen kontrolloitavuus (rangaistusarvo) huomioon ottaen, tullaan toimeen kaikkein lievimmin sanktioin. On myös eliminoitava riski, että potentiaaliset rikoksentekijät voisivat ennalta laskelmoida tuomitsematta jättämisen mahdollisuudella.

Lopputulokseksi jää, (1) ettei tuomitsematta jättäminen saisi olla tiettyjen rikosten standardiseurauksena, (2) se tulisi varata haitallisuudeltaan vain vähäisille oikeudenloukkauksille, (3) jotka tehdään sikäli poikkeuksellisessa motivaatiotilanteessa, ettei tekijän voi olettaa laskelmoivan odotettavissa olevan seuraamuksen lievyydellä. Nämä perusteet sisältyivät itse asiassa jo vähäpätöisyyttä ja subjektiivisia ehtoja koskeviin määräyksiin. Rangaistus voidaan siis jättää tuomitsematta milloin teko - rikostyyppi huomioon ottaen - on poik-

keuksellisen vaaraton ja tehty erikoislaatuisten psyykkisten edellytysten vallitessa.

Kytkettäessä yleisestävyys tapauksen poikkeuksellisuuteen tulevat tarkasteluun toisaalta myös *muut, rikokseen liittymättömät seikat*, jotka tekevät tapauksen muista poikkeavaksi. Tällaisia seikkoja olivat tyypillisesti ne perusteet, joita edellä kuvattiin kohtuusnäkökohdiksi tai joihin vetoamalla rangaistus muutoin koettiin tarpeettomaksi, epätarkoituksenmukaiseksi tai jopa haitalliseksi. Tällaiset teon ulkopuoliset mittaamisperusteet ovat myös Lahden mukaan olennainen osa aineistoa, joka tulee ottaa huomioon harkittaessa yleistä etua koskevan ehdon täyttymistä. Niihin kuuluvat mm. seuraamusten kasaantuminen, vahinkojen hyvittäminen, poikkeuksellinen subjektiivinen rangaistuskärsimys, vanhentumisen lähentyminen jne (ks. *Lahti* 1974 s.401-405 ja 429 sekä myös *Lindholm* 1968 s.559—560).

Lopuksi on vielä vastattava kysymykseen *ehtojen samanaikaisuusvaatimuksesta*. Vaaditaanko siis, että teko on samalla: (a) vähäpätöinen, (b) tehty poikkeuksellisten psyykkisten edellytysten vallitessa, ja (c) siihen liittyy vielä jokin poikkeusperuste?

Vastaus määräytyy sen mukaan, kuinka laajasti kukin tahtoo säännöstä lopulta soveltaa. Ehdot ovat periaatteita, eivät sääntöjä. Mikään ei estä tulkitsemasta niitä siten, että teon haitallisuus ja motivaatiotausta tekevät teon yksinään omassa ryhmässään niin poikkeukselliseksi, ettei tuomitsematta jättämisestä tilanteiden samanlaisina toistuessakaan ole vaaraa yleispreventiolle. Ei myöskään vaadita, että tuomitsematta jättäminen olisi mahdollista vain poikkeuksellisten teon ulkopuolisten perusteiden käsillä ollessa. Sen sijaan lain sanamuoto edellyttää, että tuomitsematta jätetty rikos on *aina vähäpätöinen ja subjektiivisesti vähemmän moitittava*. Kun kyseiset ehdot täyttyvät aina eriasteisesti ja ratkaisu pohjaa kokonaisarvioon, on luontevaa lähteä siitä, että milloin tapauksen soveltuu jokin poikkeusperuste, ei rikoksen vähäpätöisyydelle ja subjektiivisille edellytyksille aseteta yhtä suuria vaatimuksia kuin normaalitilanteissa (ja kääntäen).[5]

[5] Tässä on yleisestävyyttä käsitelty samalta näkökulmalta kuin lakikin sen ymmärtää: kyse on näkökohdista, jotka *rajoittavat* tuomitsematta jättämisen käyttöä. Tätä voi aiheesta moittia liian ahtaaksi lähtökohdaksi. Rangaistuksen moraalia luovan vaikutuksen kannalta saattaisi näet päinvastoin olla myös *suotavaa*, että järjestelmä tuntee varaventtiilin. Näin estetään se, ettei kansalaisten tarvitsisi "tuntea joutuneensa oikeusjärjestyksen liiallisen muodollisuuden uhriksi ja kärsineensä vääryyttä" (ks. myös *Lahti* 1974 s.254 ja alav. 45 mainitut lähteet). Yleinen lainkunnioitus yhtäältä edellyttää, ettei tuomitsematta jättämistä käytetä liian taajaan, mutta toisaalta myös vaatii, että sitä tarpeen tullen todella sovelletaan.

2.3.2. Erityispreventio - NuorRikL 4 §

Yleinen etu voi merkitä myös sitä etua, joka yhteisölle koituu siitä, ettei tekijä syyllisty uusiin rikoksiin. Tuomitsematta jättäminen olisi siis vastoin yleistä etua, jos olisi ilmeistä, että jätettäessä rangaistukseen tuomitsematta tekijä syyllistyisi todennäköisesti uusiin rikoksiin, mutta jättäisi rikokset tekemättä jos hänet tuomittaisiin rangaistukseen. Kun uusimisriskiä koskevat tulokset viittaavat vahvasti siihen, että riski kasvaa seuraamusten ankaruuden myötä, ei asetelmalla ole sanottavaa merkitystä. Korkeintaan peruste asettaa tuomitsematta jättämisen uusimisriskin kannalta prima facie vaihtoehdoksi.

Pulmalliseksi tilanteen tekee NuorRikL 4 §:n määräys, jossa tuomitsematta jättämisen edellytykseksi määrätään, että on "perusteltua aihetta otaksua tekijän ojentuvan, vaikkei häntä tuomittaisikaan rangaistukseen" (ks. tarkemmin *Lahti* 1974 s.400). Taustalla vaikuttavan erityispreventiivisen parannusajattelun mukaan rangaistuksen tuomitsemiseen siis päädyttäisiin, koska henkilö tuomitsematta jätettynä ilmeisesti syyllistyisi uuteen rikokseen. Tuon rikoksen välttämiseksi olisi tekijä taas tuomittava rangaistukseen. Vain ensin mainittu premissi pitää. Jälkimmäisen osalta realistinen tilannearvio viittaa siihen, ettei tekijä aivan välittömässä lähitulevaisuudessa ole välttämättä lainkaan "ojentautumassa", ja sitä varmempaa tämä on, mitä tuntuvampiin sanktioihin joudutaan turvautumaan. Ainoastaan ehdoton vankeus estäisi uudet rikokset lyhyeksi ajaksi. Sen jälkeen ennuste olisi kuitenkin entistä huonompi. NuorRikL:n määräykset rakentuvat siten tämän hetken tietojen perusteella nurinkuriselle logiikalle. Uusimisriskiä ei voi käyttää tuomitsematta jättämisen esteenä ainakaan sopeuttamiseen tähtäävin perustein. Varoitusvaikutuksen ja uusimisankaroitumisen muiden taustaperusteluiden suhteen tilanne on toinen (ks. seuraava jakso).

2.4. Tekijän henkilöön liittyvistä perusteista

Äsken sanottu koski vain *uusimisriskiin* pohjaavaa argumentaatiota. Se ei tarkoita, että uusijat tulisi jättää rangaistukseen tuomitsematta. Uusiminen muodostanee päinvastoin usein *muista syistä* esteen tuomitsematta jättämiselle. Lahti suosittaakin pidättyvyyttä tämän vaihtoehdon soveltamisessa, milloin tekijä on aikaisemmin jätetty samantyyppisestä rikoksesta rangaistukseen tuomitsematta (*Lahti* 1974 s. 400 ja mts. alav. 158). Teoreettinen perustelu löytyy tuomitsematta jättämisen yleisistä edellytyksistä: aikaisemman muistutuksen saaminen heikentää huomattavasti puolustuksen väitettä, että uusi rikos olisi tehty "anteeksi annettavasta huomaamattomuudesta, ajattelemattomuudesta tai tietä-

mättömyydestä''. Uusiminen ts. estää usein subjektiivisten ehtojen toteutumisen. Jos nämä ehdot uusimisesta huolimatta täyttyvät, ei uusiminen itsessään välttämättä perusta estettä tuomitsematta jättämiseen.[6]

3. Oikeuskäytännöstä

Seuraavassa tarkastellaan erikseen KKO:n ja alempien instanssien oikeuskäytäntöä. Koska KKO ei ole antanut NuorRikL:n säännösten soveltamista valaisevia ratkaisuja, keskitytään alussa vähäpätöisiin rikoksiin.

3.1. KKO:n käytäntö vähäpätöistä rikosta koskevissa jutuissa

3.1.1. Varhaisemmasta oikeuskäytännöstä

KKO:n vanhemmasta käytännöstä ilmestyneiden erityistutkimusten pohjalta (erityisesti *Lahti* 1974) voidaan tapauksia sen laajemmin referoimatta tiivistää suoraan keskeiset tulkintaohjeet. Ratkaisut ovat koskeneet ensi sijassa *virkarikoksia* (alituomareiden vähäisiä virkavirheitä, ks. KKO 1968 II 93, 1970 II 70 ja 1413/1973). Rikoksen vähäpätöisyyttä harkittaessa oli ratkaisevaksi muodostunut kohteelle aiheutunut vahinko. Jos virhe on aiheuttanut haittaa tuomitulle, ei KKO pitänyt menettelyä lain tarkoittamassa mielessä vähäpätöisenä (näin *Lahti* 1974 s.430-448).

Toisentyyppistä tilannetta edustivat KKO:n kaksi naineena kihlautumista koskevaa ratkaisua (KKO 1974 II 81 ja 1977 II 25). Niissä syytetty jätettiin rangaistukseen tuomitsematta RL 3:5[3]:n nojalla koska ''rikos oli ollut vähäpätöinen ja teko oli johtunut *olosuhteet ja lainsäädännön vanhentuneisuus huomioon ottaen anteeksi annettavasta ajattelemattomuudesta ja tietämättömyydestä* eikä yleinen etukaan vaatinut rangaistuksen tuomitsemista''. Näissä tapauksissa vähäpätöisyyttä koskeva ehto täyttyy ainakin osaksi jo arvostusten muuttumisen kautta - vanhentuneita moraalikäsityksiä vastaan rikkova teko ei ylipäätään uhkaa yhteisön arvokkaana pitämiä intressejä. Myös subjektiiviset edellytykset täyttyivät suureksi osaksi saman olosuhteen vaikutuksesta (te-

[6] Samansuuntaisesti myös *Lindholm* 1968 s.561. Kirjoittaja ottaa esille myös näissä yhteyksissä usein sivuutetun reaalikonkurrenssiongelman. Hänen mukaansa reaalikonkurrenssi—johon usein liittyy eräänlainen uusimisvaikutus—ei myöskään muodosta välttämättä estettä vähäpätöisen rikoksen jättämiselle rangaistukseen tuomitsematta rikoslain yleissäännöksen nojalla (mts. 561 viitteineen).

Muista tekijän henkilöön liittyvistä piirteistä ikä on otettu huomioon jo sillä, että nuoria varten on omat, laajemmat valtuudet myöntävät säännökset.

ko oli johtunut *lainsäädännön vanhentuneisuus huomioon ottaen* anteeksi annettavasta ajattelemattomuudesta ja tietämättömyydestä).

3.1.2. KKO:n uudemmasta käytännöstä

Lahti kritisoi vuonna 1974 hyvin perustein KKO:n virkarikoksia koskevia päätöksiä seuraushakuisiksi.[7] Hänen mukaansa rikosten aiheuttamia vähäisiä seurauksia ei tulisi pitää tuomitsematta jättämisen esteenä, jos virhe on muilta osin vähäpätöinen (*Lahti* 1974 s.445—446). Lahden esittämistä suosituksista huolimatta virkarikoksissa noudatettu tulkintalinja tuntuu kuitenkin vain tiukentuneen:

> KKO 1984 II 165. Tapauksessa raastuvanoikeuden jäsenet langettivat syytetyille 6 ja 5 kk:n vankeusrangaistukset, vaikka rangaistuksen tuli RL 7:2:n soveltaminen huomioon ottaen olla ensimmäisessä tapauksessa yli 6 kk. Jälkimmäisessä tapauksessa minimi oli 6 kk. HO jätti syytetyt rangaistukseen tuomitsematta koska rikosta oli pidettävä vähäpätöisen, teko oli johtunut olosuhteet huomioon ottaen anteeksi annettavasta huomaamattomuudesta eikä yleinen etu vaatinut rangaistuksen tuomitsemista. KKO tuomitsi kuitenkin saamaan varoituksen varomattomuudesta tehdystä virkavirheestä perusteluin: "Virheet sinänsä ovat suhteellisen vähäisiä, eikä niistä ole aiheutunut haittaa tuomituille. Toisaalta HO:n soveltama *rikoslain 3 luvun 5 §:n 3 momentti on poikkeussäännös*, jota on syytä soveltaa rajoitetusti silloinkin, kun on kysymys suhteellisen vähäisistä rikkomuksista. Syytejuttu, jota ratkaistaessa virheet ovat sattuneet, ei ole siitä laaditun pöytäkirjan mukaan ollut poikkeuksellisen laaja tai erityisen vaikea. *Muutenkaan jutussa ei ole tullut esille sellaista poikkeuksellista tai erityistä seikkaa, jonka perusteella syytettyjen viaksi luettua rikosta olisi pidettävä vähäpätöisenä.*"
>
> KKO 1985 I 3. Raastuvanoikeus jäseninään kaksi oikeusneuvosmiestä ja kunnallisneuvosmies oli tuominnut syytetyn rangaistukseen rikoksen yrityksestä, vaikka kysymyksessä olleen rikoksen yritys ei lain mukaan ole rangaistava teko. HO totesi oman ratkaisunsa perusteluissa, että KKO oli purkanut ro:n päätöksen, syytetty ei ollut suorittanut hänelle määrättyä sakkoa eikä virheellinen menettely ollut aiheuttanut syytetylle muutoinkaan vahinkoa. HO jätti syytetyt rangaistukseen tuomitsematta, koska ". . .syyksi luettu virkavirhe oli vähäpätöinen ja se oli johtunut olosuhteet huomioon ottaen anteeksi annettavasta huomaamattomuudesta eikä yleinen etu vaatinut rangaistukseen tuomitsemista". KKO:n enemmistö tuomitsi kaikki saamaan virkavirheestä varoituksen perusteluin: "Rikoksen yritys on rangaistava vain siinä tapauksessa, että se on laissa säädetty rangaistavaksi. T:n, V:n ja H:n olisi siten pitänyt varmistua siitä, oliko . . . yritys lain mukaan rangaistava. Tätä selonottovelvollisuutta ei ole H:n kohdalla poistanut se, ettei hänellä . . . ole lainopillista koulutusta. . . *Rikoslain 3 luvun 5 §:n 3 momentti on poikkeussäännös ja sitä on näin ollen sovellettava vain rajoitetusti.* Korkein oikeus katsoo, ettei jutussa ole ilmennyt sellaisia seikkoja, joiden perusteella vastaajien viaksi luettua rikosta olisi pidettävä vähäpätöisenä, ja ettei siten H:takaan voida jättää rangaistukseen tuomitsematta pelkästään sillä perusteella, ettei hänellä ole lainopillista koulutusta."

---

[7] Muihin yleistyksiin Lahden tutkimuksen valmistumisajankohtaan mennessä ilmestyneitten ratkaisujen perustelut eivät juuri antaneet aihetta (*Lahti* 1974 s.447-448).

Tapauksissa on merkillepantavaa, että KKO aikaisemmasta poiketen korostaa tuomitsematta jättämisen rajautuvan poikkeustapauksiin, joita varten on esitettävä erityiset syyt. KKO on kaikesta päättäen tahtonut vakiinnuttaa näkemyksen, jonka mukaan tuomitsematta jättäminen varataan vain erityisin ahtaasti tulkittavin perustein ja poikkeustapauksia varten.

Vuoden 1985 plenum-ratkaisussa KKO 1985 I 3 vähemmistö (7 jäs.) oli tosin eri mieltä joko perusteluista, lopputuloksesta tai molemmista seuraavasti:

- Kaksi jäsentä korosti ensin tuomitsematta jättämissäännöksen poikkeusluontoisuutta, joka edellyttää rajoitettua soveltamista, mutta katsoi samalla lainopillisen koulutuksen puutteen sellaiseksi poikkeukselliseksi syyksi, joka teki rikoksen vähäpätöiseksi ja rikoksen johtuneen olosuhteet huomioon ottaen anteeksi annettavasta huomaamattomuudesta.

- Kaksi jäsentä hylkäsi maallikkojäsentä vastaan ajetun syytteen sillä perusteella, että tällä "oikeuden lainoppineiden jäsenten katsoessa H:n menettelyn rangaistavaksi M:llä ei ole ollut aihetta pitää sitä rankaisemattomana". Menettely ei ts. ylittänyt moitittavaa tuottamuskynnystä. Yksi jäsen päätyi enemmistön kantaan perinteiseen "on katsottava" argumentaatioon vedoten (tekoa "ei voida pitää" vähäpätöisenä).

- Kolme jäsentä olisi jättänyt maallikkojäsenen rangaistukseen tuomitsematta laajemmin perusteluin (Lindholm):

> "T:n, V:n ja H:n syyksi luettu *virheellinen menettely on sinänsä rikoslain 3 luvun 5 §:n 3 momentissa tarkoitettu vähäpätöinen rikos*. Siihen nähden, että . . . T:llä ja . . . V:llä on lainopillinen koulutus ja kun *ei ole tuotu esiin sellaisia seikkoja, joista olisi pääteltävissä heidän virheellisen menettelynsä johtuneen anteeksi annettavasta huomaamattomuudesta, ajattelemattomuudesta tai tietämättömyydestä*, katson, ettei ole edellytyksiä T:n ja V:n jättämiseen rangaistukseen tuomitsematta. . . H:n kohdalla, joka . . . ei ole suorittanut lainopillista tutkintoa, katson, . . . että *hänen syykseen luettu virkavirhe on johtunut olosuhteet huomion ottaen anteeksi annettavasta huomaamattomuudesta* ja ettei yleinen etu vaadi hänen tuomitsemistaan rangaistukseen."

Enemmistön tulkinnan mukaan vähäpätöisyydelle asetettiin erityisen korkea kynnys: lieväänkin rikokseen täytyi liittyä erityisiä syitä, ennen kuin se voitiin katsoa vähäpätöiseksi. KKO:n aikaisemman linjan mukaan rikos olisi ilmeisesti ollut vähäpätöinen lain tarkoittamassa mielessä. Tälle aikaisemmin noudatetulle kannalle asettui myös osa vähemmistöstä. Tuomitsematta jättäminen edellyttäisi kuitenkin *lisäksi*, että subjektiiviset ehdot tulevat täytetyksi. Viimeinen äänestyslausuma edusti tätä analyyttisempaa linjaa ja *erotti toisistaan vähäpätöisyyttä ja subjektiivisia seikkoja koskevat ehdot*. Tämä vastaa lain alkuperäistä sanamuotoa ja esitöihin pohjaavaa tulkintaa.

KKO:n uudempi käytäntö on ottanut kantaa myös muihin kuin virkarikoksiin. RL 3:5[3]:n mahdollisuutta on sovellettu siten seuraavissa tapauksissa:

KKO 1979 II 31. As. oy:n isännöitsijä pyrki toteuttamaan yhtiön vuokrasaatavista (4 500 mk) johtuvan pidätysoikeuden vuokralaisen irtaimeen omaisuuteen ja antoi tässä tarkoituksessa vaihtaa huoneistoon uudet lukot sekä kehoitti talonmiestä päästämään vuokralaisen tai hänen työntekijänsä sisään vain mikäli nämä turvautuvat poliisin virka-apuun. Vuokralainen vaati paitsi vahingonkorvausta, syytetyn tuomitsemista omankäden oikeudesta. AO hylkäsi syytteen. HO katsoi menettelyn omankädenoikeutena rangaistavaksi, mutta koska ". . . rikos oli vähäpätöinen ja teko oli johtunut olosuhteet huomioon ottaen anteeksi annettavasta *ajattelemattomuudesta* eikä yleinen etu vaatinut rangaistuksen tuomitsemista" HO jätti rangaistuksen tuomitsematta. KKO jätti asian HO:n ratkaisun varaan (ään. 3-2 kahden jäsenen tuomitessa teosta 20 ps).

KKO 1981 II 10. Syytetyt olivat tien kunnostustöiden yhteydessä kaataneet kuvataiteilijan omistamalta tilalta, jossa hän asui ja työskenteli, puita kaikkiaan 15 kappaletta asiasta etukäteen sopimatta. AO tuomitsi syytetyt haaskauksesta sakkoon sekä määräsi maisemallisesta vahingosta vahingonkorvauksen. HO hylkäsi syytteen. KKO katsoi syytettyjen syyllistyneen haaskaukseen, mutta koska "rikos oli kuitenkin vähäpätöinen ja teko oli johtunut olosuhteet huomioon ottaen anteeksi annettavasta *ajattelemattomuudesta*, eikä yleinen etu vaatinut rangaistuksen tuomitsemista" KKO jätti rangaistuksen tuomitsematta. Samoista syistä myös maisemallisesta vahingosta kuvataiteilijalle maksettavaksi tuomittua vahingonkorvausta soviteltiin.

KKO 1985 II 38. Syytetty A oli nuotanvedon yhteydessä oleskellut asianomistaja R:n huvilan pihapiirissä kahdesti vastoin R:n nimenomaista kieltoa. Aluetta oli ikimuistoisista ajoista käytetty nuotanvetoon, mihin vedoten AO katsoi, ettei oleskelu ollut tapahtunut ilman laillista syytä. HO katsoi, että menettely on kalastuslain vastaista, mutta "*siihen nähden, että kysymyksessä olevaa rantaa oli vanhastaan käytetty kalastuskunnan osakkaiden nuotanvetopaikkana* A:n syyksi luettu rikos oli johtunut olosuhteet huomioon ottaen anteeksi annettavasta *ajattelemattomuudesta ja tietämättömyydestä* ja sitä oli pidettävä vähäpätöisenä eikä yleinen etu vaatinut rangaistuksen tuomitsemista". KKO jätti ratkaisun HO:n päätöksen varaan.

Käsittääkseni ainoa ratkaisuja yhdistävä piirre on *epäselvyys siitä, onko tutkittavana oleva menettely ylipäätään rangaistavaa*. Ensimmäisessä tapauksessa alioikeus oli hylännyt syytteen. Toisessa taas hovioikeus oli katsonut, ettei kyse ole rangaistavasta menettelystä. Kolmannessa tapauksessa alioikeus oli jälleen sillä kannalla, ettei teko täytä rikoksen tunnusmerkistöä. Näiden tapausten valossa tuomitsematta jättäminen on kyllä jäänyt kovin marginaalisen tapausryhmän varaventtiiliksi.

Rajanvetoa *toiseen suuntaan* valottaa uusin asiaa koskeva KKO:n prejudikaatti

KKO 1985 II 81. Tapauksessa syytetyt olivat vastoin vesilain ao. määräyksiä ottaneet soraa pohjaveden ottamon läheisyydestä siitä huolimatta, että vedenottamon omistaja oli syytettyjä tästä lainvastaisesta toiminnasta jo kertaalleen huomauttanut. Vesioikeus jätti syytetyt rangaistukseen tuomitsematta kun ". . . soranoton ei ollut todettu vaikeuttaneen veden saantia . . . ja kun ei ollut täysin varmaa, pääsivätkö soranottoalueelle muodostuneen avonaisen pohjavesilammikon kautta bakteerit ja

muut epäpuhtaudet vaikuttamaan haitallisesti vedenottamon veden laatuun . . . rikos oli vähäpätöinen ja se oli johtunut olosuhteet huomioon ottaen anteeksi annettavasta ajattelemattomuudesta eikä yleinen etu vaatinut rangaistuksen tuomitsemista . . .". Vesiylioikeus jätti asian vesioikeuden päätöksen varaan. KKO totesi soraa ehdityn ottaa ilman lupaa 5 000 kuutiometriä ja tarkoituksena oli ottaa sitä kaikkiaan noin 10 000 kuutiometriä. Tämänkaltaisesta soranotosta *on ilmeisesti saattanut aiheutua veden laadun huononemista ja siten veden saannin vaikeutumista ottamosta*. Edelleen KKO totesi, että *yhtiölle oli jo v. 1977 tehty asiasta huomautus ja että tästä huolimatta oli laadittu suunnitelmat sanotun suuruisesta soranotosta* ilman että olisi ryhdytty toimenpiteisiin luvan hankkimiseksi vesioikeudelta. KKO katsoi syytettyjen menettelyn osoittavan "välinpitämättömyyttä osuuskunnan pohjaveden ottamon veden laadusta ja veden saannista siitä". KKO tuomitsi teosta kummallekin syytetylle 30 ps perusteluin: " (v)aikka L:n ja R:n viaksi jäävästä luvattomasta soranotosta *ei ole näytetty aiheutuneen osuuskunnan vedenottamolle vahinkoa*, vesiylioikeuden heille syyksi lukemaa rikosta *ei edellä mainituista syistä voida pitää vähäpätöisenä*. Sen vuoksi ja kun myös yleinen etu yleisen lainkuuliaisuuden ylläpitämiseksi tällaisessa tapauksessa vaatii syyllisten tuomitsemista rangaistukseen, L:ää ja R:aa ei voida jättää rangaistukseen tuomitsematta."

Tapauksessa kiinnittyy huomio vesioikeuden perusteluihin. Niiden mukaan tuomitsematta jättämisen eräänä perusteena oli, ettei "ollut täysin varmaa" seurasiko soranotosta pohjaveden pilaantuminen. Tämä on huomattavan seuraushakuista ajattelua. KKO totesikin, että toiminnasta on "ilmeisesti saattanut aiheutua" konkreettinen vahinko pohjavedelle.[8] On myös merkillepantavaa, että vesioikeus katsoi rikoksen johtuneen "anteeksi annettavasta ajattelemattomuudesta", vaikka tekijöitä oli jo kertaalleen huomautettu menettelyn virheellisyydestä. KKO:n tekemä ratkaisu onkin tuomitsematta jättämisen *kaikkien* edellytysten kannalta ainoa mahdollinen. Rikos ei seurausten laatu ja laajuus huomioon ottaen ole miltään osin vähäpätöinen. Päinvastoin kyse on rikoksesta, joka saattaa aiheuttaa pohjaveden pilaantumisen laajalta alalta ja pelkät taloudelliset vahingot voivat kohota lukemiin, joihin esim. perinteiset omaisuurikokset tuskin koskaan yltävät. Teko ei myöskään voi johtua ajattelemattomuudesta, jos tekijöitä on jo kerran asiasta huomautettu. Mikä tärkeintä, yleistä etua koskeva edellytys jää täyttymättä sekä termin laajemmassa että suppeammassa merkityksessä. Kyse on laskelmoidusta toiminnasta, johon rangaistuksilla voi olettaa olevan edes jonkinlainen yleispreventiivinen vaikutus. Puhtaan pohjaveden saannin voi katsoa myös edustavan sellaista yhteisöllistä "yleistä etua", jonka turvaamiseksi rangaistusten käyttö on tilanteessa katsottavissa hyvin syin perustelluksi.[9]

[8] Ilmaukset tarjoavat myös kiintoisan vertailukohteen esimerkiksi siihen vahinkotodennäköisyyteen, jonka perusteella törkeän rattijuopumuksen on katsottu "olleen omiaan" aiheuttamaan vaaraa yleiselle liikenneturvallisuudelle.

[9] Toinen asia on, missä määrin tuomitut näpistyssakkojen tasolla olevat rangaistukset tältä kannalta vastaavat teon haitallisuutta.

3.2. Hovioikeuksien käytäntöä

Ratkaisut ryhmitetään seuraaviin pääryhmiin: (a) erehdystilanteet (tietämättömyys), (b) syyllisyys ja motivointiongelmat (anteeksi annettava huomaamattomuus, ajattelemattomuus ja ymmärtämättömyys), (c) toiminta- ja seurausvääryys (vähäpätöisyys) ja (d) teon ulkopuoliset perusteet (yleinen etu).

3.2.1. Tietämättömyys teon rangaistavuudesta

Lahti referoi tutkimuksessaan useita päätöksiä, joissa erehdys, ensi sijassa tietämättömyys teon rangaistavuudesta, on ollut perusteena tuomitsematta jättämiselle. Perusteluissa viitataan tällöin useimmiten juuri lain "anteeksi annettavaa tietämättömyyttä" koskevaan edellytykseen.[10] Myöhemmässä oikeuskäytännössä erehdystilanteilla on ollut merkitystä etenkin ns. ylikorkojutuissa:

> RHO 608/1980. Hovioikeus jätti syytetyn rangaistukseen tuomitsematta alioikeuden mainitsemin perustein: ". . . Kun kuitenkin syytetty on *luku-ja kirjoitustaidoton* ja kun *asiat syytetyn puolesta on hoitanut hänen miehensä*, joka jo . . . on omalta osaltaan tuomittu rangaistukseen, ja kun *on ilmeistä, ettei syytetty ole käsittänyt allekirjoittaessaan veroilmoituksensa tekoaan*, ja kun rikos on vähäpätöinen ja kun teko on johtunut edellä mainitut olosuhteet huomioon ottaen anteeksi annettavasta *tietämättömyydestä ja ymmärtämättömyydestä* ja kun yleinen etukaan ei vaadi rangaistukseen tuomitsemista. . ."

[10] Ks. esim. THO 172/1971, lapsenryöstöstä syytetty jätettiin rangaistukseen tuomitsematta tilanteessa, jossa toinen puolisoista oli noutanut asiasta ensin poliisin kanssa keskusteltuaan lapset niiden huoltajaksi määrätyn, juopottelevan ja lasten kanssa riitelevän puolison hallusta; THO 1174/1971, huoneen vuokrien säännostelystä annettujen määräysten rikkominen jätettiin rangaistukseen tuomitsematta, koska sen ". . .oli katsottava johtuneen käyvän vuokratason epäselvyydestä sekä olosuhteet huomioon ottaen anteeksi annettavasta vuokrasäännöstelymääräysten tietämättömyydestä"; HHO 1533/1972, tinnerin myynti ja myrkkylain rikkominen jätettiin vähäpätöisenä rangaistukseen tuomitsematta, koska po. ". . .tinnerin kohdalla on sanottuna aikana asinomaisten viranomaisten laintulkinnassa esiintynyt erilaisia käsityksiä siitä, onko sanottuun tinneriin nähden ollut sovellettava toisen luokan myrkkyjä koskevia määräyksiä". Näiden ohella voi vielä mainita ns. *epäsuoraa kieltoerehdystä* muistuttavan tilanteen KKO 1295/1969, jossa moottoriajoneuvon omavaltainen käyttöönotto jätettiin rangaistukseen tuomitsematta olosuhteissa, joissa syytetyllä oli perusteltu aihe otaksua omistajan suostuneen rikokseen (ks. myös *Lahti* 1974 s.459).— Lahden keräämään aineistoon kuuluu runsaasti myös TLL:n normien vastaisia rikoksia, jotka on jätetty rangaistukseen tuomitsematta TLL 9a §:n nojalla. Erehdystilanteisiin kuuluu mm. tuomitsematta jättäminen sillä perustella, että "tukkitiestä varoittava liikennemerkki on ollut lumen peittämä" (ISHO 882/1971, *Lahti* 1974 s.481). Tuoreempana samaan ryhmään kuuluvana tapauksena mainittakoon ISHO 10.9.1979 R 1977/1204, jossa kiellettyyn ajosuuntaan ajaminen jäi rangaistukseen tuomitsematta, kun kaupungissa ei sähkölakon vuoksi ollut katuvalaistusta.

RHO 416/1980. AO jätti ylikorkotalletuksia koskevassa veropetoksessa vuonna 1905 syntyneen naishenkilön rangaistukseen tuomitsematta, koska: ". . .*syytetylle on näin ollen näistä jo vero määrätty* ja kun syytetty *vanhana ihmisenä ei ole ymmärtänyt talletusten ilmoittamisvelvollisuutta* ja kun tekoa on pidettävä vähäpätöisenä ja kun yleinen etukaan ei vaadi hänen rangaistukseen tuomitsemista. . ." Hovioikeus pysytti päätöksen kihlakunnanoikeuden perusteluin lisäten vielä erityisesti: "Kihlakunnanoikeuden A:n syyksi lukema teko on tapahtunut olosuhteet huomioon ottaen anteeksi annettavasta *tietämättömyydestä.*"

Tapauksissa erehdys on kohdistunut talletusten veronalaisuuteen. Sen on tehnyt ymmärrettäväksi syytettyjen subjektiiviset olosuhteet ja ominaisuudet (luku- ja kirjoitustaidottomuus, ikä sekä kokemattomuus asioiden hoidossa). Tähän liittyen voidaan vielä mainita erehtyminen oikeuttamisperusteesta (ns. epäsuora kieltoerehdys). Kun varsinaisella erehdyksellä saattaa olla soveltamisen mahdollisuuksia lähinnä hallinnollisten määräysten alalla sekä tulkintojen muuttuessa, erehtyminen oikeuttamisperusteen olemassaolosta voi johtaa tuomitsematta jättämiseen myös rikoksissa, joiden rangaistavuudesta ei normaalioloissa sinänsä vallitse epäselvyyttä (ks. myös edellä ratkaisua KKO 1295/1969).[11] Oikeuserehdyksen ja tosiasiaerehdyksen väliin sijoittuisi vielä lain tulkintaa koskeva soveltamiserehdys. Tällaiseksi voitaisiin ehkä katsoa seuraava tilanne:

HHO 405/1985: Syytetty oli huvipuistossa pitänyt puseronsa päällä helposti irroitettavissa ollutta niittivyötä, jossa oli ollut kolmessa pitkittäisessä rivissä noin 1/2 senttimetrin korkuisia, kartiomaisesti kapenevia niittejä, joiden pohjan halkaisija oli noin 1 senttimetri ja kärjen halkaisija noin 1 millimetri. Kokonsa ja painonsa sekä erityisesti vyöhön kiinnitettyjen niittien vuoksi tuo nahkavyö oli sellainen julkisista huvitilaisuuksista annetun lain 8 §:n 1 momentissa tarkoitettu esine, jota voitiin käyttää lyömäaseena henkeen tai terveyteen kohdistuvan rikoksen suorittamiseen tai sellaisella rikoksella uhkaamiseen. Vyön tuominen huvitilaisuuteen oli kuitenkin johtunut syytetyn *ajattelemattomuudesta* ja teko oli *vallinneissa olosuhteissa luonteeltaan anteeksi annettava ja vähäpätöinen*. Sen vuoksi ja kun yleinen etukaan ei vaatinut rangaistuksen tuomitsemista syytetty jätettin RL 3 luvun 5 §:n 3 momentin nojalla rangaistukseen tuomitsematta.

Tapauksessa syytetyn mukanaan pitämä vyö täytti laissa tarkoitetun väkivaltarikoksen tekemiseen soveltuvan välineen tunnusmerkit. Kriminalisointi ei

[11] HHO 101/1984. Syytetty oli tavannut asianomistajan asuntonsa porraskäytävän valopainiketta rikkomasta ja ottanut tieten alle 15 vuotiaan asianomistajan kiinni tämän henkilöllisyyden selvittämistä varten tai saattaakseen teon poliisiviranomaisten tutkittavaksi. Tähän hänellä ei syytetyn nuoruuden vuoksi olisi kuitenkaan ollut oikeutta (RVA 23[1] §). Teko jätettiin vähäpätöisenä rikoksena rangaistukseen tuomitsematta ". . . koska kuitenkin *P on toiminut siinä uskossa, että hänellä olisi ollut mainitun lainkohdan mukainen kiinniottooikeus, eikä kiinniotossa ole käytetty muuta väkivaltaa kuin, että T on pakotettu P:n asuntoon*, niin ja kun *vapauden riisto on kestänyt hyvin lyhyen ajan*, P:n rikosta on pidettävä vähäpätöisenä."

edellytä, että tällaista välinettä pidetään mukana rikoksen tekemisen tarkoituksessa. Periaate, jonka mukaan rikokset rangaistaan, jollei muuta ilmene, vain tahallisesti tehtyinä, johtaisi siihen, että tietämättään puukkoa mukanaan pitävä (tosiasiaerehdys) vapautuisi vastuusta. Se, että henkilö on epävarma siitä, täyttääkö mukana oleva kääntöveitsi lain tarkoittaman vaarallisen välineen ehdot, ei vapauta vastuusta (soveltamiserehdys). Veitsi on joka tapauksessa veitsi, ja sitä voidaan maallikkokäsityksen mukaan aina käyttää väkivaltarikoksen tekemiseen. Sen sijaan vaatekappaleiden vaarallisuuden arvostelu on sanotussa suhteessa tulkinnanvaraisempaa ja joka tapauksessa on ymmärrettävää, ettei vaaralliseksi katsottavaa vyötä päällään kantanut tullut ajatelleeksi, että hän samalla rikkoo huvilain määräyksiä. Soveltamiserehdys on ts. anteeksiannettava.[12]

3.2.2. Syyllisyysperusteet ja motivointi

Syyllisyysarvioinnin alaan kuuluvina seikkoina tulevat kysymykseen ennen kaikkea tekijän ärsyttäminen rikokseen sekä olosuhteitten muutoin luoma vaikea motivointitilanne.[13] Tästä on kyse myös seuraavissa tapauksissa:

> VHO 348/IV/1975. B:n soitettua autostereoitaan syytetyn uskonnollisia tunteita loukkaavalla tavalla A:n talon pihalla A tunkeutui B:n autoon ja repi musiikintoistovälineiden johdot. Teko jätettiin rangaistukseen tuomitsematta, koska se johtui olosuhteet huomion ottaen anteeksi annettavasta ajattelemattomuudesta.
>
> THO 3034/1976. Syytettynä ollut kioskinmyyjä oli lyönyt A:ta, mutta jätetty rangaistukseen tuomitsematta, koska "A itse oli puheena olevassa tilaisuudessa käyttäytynyt seurassaan olleiden henkilöiden kanssa häiritsevästi ja tuo seurue oli saamastaan kehoituksesta huolimatta kieltäytynyt poistumasta paikalta. . .".

Molemmissa tapauksissa uhrin taholta tapahtunut provokaatio katsottiin siis perusteeksi, joka oikeutti tuomitsematta jättämiseen, joko siten, että syytetyn menettely tulkittiin ajattelemattomuudeksi tai siten, että rikos katsottiin vähäpätöiseksi.

Muina motivointivaikeuksina on oikeuskäytännössä otettu huomioon te-

---

[12] Tämä on vain yksi tapa tulkita ratkaisua. Tapausta voidaan arvostella myös vahingon ja vaaran vähäisyyden kannalta.

[13] Lahti mainitsee tutkimuksessaan mm. seuraavat ratkaisut: THO 996/1972, maanviljelijä syyllistynyt luvattomaan metsästykseen ampuessaan lattiansa alla asustaneen ja siihen aikaan rauhoitetun supikoiran. Teko katsottiin tehdyksi ajattelemattomuudesta "supikoiran aiheuttaman vahingon ja häiriön huomioon ottaen"; VHO 143/1971, kostaapeli pahoinpidellyt säilytyksessä ollutta ja metelöivää ja häiriötä tuottanutta uhria; ISHO 78/1973, uhria kasvoihin lyönyt syytetty jätettiin NuorRikL:n perusteella rangaistukseen tuomitsematta tilanteessa jossa uhri oli ennen tekoa käynyt syytettyyn käsiksi (uhrilta murtui nenäluu, ks. tarkemmin *Lahti* 1974 s.471 ss selostettua oikeuskäytäntöä).

kijän *hätääntyminen*[14] tai *sääli*[15]. Lahden tutkimuksessa on lisäksi referoitu tapauksia, joissa tekijän *motiivit* tai *tarkoitukset* on hyväksytty tuomitsematta jättämisen perusteiksi etenkin asiakirjaväärennöksiä koskevissa rikoksissa, joissa teko on kohdistunut henkilöllisyystodistuksiin ja tavoitteena on ollut vain päästä sisään ravintolaan (ks. *Lahti* 1974 s. 456-457).[16]

3.2.3. Tekotapa ja seuraukset

Vaikka KKO:n käytännössä seurausten syntyminen sulki mahdollisuudet tuomitsematta jättämiseen, hovioikeudet tuntuvat olevan astetta joustavammalla kannalla:

> Ratkaisussa HHO 28.12.1979 R 1978/1912, vahingonteosta ja kotirauhan rikkomisesta syytetty jätettiin rangaistukseen tuomitsematta "koska *teot olivat aiheuttaneen häiriön ja vahinkojen osalta vähäisiä* ja tapahtuneet anteeksi annettavasta huomaamattomuudesta ja ajattelemattomuudesta. . .".
>
> HHO 559/1986. Syytetty oli väittänyt herjausta koskevan jutun alioikeuskäsittelyn yhteydessä asianomistajan menettelevän tavalla joka voi saattaa hänet halveksimisen alaiseksi ja haitata hänen elinkeinoaan. Vaikka AO hylkäsi prosessin kohteena olevaa herjausta koskevan syytteen, katsoi HO tuon kirjelmän esittämisen itsessään täyttävän herjauksen tunnusmerkistön. HO jätti syytetyn kuitenkin RL 3:5[3]:n nojalla rangaistukseen tuomitsematta perusteluin: ". . .koska R:n kirjelmän sisältö kysymyksessä olevassa raastuvanoikeuden istunnossa on kuitenkin *tullut suhteellisen suppean henkilöpiirin tietoon*, hovioikeus pitää rikosta vähäpätöisenä ja katsoo, että se on johtunut olosuhteet huomioon ottaen anteeksi annettavasta ajattelemattomuudesta ja ettei yleinen etu vaadi rangaistuksen tuomitsemista".

Näissä tapauksissa on ilmeistä, että rikoksista on joka tapauksessa aiheutunut *joitakin* seurauksia, olkoonkin, että kyse on ollut varsin vähäisistä oikeudenloukkauksista.

Seurausten vähäisyyden tai niiden puuttumisen ohella tuomitsematta jättämisen kannalta relevantteina teonpiirteinä saattoi tulla kyseeseen mm. *teki-*

[14] KKO 1639/1971, syytetty oli tappanut toisen koiran ajettuaan ensin vahingossa sen yli autolla aiheuttaen koiralle vaikeita vammoja - tilanne voidaan tulkita myös pakkotilaksi.

[15] VHO 247/1972, työnantaja oli rikkonut ulosottoviranomaisten antamaa maksukieltoa vastaan ja maksanut syytetylle kiellosta huolimatta täyden palkan. Teko katsottiin tehdyksi ajattelemattomuudesta "huomioon ottaen B:n (työntekijä) taloudellisen ahdingon ja muut olosuhteet".

[16] Ks. NuorRikL:n mukaista käytäntöä vastaavissa tilanteissa, *Lahti* 1974 s.470-471. Tieliikenteen piiristä voidaan mainita esimerkkinä ratkaisu THO 5.9.1979 1978 R 18. Tapauksessa syytetty oli pysäyttänyt autonsa keskelle tietä keltaisen sulkuviivan viereen mennäkseen auttamaan liikenneonnettomuudessa mahdollisesti loukkantuneita. Tekijä jätettiin rangaistukseen tuomitsematta, koska *rikkomus olosuhteet huomioon ottaen oli vähäinen*. Hyväksyttävät tavoitteet ts. tekivät teon vähemmän moitittavaksi.

jän ja uhrin lähinen suhde eräissä omaisuusrikoksissa (ks. *Lahti* 1974 s.455-456 sekä 471) sekä *muita vähäisempi osallistuminen rikoksen toteuttamiseen* (ks. *Lahti* 1974 s.462). Päätösperustelujen puuttuessa päätelmät pohjaavat kuitenkin ainoastaan tapausten ominaispiirteiden tulkinnalle (ks. myös *Lahti* 1974 s. 469-470).

3.2.4. Teon ulkopuoliset perusteet

Teon ulkopuolisista seikoista löytyy esimerkiksi vain yksi hovioikeusratkaisu:

> VHO 99/1972. A oli, sovittaessaan vapausrangaistusta vankilassa, murtautunut vankilan lukittuun maidonjäähdytyshuoneeseen ja anastanut sieltä litran maitoa, joka oli saatu takaisin. A jätettiin RL:n määräysten perusteella rangaistukseen tuomitsematta *"ottaen huomioon vankilaviranomaisten toimesta määrätyt järjestysseuraamukset"*.

Tapauksessa ratkaisuperusteena oli *seuraamusten kasaantuminen*. Konkreettisesti vähäpätöinen rikos oli tehty vanhan RL 28 luvun voimassaollessa, joten teko katsottiin törkeäksi varkaudeksi. Lisäksi A oli vanhan RL 6 luvun mukaan rikoksen uusija. Muutoin sanktiokumulaatioon ei juuri ole vedottu. Tosiasiallisesti se lienee kuitenkin usein tuomitsematta jättämisratkaisujen taustalla tilanteissa, joissa liikenteessä loukkaantuneet ja liikennesääntöjä rikkoneet jalankulkijat jätetään rangaistukseen tuomitsematta (ks. *Lahti* 1974 s.482-483 selostettuja tapauksia). *Vahinkojen korvaaminen ja rikoksen vaikutusten estäminen* on mainittu tuomitsematta jättämisen perusteena lähinnä eräissä Lahden referoimissa alioikeusratkaisuissa.[17]

3.3. Alioikeuskäytäntöä

Ratkaisut ovat toistaiseksi koskeneet rikoslain yleissäännöksen soveltamista. NuorRikL:n mukaisten ratkaisujen vähälukuisuus aineistossa ei kuitenkaan kerro mitään normien soveltamistiheydestä eikä niiden käytännön merkityksestä. Päinvastoin, rikoslain tuomitsematta jättämistä koskeva säännös koetaan siinä määrin poikkeukselliseksi, että sitä sovellettaessa tuomioistuimet yleensä esittävät myös perusteet ratkaisun tueksi. Sen sijaan nuorten henkilöiden jättäminen rangaistukseen tuomitsematta on tietyissä teko- ja tekijäryhmissä niin rutiininomaista, että päätösperusteluiksi riittää lain sanamuodon toistaminen.

---

[17] Tuottamuksellinen ryhtyminen rikoksella saatuun tavaraan jätettiin rangaistukseen tuomitsematta tekijän luovutettua oma-aloitteisesti pantiksi saamansa henkilöauton poliisille, kavallus jätetty rangaistukseen tuomitsematta tekijän korvattua yhtiölle aiheuttamansa vahingon, ks. *Lahti* 1974 s. 461-462.

Oheinen taulukko antaa kuvan nyt tarkasteltavien säännöksen soveltamisesta vuosina 1974-1984.

Taulukko 8. Tuomitsematta jättämispäätökset vuosina 1974-1984 (Svt XXIII B)

	NuorRikL		RL		Yhteensä	Osuus
	N	%	N	%	N	kaikista %
1974	971	69.9	419	30.1	1390	2.1
1975	1155	73.3	420	26.7	1575	2.2
1976	876	72.2	338	27.8	1214	1.8
1977	1210	78.9	324	21.1	1534	2.2
1978	1109	76.9	334	23.1	1443	2.0
1979	1109	72.5	421	27.5	1530	2.2
1980	1236	69.9	529	30.1	1765	2.4
1981	1000	67.2	488	32.8	1488	2.0
1982	1022	65.4	540	34.6	1562	2.1
1983	916	63.2	533	36.8	1449	1.9
1984	1005	65.8	522	34.2	1527	2.0
1985*	1031	70.7	427	29.3	1458	..

* Ennakkotieto tilastokeskuksesta.

** Osuus on laskettu kaikista varsinaisasioista.

Päätösten kokonaismäärä on vaihdellut 1200 -1800 välillä. Lukumääräiset muutokset eivät seuraa mitään selvää logiikkaa. Tuomitsematta jättämisiä on määrällisesti ja suhteellisesti jokseenkin yhtä paljon kuin kymmen vuotta aikaisemmin. Rikoslain yleissäännöksen soveltamisosuus oli pienimmillään vuosina 1977-1978. Nyt suhde on 7:3 NuorRikL:n määräysten eduksi. Myös Lahden tutkimus osoitti NuorRikL:n määräysten soveltamisen yleissäännöstä tavallisemmaksi. Lisäksi analyysi osoitti ensin mainittujen säännösten mahdollistavan rangaistukseen tuomitsematta jättämisen yleissäännöstä törkeämmissä rikoksissa (*Lahti* 1974 s. 484 ss). Tätä eroa on syytä korostaa. Taulukon vertailu ei vielä otakaan huomioon sitä, että myös se perusjoukko, johon NuorRikL:n säännöksiä voidaan soveltaa, on huomattavasti rikoslain vastaavaa populaatiota pienempi. Seuraavasta taulukosta ilmenee, kuinka moni rikoksesta syytetty nuori henkilö ja vastaavasti aikuinen jäi rangaistukseen tuomitsematta.

Taulukko 9. Tuomitsematta jättämissäännösten käyttö suhteessa rikoksentekijäryhmien kokoon

	Nuoret henkilöt		Yli 18 vuotiaat	
	N	%	N	%
Rangaistukseen tuomitut	7630	86.8	68 149	99.2
Tuomitsematta jätetyt	1005	13.2	522	0.8
Yhteensä	7630		68 149	

Yksikkönä varsinaisessa oikeudenkäynnissä tuomittu päärikos

Nuorista henkilöistä jätetään rangaistukseen tuomitsematta 13 %, kun taas 18 vuotta täyttäneiden ryhmässä vastaava luku on 0.8 %. Otostutkimuksen perusteella ehdoton valtaosa nuorista jätetään rangaistukseen tuomitsematta heitä koskevien erityissäännösten nojalla.[18] Näin mitattuna *NuorRikL:n säännöksen soveltamistiheys rikoslain perussäännökseen verrattuna on yli kymmenkertainen.*

Seuraavaan taulukkoon on merkitty tuomitsematta jätettyjen osuus kussakin rikostyypissä. Prosenttiluvut kertovat eri säännösten mukaan tuomitsematta jätettyjen osuuden rikostyypin mukaan (esim. 23.5 % NuorRikL:n mukaan rangaistukseen tuomitsematta jätetyistä oli syytettynä varkaudesta).

[18] Varkaus- ja pahoinpitelyrikoksia koskevan otoksen (*Lappi-Seppälä* 1980a) 43:sta nuorena henkilönä rangaistukseen tuomitsematta jätetystä *jokaiseen* sovellettiin NuorRikL:n määräyksiä. *Lahti* on kuitenkin puolustanut tulkintaa, jonka mukaan myös nuoret henkilöt tulisi jättää rangaistukseen tuomitsematta ensi sijassa rikoslain yleissäännöksen nojalla, milloin tuon säännöksen edellytykset vain ovat täyttyneet. Vasta siinä vaiheessa, kun yleissäännöksen ehdot eivät täyty, tulisi tuomioistuimen turvata laajemmat valtuudet antavan NuorRikL:n määräyksiin. Suositus on hyvin perusteltu. NuorRikL:n säännösten soveltamiseen on teoreettisesti liitettävissä suojelukasvatustoimenpiteitä, jotka syytetty mitä todennäköisimmin kokee ylimääräisenä rasituksena. Syytetylle edullisemman vaihtoehdon valitseminen edellyttää tällöin rikoslain säännöksen soveltamista (*Lahti* 1974 s.410 ja 496 viitteineen). Kun yleisen tuomitsematta jättämissäännöksen ehdot on asetettu niinkin tiukoiksi kuin ovat, nuoria koskevien säännösten taaja soveltaminen on tavallaan välttämätöntä.

Taulukko 10. Tuomitsematta jättämistä koskevien säännösten soveltamistapausten jakautuma eri rikostyyppien kesken

	NuorRikL		RL 3:5[3]	
	N	%	N	%
16:11 1mom	11	1.1	-	-
16:14 1mom	2	0.2	21	4.0
16:20a	48	4.8	2	0.4
21:5	58	5.8	7	1.3
23:1	21	2.1	7	1.3
23:2	12	1.1	-	-
23:7	12	1.1	2	0.4
28:1	236	23.5	6	1.2
28:2	11	1.1	-	-
28:3	46	4.6	8	1.4
29:4 1mom	11	1.1	4	0.8
32:1	68	6.8	7	1.3
35:3	56	5.6	17	3.3
36:4-7	71	7.1	11	2.1
38:6a	145	14.4	16	3.1
Laki radiolaitteista	-	-	30	5.8
Luvaton rajanylitys	..	..	5	0.8
Ammattimaisen moottoriajoneuvoliikenteen harj. ilman lupaa			37	7.1
Valtuuslait	..	..	4	0.8
Yhteensä	801	80.0	184	35.2
Kaikki	1005		522	

Listaan kerätyt 17 rikosta kattavat 80 % nuoria koskevista tuomitsematta jättämispäätöksistä ja 35 % aikuisrikollisten vastaavista ratkaisuista. Tapausten keskittymisessä oleville eroille löytyy selitys jo aiemmin esitetystä: nuorten jättäminen rangaistukseen tuomitsematta ei edusta poikkeusratkaisua, vaan on olennainen osa seuraamusjärjestelmää. Keräämällä tavallisimmat rikokset, jotka kattavat suurimman osan tuomituista tapauksista, saadaan samalla kerätyksi suurin osa tuomitsematta jättämisratkaisuista. Muihin kuin RL 3:2:n nojalla tuomittuihin tätä mahdollisuutta sovelletaan vain poikkeuksellisissa oloissa. Rikosryhmän koko ei tällöin enää välttämättä ratkaise. Kun tapauksiin tulee liittyä jotakin poikkeuksellista, ovat nimenomaan harvinaiset rikostyypit erityisasemassa. Hyvänä esimerkkinä tästä ovat RL 3:5[3]:n soveltamisen kannalta suurimmat rikosryhmät: omankäden oikeus, ammattimaisen moottoriajo-

neuvoliikenteen harjoittaminen ilman lupaa ja radiolaitteita koskevien määräysten rikkominen.

Taulukko ei toisaalta vielä kerro sitä, *kuinka tavallista* tuomitsematta jättäminen *kussakin rikostyypissä ja eri tekijäryhmissä (nuoret/aikuiset) on*. Sen selvittämiseksi tulisi perusjoukoksi valita kustakin rikoksesta eri tekijäryhmässä tuomitut. Seuraavassa taulukossa NuorRikL:n mukaan tuomitsematta jätettyjen peruslukuna pidetään RL 3:2:n nojalla rangaistukseen yleensä tuomittuja kussakin rikostyypissä (ks. alaviite 18 edellä).

Taulukko 11. Tuomitsematta jätetyt nuoret henkilöt ja aikuiset eri rikostyyppien mukaan

	NuorRikL		RL 3:5[3]	
	N	%	N	%
16:14 1mom	..	..	154	13.6
21:5 ja 7	892	7.8	5648	0.4
23:1	663	3.2	6508	0.1
23:2	147	8.2	8669	0.0
23:7	77	15.6	1476	0.1
28:1-2	1780	13.2	7034	0.1
28:3	293	15.7	886	0.9
32:1	269	25.2	1974	0.4
35:3	442	12.7	1422	1.2
36:4-7	231	30.1	1425	0.8
38:6a	641	22.6	1817	0.9
Laki radiolaitteista	..	..	4823	0.6
Luvaton rajanylitys	..	..	33	15.2
Amm.ma.liik. harj. ilman lup.	-	-	305	12.3
Valtuuslait	..	..	33	12.1
Yhteensä	801	82.0		
Kaikki	1005		522	

* Mukana vain varsinaisasiat.

Nyt taulukko kuvaa, kuinka tavallista tuomitsematta jättäminen on eri rikoksista eri tekijäryhmiä syytettäessä. Esimerkiksi 15.7 % näpistyksestä syytetyistä nuorista henkilöistä jäi rangaistukseen tuomitsematta (NuorRikL:n säännösten nojalla), kun taas aikuisista jäi RL 3:5[3]:n nojalla rangaistukseen tuomitsematta vain 0.9 %. Perusasetelma, jonka mukaan nuorten ryhmässä

liikutaan 10-20 %:n ja toisessa ryhmässä 0.5-1.0 %:n vaiheilla, säilyy kokonaisuudessaan edelleen.[19] Kiintoisia poikkeuksiakin on.

NuorRikL:n tapauksista tuomitsematta jättäminen on harvinaisinta rattijuopumusrikoksista (3—8 %). Tähän rikokseen suhtaudutaan siis myös tässä suhteessa keskimääräistä tiukemmin. Suhteellisen harvoin tuomitsematta jättämiseen johtava rikos on pahoinpitely (8 %). Toisen ääripään rikoksia olivat varastetun tavaran kätkeminen ja asiakirjaväärennös. Näistä rikoksista syytetyt nuoret jäivät rangaistukseen tuomitsematta 25—30 % tapauksista. Varastetun tavaran kätkeminen voikin nuorisojoukossa usein tapahtua olosuhteissa, joissa menettelyn voi hyvällä syyllä katsoa johtuneen ajattelemattomuudesta (esimerkiksi kaupasta anastettujen elintarvikkeiden nauttiminen). Sama pätee usein myös nuorten tekemiin asiakirjaväärennnöksiin. Nuoret eivät useinkaan ole selvillä siitä, kuinka ankarasti sanktioidusta käyttäytymisestä todellisuudessa on kyse. Tekojen tavoitteisiin (ravintolaan pääseminen tms.) nähden kohtuullinen lopputulos edellyttäisi taas usein minimin alittamista koskevan poikkeussäännöksen soveltamista. Tämä kynnys on kuitenkin usein siinä määrin korkea, että on usein helpompi turvata nuoriin yleisesti sovellettuihin tuomitsematta jättämissäännöksiin.

Rikoslain yleissäännöksen nojalla arvioidut tapaukset eroavat selvästi nyt käsitellyistä. Kun aikuisista jätetään yleensä rangaistukseen tuomitsematta vajaa prosentti, luku omankädenoikeudesta syytettäessä on 14 %. Tämä viittaa selvästi siihen, että oikeuserehdys on rikoslain tuomitsematta jättämisen keskeinen soveltamisperuste—omankäden oikeushan on tunnetusti lainkohta, jonka tulkinnasta syntyy helposti erimielisyyksiä. Päätelmä vahvistuu, kun silmätään listaan loppuun esimerkinomaisesti kerättyjä rikoksia. Niissä kaikissa on oikeuserehdyksen mahdollisuus lähellä. Luvatonta ammattimaisen moottoriajoneuvoliikenteen harjoittamista koskevista syytteistä 12 % johti tuomitsematta jättämiseen. Poimimalla riittävän harvinaisia kriminalisointeja luku kohoaisi vielä tästäkin (leipomotyöaikalain rikkomisesta oli v. 1984 kolme syytettä ja yksi tuomitsematta jätetty, työnantajan sosiaaliturvamaksuja koskevien syytteiden vastaava suhde oli 4/1).

Etenkin NuorRikL:n säännösten soveltamisen tarkempi selvittäminen edellyttäisi kvantitatiivisia tarkasteluja. Kysymykseen tarkemmin tässä puuttumatta todettakoon, että otantatutkimuksen (*Lappi-Seppälä* 1980a) perusteella on ilmeistä, että *uusiminen* on NuorRikL:n säännösten soveltamisen kannalta rat-

[19] Vrt. tuloksia myös Lahden vastaaviin, jossa nuorina henkilöitä tuomitsematta jätettyjen osuus kohosi vielä korkeammaksi (*Lahti* 1974 s.159).

kaiseva päätöksentekoperuste. Yleensä edellytetään, että tekijä on ensikertalainen. Toisaalta on myös ilmeistä, että *päätöksentekokriteerit vaihtelevat* eri paikkakunnilla suuresti. Oheiseen taulukkoon on kerätty Kriminaalihuoltoyhdistyksen aluetoimistojen sijaintipaikkakuntien raastuvanoikeuksissa langetettuja päätöksiä koskevat tiedot alle 18 vuotiaita koskevissa jutuissa, joissa syytetystä oli tehty henkilötutkinta.

Taulukko 12. Tuomitsematta jättäminen NuorRikL:n mukaan 12 raastuvanoikeudessa vuosina 1981—1985

Alue ja raastuvanoikeus	Henkilötutkinta tehty N	Tuomitsematta jätetyt %	Sakko %
Joensuu	342	1.2	52.6
Vaasa	363	3.0	34.2
Pori	720	3.8	52.1
Oulu	711	6.0	42.0
Turku	1098	6.3	48.3
Lahti	732	7.4	43.3
Jyväskylä	552	7.8	49.3
Tampere	1231	9.1	40.6
Kotka	483	14.1	45.3
Kuopio	338	16.3	44.1
Helsinki	3542	29.9	20.0
Lappeenranta	388	32.0	27.8
Yhteensä	10169	16.4	35.5

Lähde: Kriminaalihuolto ry.

Kun 30 % nuorista henkilöistä jää rangaistukseen tuomitsematta Helsingissä ja Lappeenrannassa, Joensuussa ja Vaasassa luku on 1—3 %. Erot kompensoituvat osaksi siten, että Helsingissä tuomitaan vastaavasti selvästi vähemmän sakkoja. Toisaalta taas Vaasassa on myös sakkojen osuus keskimääräistä pienempi. Oikeuskäytännön yhtenäisyyteen liittyvien erojen tarkempi selvittely jätetään kuitenkin tutkimuksen toiseen osaan.

4. Päätelmät ja kommentit

KKO:n prejudikaatit korostavat yleisen tuomitsematta jättämissäännöksen poikkeuksellisuutta. Säännöstä olisi tulkittava ahtaasti. Soveltamisen ehtona

on ensinnäkin teon ulkonainen vaarattomuus. Sen ohella edellytettäisiin poikkeuksellisia subjektiivisia olosuhteita—mieluiten vastuuvapauden rajoille etenevää oikeuserehdystä. Se, että ratkaisut on annettu ensi sijassa virkarikossyytteiden johdosta, vaikeuttaa tosin hieman tapausten pohjalta tehtäviä päätelmiä.[20]

Vaikka alempien oikeusistuinten käytäntö on ollut KKO:n linjaa liberaalimpi, tuntuu rikoslain yleissäännöksen soveltaminen niissäkin keskittyvän erehdystilanteisiin. Se, että tuomitsematta jättäminen on tavallisempaa tulkinnanvaraisten kriminalisointien ja hallinnollisten määräysten puolella, viittaa siihen, että laintuntemattomuus on eräs keskeisiä tuomitsematta jättämisen perusteita. Tämän ohella tuomitsematta jättämiseen on hovioikeuksissa turvauduttu myös milloin tekijään kohdistuva syyllisyysmoite on keskimääräistä lievempi vaikean motivointitilanteen ja heikentyneiden lainnoudattamismahdollisuuksien vuoksi. Kolmas soveltamisperuste liittyi teon vähäisiin seurauksiin.[21]

Kun rikoslain yleissäännös on nykyisellään lähinnä varaventtiili, joka sallii oikeuserehdyksen lieventävän vastuuta, on nuoria koskeva mahdollisuus muotoutunut olennaiseksi osaksi seuraamusjärjestelmän rutiiniratkaisuja. Määräysten keskeisin soveltamisperuste on ensikertalaisuus yhdistettynä riittävässä määrin ymmärtämättömyyttä ja ajattelemattomuutta osoittavaan tekoon. Eräissä tuomiopiireissä hyvinkin laajaksi levinnyttä soveltamiskäytäntöä voi pitää indisiona tarpeesta kehittää sakon ja vankeuden rinnalle erityisseuraamuksia, jotka soveltuisivat eritoten nuorten tekemiin lieviin rikoksiin.

Kun nuoria koskevan tuomitsematta jättämisen sovellutusalue on näinkin merkittävästi rikoslain yleissäännöstä laajempi ja tarjoaa tähän ikäryhmään kuuluville mahdollisuuden selvästi edullisempaan kohteluun, olisi kohtuuttomilta tuntuvien hyppäysten välttämiseksi perusteltua myös tässä noudattaa periaateharkintaa ja yleistä "Grenzwert"-logiikkaa. Eli, *milloin tekijä on melko*

[20] Tämä pätee erityisesti ratkaisuun KKO 1985 I 3. Tapauksessa on otettu nimenomaan ja KKO:n omasta aloitteesta kantaa kunnallisneuvosmiehen vastuun mahdollisiin erityispiirteisiin. Ratkaisu liittyneekin lähinnä alioikeusuudistukseen ja tuomioistuimen maallikkojäsenten vastuun selkiinnyttämiseen, ei ehkä niinkään tuomitsematta jättämisen yleisten linjojen muovaamiseen (ks. myös *Viljanen* 1987 s.4 ss).

[21] Tässä tarkastelussa vähemmälle jääneistä soveltamisperusteista on mainittava etenkin lievän tuottamuksen synonyymiksi tulkittu "anteeksi annettava huomaamattomuus". Tarkastelun keskipisteenä tuntuivat olevan tahalliset rikokset. Tilanne olisi ilmeisesti muuttunut, jos tarkastelu olisi ulotettu muihin tuomitsematta jättämissäännöksiin, erityisesti liikennerikoksiin (jotka olivatkin suurin yksittäinen rikosryhmä RL 3:5³:a sovellettaessa) sekä TLL 104 §:n soveltamisen tarkasteluun.

hiljattain ohittanut NuorRikL:n määräysten soveltamisen ehtona olevan 18 vuoden ikärajan, rikoslain yleisiä tuomitsematta jättämissäännöksiä voidaan hänen osaltaan tulkita väljemmin. Myös oikeuskäytännöstä on löydettävissä suositusta tukevia ratkaisuja.

Säännösten *soveltamistaajuutta yleisesti* arvioitaessa tulisi olla käytettävissä jokin mitta, jonka pohjalta voidaan mielekkäästi esittää soveltamisen olevan yleistä tai harvinaista. *Kansainväliset vertailut* ovat yksi tapa käytäntöjen suhteuttamiseksi. Eri maiden järjestelmien väliset erot vaikeuttavat kuitenkin vertailuja. Tuomitsematta jättämisen käyttöalaa arvioitaessa on otettava huomioon myös toimenpiteistä luopumisen taajuus *muissa portaissa*. Jos syyttämättä jättäminen on hyvin tavallista, tarve tuomitsematta jättämiseen on alhainen ja kääntäen. Niinpä varsinaisen tuomitsematta jättämisen (BrB 33:4) käyttö on Ruotsissa harvinaisempaa kuin meillä. Tapauksia on vuosittain alle 100 (ks. SOU 1986:15 s.78). Toisaalta syyttämättä jättäminen on Ruotsissa—kuten muissakin pohjoismaissa - kymmenen kertaa tavallisempaa kuin Suomessa,[22] eikä vastaavaa tarvetta tuomitsematta jättämiseen siis ole. Vertailuperusteena voidaan käyttää myös Norjan ja Ruotsin oikeuden tuntemaa *ehdollista tuomiota*, jossa rangaistuksen määrääminen lykätään. Tuota mahdollisuutta käytetään muissa pohjoismaissa keskimäärin 3000—5000 kertaa vuosittain[23]. Jos yhdistetään nämä luvut meitä selvästi korkeampiin syyttämättä jättämislukuihin, on perusteltua väittää, että Suomessa on muita pohjoismaita selvästi "legalistisempi" suhtautuminen rikoksentekijöihin: rangaistuksia tuomitaan herkemmin ja niistä luovutaan muita pohjoismaita vastentahtoisemmin.

[22] Ruotsissa, Norjassa ja Tanskassa jätetään syyttämättä keskimäärin 20 - 25 % kaikista rikoksista kun vastaava osuus Suomessa on 2—3 %. Tavallisinta syyttämättä jättäminen on Ruotsissa, jossa päätöksiä on vuosittain runsaat 20 000. Erot syntyvät etenkin nuorten kohtelussa: Norjassa ja Ruotsissa joka toinen syyttämättä jätetyistä on alle 21 vuotias (ks. Nordisk Kriminalstatistik 1950—1980).

[23] Varsinaisen tuomitsematta jättämisen sekä ehdollisen tuomion käyttö Pohjoismaissa on seuraava: *Ruotsi* 1981: rangaistuksia kaikkiaan 400 952, tuomitsematta jätetty 59, villkorlig dom ilman sakkoa 3295, *Tanska* 1978: rangaistuksia kaikkiaan 207 841, havaittu syylliseksi mutta ei tuomittu rangaistukseen 45, betinget dom ilman valvontaa 3673, *Norja* 1981: rangaistuksia kaikkiaan 104 784, betinget fengsel eller straffutmåling utsatt 5484, *Suomi*: rangaistuksia kaikkiaan 295 000, tuomitsematta jätetty (RL + NuorRikL + TLL) 2042 tapausta. Syyttämättä jättämistä koskevat luvut samoina vuosina olivat: Ruotsi 11 980, Tanska 12 307, Norja 6 254 ja Suomi (1981) 2 500. Suhteuttamista vaikeuttaa perusluvun (kaikki rangaistukset yhteensä) erilainen määräytyminen sen mukaan, mitkä lasketaan rikoksiksi. Nyt mukana ovat myös esim. Ruotsin osalta "järjestyssakot" (ks. tarkemmin SOU 1986:15 s.78—83, josta luvut on laskettu).

Erityisesti KKO:n viimeaikaisiin pyrkimyksiin rajata tuomitsematta jättäminen aina erityisiä syitä vaativaksi huomattavan poikkeukselliseksi vaihtoehdoksi voidaan kohdistaa kritiikkiä. Muodollisesti tätä voi ehkä perustella sillä, että kun tuomitsematta jättäminen merkitsee vielä suurempaa lievennystä kuin asteikosta poikkeaminen, ja kun jälkimmäinen edellyttää aina erityisiä syitä, on tätä vaadittava myös jätettäessä tekijä rangaistukseen tuomitsematta. Rangaistussäännöksestä poikkeamista koskevassa hallituksen esityksessä todettiinkin, että tuomioistuimilla olisi ensin mainitussa tapauksessa vapaampi harkintavalta (HE 23/1972 vp.s.5). Edettäessä kohden lievennyksiä tulisi ensin vastaan asteikosta poikkeaminen ja vasta sitten tuomitsematta jättäminen. Tämän logiikan seuraaminen edellyttäisi siten jopa nykyistä pidättyvämpää käytäntöä (rangaistussäännöksestä poikkeamisia oli vain murto-osa rikoslain yleissäännöksen nojalla tuomitsematta jätetyistä).

Lahti on kuitenkin oikeutetusti kiistänyt tällaisen mekaanisen ja yleistävän rinnastuksen. Hänen mukaansa olisi otettava huomioon myös *rikosten välillä olevat erot*. Jos rikokseen liittyy sakkouhka, ei poikkeamissäännöksen suomaa lievennystä voi käyttää. Törkeissä rikoksissa on siten vähäisiä rikoksia useampia lievennysmahdollisuuksia. Toisaalta törkeän rikoksen lievempi rankaiseminen poikkeamissäännöksen perusteella merkitsee suhteellisesti vastaavanlaista lievennystä kuin lievän rikoksen rankaisematta jättäminen. Tältä kannalta olisi väärin vaatia, että ratkaisujen tulisi perustua olennaisesti erilaisiin kriteereihin. Tähän olisi perusteet vain, jos tilannetta tarkastellaan yhden ja saman rikostyypin kannalta (ryöstön tuomitsematta jättämiseen tulee olla painavammat perusteet kuin asteikon alittamiseen, ks. *Lahti* 1974 s.309—310). Eri rikosten välillä tilanne on toinen. Lahden esitystä hieman jatkaen voi perustellusti asettaa kyseenalaiseksi koko pohdinnan siitä, olisiko tuomitsematta jättämiselle asetettava esim. näpistystapauksessa ankarammat kriteerit kuin harkittaessa ryöstön asteikosta poikkeamista. Kyse on eri tilanteista, ei niitä käy vertaaminen. Jos näpistyksellä olisi erityinen minimirangaistus, niin asia olisi selvä: minimin alittaminen kävisi helpommin kuin tuomitsematta jättäminen. Kun näin ei ole, minimin alittamisharkintaa ei näpistystapauksissa ole koskaan tehty eikä tulla tekemään, joten tämänkaltainen vertailukohde on puhtaasti fiktiivinen ja harhauttava. Johtoa sille, kuinka rikoksen A tuomitsematta jättämisen kynnys tulisi asettaa, ei juuri voi hakea muista rikoksista, sillä harkittavat perusteet ja niiden merkitys ratkeaa suuresti rikostyypin ja kontekstin mukaan (näin myös *Lindholm* 1972 s.6 ja *Lahti* 1974 s.310). Jos näpistyksen tuomitsematta jättämisen edellytyksenä olisi, että teko-olosuhteitten ja motivaation tulee olla lievemmän kohtelun ansaitseva kuin tapauksissa, joissa on pidetty asianmukaisena alittaa ryöstön minimirangaistus, näpistyksiä tuskin koskaan jätettäisiin rangaistukseen tuomitsematta. Vertailukohde on siis haettava saman rikoksen piiristä kysymällä, onko rikos omassa sarjassaan sellainen, että sakko on teon motivaatiotausta ja vahingollisuus huomioon ottaen tarpeeton.

Tähän on lisättävä vielä eräs huomautus. Jo sanotusta tavallaan ilmeni, ettei näiden poikkeamismääräysten suhdetta käy ratkominen abstraktisti, sillä minimin alittamisen tarve ja ehtojen tiukkuus on sidoksissa käytettyihin minimeihin ja sääntelyn ajanmukaisuuteen. Törkeän varkauden minimin alittaminen vaatii aivan eri tason perusteet kuin asia on tuomittaessa esim. moottoriajoneuvon luvattomasta käyttöönotosta. Uudistettaessa vanhentuneita säännöksiä miniminalittamisen soveltamistarve käy koko ajan pienemmäksi. Jos tuomitsematta jättämisen ehdot sidotaan alussa mainituin tavoin, merkitsee rikoslain uudistaminen samalla tuon mahdollisuuden käyttöalan ratkaisevaa kaventamista. Pidän ilmeisenä, ettei KKO:n tapa korostaa voimakkaasti tuomitsematta jättämisen poikkeusluontoisuutta ole justifioitavissa ainakaan muodollisin rinnastuksin rangaistussäännöksen poikkeamista koskeviin edellytyksiin.

Kansainvälisten vertailujen perusteella on perusteltua suhtautua kriittisesti pyrkimyksiin supistaa tuomitsematta jättämisen käyttöaluetta. Suuntauksen pitäisi olla itse asiassa päinvastainen. Olisi harkittava keinoja *laajentaa tuomitsematta jättämisen ja vastaavien avoseuraamusten käyttöalaa*. Samalla on selvennettävä tuomitsematta jättämisen rikosoikeudellista luonnetta. Nyt saman nimikkeen alla käytetään selvästi eri funktiota palvelevia seuraamuksia - mikä heijastuu huomattavan epäyhtenäisenä käytäntönä. Näihin molempiin tavoitteisiin päästään mm. uudistuksin, joilla nykyinen tuomitsematta jättäminen jaettaisiin kahteen eriluontoiseen seuraamukseen. Toinen - esimerkiksi *rangaistusvaroitukseksi* kutsuttu—miellettäisiin olennaiseksi osaksi seuraamusjärjestelmän perusrunkoa, kun taas *tuomitsematta jättäminen* varattaisiin poikkeustilanteita varten.[24]

[24] Tätä on esitetty lukuisissa ehdotuksissa jo 1970-luvulta lähtien. Niiden tarkempi arviointi ei kuitenkaan kuulu tämän tutkimuksen tehtäviin.

LUKU VI

MITTAAMISNORMEISTA DE LEGE FERENDA

Esityksen kuluessa on eri teemakokonaisuuksien yhteyteen liitetty tarpeellisiksi katsotut yhteenvedot ja tiivistelmät. Nyt seuraavien de lege ferenda tarkastelujen tavoitteena on vain koota yhteen ne pohdinnat, joista on apua hahmotettaessa tulevan rikoslain mittaamisnormistoa. Rikoslain nykyinen valmisteluvaihe sekä mittaamisnormiston riippuvuus muusta rikoslainsäädännöstä vaatii kuitenkin tyytymään verraten karkeaan hahmotelmaan.

A. LÄHTÖKOHDAT

1. Sidokset rikoslain muuhun sisältöön

Mittaamisnormiston tarkempi muotoilu on sidoksissa useampaankin rikoslain sisältöä koskevaan ratkaisuun. Näitä ovat mm. käytössä olevat rangaistukset, konkurrenssijärjestelmä, yhteisövastuu, vastuuvapausperusteet, rangaistusasteikkojen laadintatekniikka ja törkeysporrastus. Tulevan rikoslain ratkaisut ovat ehkä asteikkoja ja törkeysporrastusta lukuun ottamatta kuitenkin vielä suureksi osaksi avoinna. Näiden taustaratkaisujen suhteen joudutaan siten turvaamaan lähinnä rikosoikeuskomitean mietinnössä hahmoteltuihin suuntaviivoihin. Lähtökohdat ovat siten seuraavat:

- *Päärangaistuslajeja* ovat sakko ja vankeus (ehdollinen ja ehdoton vankeus). Tuomitsematta jättämisen käyttöä pyritään laajentamaan. Mahdollisten uusien seuraamusten (rangaistusvaroitus, aresti, yhdyskuntapalvelu ja yhdistelmärangaistus) käyttöä ohjaaviin periaatteisiin on liian aikaista ottaa kantaa.
- *Rangaistusasteikkojen* voi otaksua supistuvan entisestään.

- Rikokset pyritään *jakamaan yhteisen systematiikan mukaan törkeysasteisiin* niin usein kuin mahdollista. Törkeysporrastus perustuu aina nimettyihin seikkoihin (nimeämättömien sivuasteikkojen systeemistä ts. luovutaan) ja kvalifioivat perusteet pyritään kuvaamaan tyhjentävästi.

- *Konkurrenssijärjestelmän* kohtalo on epävarma. Yhtenäisrangaistusjärjestelmään siirryttäessä edellytetään yhteisen rangaistuksen mittaamista koskevia erityismääräyksiä. Viittaan tältä osin asiaa koskevaan hallituksen esitykseen (HE 84/1980).

- *Yhteisövastuun* mahdollinen käyttöön otto edellyttää myös erillisiä yhteisörangaistuksen mittaamista koskevia ohjeita. Niiden pohtiminen on tässä yhteydessä kuitenkin ennenaikaista.

- *Vastuuvapausperusteiden* muotoilu vaikuttaa lähinnä mittaamisperusteiden kirjoitustekniikkaan. Jos lakiin otetaan yksityiskohtaiset määräykset vastuuvapausperusteista, niiden tarkoittamiin rajatapauksiin olisi mahdollista viitata mittaamisnormistossa ilman, että tilanteita ryhdytään yksityiskohdittain erittelemään. Seuraavassa otaksutaan, että rikoslakiin otetaan tällaiset määräykset.

2. Sääntelytekniikasta

Mittaamisperusteet voidaan säätää esim. Saksan liittotasavallan tapaan symmetrisesti, ottamatta kantaa perusteen vaikutussuuntaan. Tämä pakottaa tyytymään varsin korkean abstraktiotason ilmauksiin. Rikoslain nykyisessä 6 luvussa käytetty tekniikka edustaa toista vaihtoehtoa. Yleissäännöksen lisäksi laissa on mainittu erikseen lieventävään ja koventavaan suuntaan vaikuttaneet perusteet. Tällöinkin on mahdollista tyytyä vuoroin synteettisempään (Suomi) vuoroin kasuistisempaan (Itävalta) sääntelyyn.

Pelkkä argumenttien luettelo ilman vaikutussuuntaa koskevaa kannanottoa jää helposti vaille tavoiteltua vaikutusta (jonka sisältö itsessään jää niin ikään hämäräksi). Myös käytettyjen ilmausten korkea abstraktiotaso jättää ne kovin tulkinnanvaraisiksi. RL 6 luvussa käytetty tekniikka lieventämis- ja koventamisperusteineen on informatiivisempi. Lainsäätäjä on selkeämmin ilmaissut kantansa siitä, mitä säännöstöllä tavoitellaan. Määräysten *synteettisyys (yleisyys) ja vastaavasti yksityiskohtaisuus* on ratkaistava kunkin perusteen kohdalla erikseen. Punnintaan vaikuttavina arvoina ja argumentteina ovat etenkin tavoitellun *ohjausvaikutuksen saavuttaminen* (mitä spesifimpi normi, sitä todennäköisemmin sillä on myös merkitystä sen sopiessa tapaukseen), yleiset *oikeusturvasyyt* (rikosoikeuden yleisperiaatteiden vaatimuksesta tulee välttää

normeja, jotka tarjoavat mahdollisuuden laajentavaan tai analogiseen tulkintaan syytetyn vahingoksi) sekä tunnusmerkistöjen *törkeysporrastuksen tarkkuus ja tyhjentävyys* (mitä huolellisemmin tunnusmerkistösidonnaiset olosuhteet on otettu huomioon asianomaisissa tunnusmerkistöissä, sitä yleisempiin ilmauksiin voidaan tyytyä).

3. Mittaamisnormien kodifiointi ja lajivalintaa koskevien erillismääräysten tarve

3.1. Lähtökohta

Lakiin sisältyvät "varsinaiset" mittaamisnormit ohjaavat ensi sijassa tuomarin toimintaa valitun asteikon ja rangaistuslajin puitteissa.[1] Niiden lisäksi muualla rikoslaissa on määräykset asteikosta poikkeamisesta sekä asteikon muuntamisesta (vähentämisperusteet). Lajivalintaa koskevat ohjeet on taas liitetty ao. rangaistuslajeja koskevien erityismääräysten yhteyteen.[2] Tätä järjestelyä on meillä esitetty muutettavaksi siten, että kaikki rangaistuksen määräämistä koskevat normit sijoitettaisiin toistensa yhteyteen (LavM 1/1976 s.1 sekä Rikosoikeuskomitea 1976 s.126).

Edellä tarkoitettuja, yleiseen mittaamissäännöstöön sisällytettäviä määräyksiä ovat mm. nykyiset vähentämisperusteet, rangaistusasteikosta poikkeamista koskevat perusteet sekä tuomitsematta jättämistä koskevat määräykset. Se, missä määrin on tarpeen säätää erikseen lajivalinnasta, ratkeaa sen mukaan, poikkeavatko lajivalintaa ja mittaamista ohjaavat periaatteet ja perusteet toisistaan. Aikaisemmin esitetyn perusteella asiasta voi sanoa seuraavaa.

Rangaistuksen reaalisisältönä on ensi sijassa kärsimyksen sekä yleisesti vältettäviksi miellettyjen kokemusten aiheuttaminen. Tämä on välttämätöntä, jotta järjestelmä saavuttaisi tavoitteensa ja loisi yhteiskuntarauhan ylläpitämiseksi tarpeelliset rikoksia pidättävät estomotiivit. Kahden vuoden vankeus luo voimakkaammat estomotiivit ja tuottaa enemmän haittaa kuin kolmen kuukauden vankeus. Sama pätee sakkorangaistusten puolella verrattaessa esim. 60 ja 10 päiväsakon rangaistuksia keskenään. Asia voidaan ilmaista myös siten, että ankarampi rangaistus tuottaa enemmän haittaa tuomitulle ja luo voimakkaammat estomotiivit (ja kääntäen).

[1] Ohjeet koskevat siis mittaamista "suppeassa mielessä" (ks. jakso I.C.).

[2] Tässä kotimainen mittaamisnormisto rakentuu useissa muissa valtioissa käytetylle mallille.

Tässä samassa merkityksessä voidaan verrata toisiinsa myös sakkoja ja vankeutta (joko abstraktisti tai konkreettisina määrinä). Vankeus edustaa suurempaa haittaa ja luo sakkoa vahvemmat estomotiivit. Sama pätee ehdollisen ja ehdottoman vankeuden välisiin suhteisiin. On siis perusteltua väittää, että termin yleiskielen mukaisessa merkityksessä myös lajivalinta sakon ja vankeuden sekä ehdollisen ja ehdottoman vankeuden välillä edustaa päätöstä "sanktioankaruudesta".

3.2. Lajivalintanormien tarve

Jos rangaistuksen mittaamisella tarkoitetaan päätöstä, jolla vahvistetaan rikoksen törkeyttä ankaruudeltaan oikeudenmukaisena vastaava rangaistus, on myös lajivalinta olennaisissa suhteissa rangaistuksen mittaamista. Painotuseroja toki ilmenee. Jotkin perusteet ovat muita selvemmin lajisidonnaisia ja saavat näin aivan erityisen merkityksen harkittaessa tietyn rangaistuslajin sopivuutta. Sen mukaan, kuinka suuria nämä painotuserot ovat, ja kuinka lajisidonnaisia perusteet ovat, ratkeaa myös tarve säätää erikseen varsinaisista lajivalintaa koskevista perusteista. Tässä eri lajivaihtoehdot ovat ilmeisesti toisistaan poikkeavassa asemassa. Mitä valintaan *sakon ja vankeuden välillä* tulee, ero mittaamisen ja lajivalinnan välillä on tuskin havaittava. Rikoslain 6 luvun perusteita onkin katsottu voitavan soveltaa myös valintaan sakon ja vankeuden välillä. Ratkaisu näiden kahden rangaistuslajin välillä on usein luettu myös mittaamiseen "suppeassa merkityksessä".

Vankeusrangaistuksen lajin vahvistaminen on vanhastaan erotettu mittaamisesta. Jälkimmäisen katsottiin pohjaavan oikeudenmukaisuusargumentaatioon ja sovitusajatukseen, kun taas lajivalinta perustui erityispreventiivisiin tarkoituksenmukaisuusnäkökohtiin. Kriminaalipoliittisen ajattelun muutoksen myötä ehdollisen ja ehdottoman vankeuden käyttöperusteet ovat tänään kuitenkin suureksi osaksi yhteneviä yleisten mittaamisperusteiden kanssa. Painotuserot ilmenevät lähinnä siinä, että tietyt tekijän henkilöön liittyvät sekä teon ulkopuoliset mittaamisperusteet saavat vankeusrangaistuksen ehdollisuudesta päätettäessä mittaamista korostetumman sijan. Ehdotonta vankeutta ei hevin käytetä ensikertalaisia eikä nuoria tuomittaessa. Myös tekijän muilla henkilökohtaisilla ominaisuuksilla ja olosuhteilla (korkea ikä, sairaus ja elämäntilanteen muutos) voi olla lajivalintaperusteena suurempi paino kuin päätettäessä esimerkiksi rangaistusajan pituudesta. Näissä tapauksissa laitokseen joutuminen muodostaa eräänlaisen "kynnyskysymyksen". Sillä taas, onko laitosaika kuukauden tai kaksi tavallista lyhyempi ei enää ole ratkaisevaa merkitystä.

4. Rangaistusarvo ja sanktioiden ankaruus mittaamisnormeissa

Vuonna 1986 valmistuneessa Ruotsin mittaamisehdotuksessa (SOU 1986:13—15) käytetään "rangaistusarvon" käsitettä eräänlaisena teknisenä apuvälineenä. Ehdotetussa BrB 33:1:ssä esitetään rangaistus määrättäväksi teon rangaistusarvon mukaan.[3] Tämän jälkeen määritetään peruslähtökohdat, joiden mukaan rangaistusarvo määräytyy,[4] samoin kuin ne erityiset olosuhteet, jotka vuoroin lisäävät[5] ja vuoroin alentavat[6] rangaistusarvoa. Tätä apukäsitettä käyttäen voidaan erottaa edelleen omaksi ryhmäkseen perusteet, joilla ei ole kytkeytymiä komitean korostamaan oikeudenmukaisuusargumentointiin. Ne otetaan "rangaistusarvon ohella kohtuuden mukaan" huomioon.[7] Konstruktiota käytetään myös apuvälineenä muotoiltaessa lajivalintaa ohjaavia presumptioita lakitekstissä. Näiden mukaan ehdotonta vankeutta on käytettävä vain, kun "teolla on huomattava rangaistusarvo tai se on perusteltua rikoksen lajin tai tekijän uusimisen vuoksi".[8] Toisaalta kahdessa jälkimmäisessä tapauksessa voidaan käyttää lievempiäkin seuraamuksia, "jos tähän on erityistä aihetta". Tällainen aihe on käsillä etenkin milloin tapaukseen soveltuu jokin ns. teon ulkopuolisista, rangaistusarvoon vaikuttamaton peruste (BrB 34:4). Nuorille henkilöille ei tule tuomita ehdotonta vankeutta muutoin kuin tilanteissa, joissa *kaikki muut seuraamukset ovat poissuljetut* ". . .med hänsyn till gärningens straffvärde eller på annan grund". Jos tekijä oli iältään 18—20 vuotias, ehdotonta vankeutta saadaan käyttää vain, *jos siihen on erityistä syytä* (jälleen ottaen huomioon rangaistusarvo tai muut syyt, BrB 34:8).

[3] BrB 33:1: "Straff skall, med beaktande av intresset av en enhetlig rättstillämpning, utmätas inom de i lag eller annan forfattning bestämda gränserna *allt efter brottets eller den samlade brottslighetens straffvärde*, om inte annat följer av 7 eller 10 § eller andra särskilda bestämmelser" (kurs. tässä SOU 1986:13 s.76).

[4] BrB 33:2: "Ett brotts straffvärde bestäms av brottets svårhet med särskild hänsyn till 1. den skada eller fara som gärningen inneburit, 2. gärningsmannens skuld sådan den kommit till uttryck i gärningen. (SOU 1986:13 s.76)

[5] BrB 33:3: "Vid sidan av de omständigheter som gäller varje brottstyp skall särskilt följande omständigheter anses öka straffvärdet, nämligen 1. att gärningsmannen. . ." (ks. SOU 1986:13 s.77).

[6] BrB 33:5 2 mom: "Särskilt följande omständigheter skall anses minska straffvärdet, nämligen 1. att brottet föranletts av någon annans grovt kränkande beteende. . ."(SOU 1986:13 s.77).

[7] BrB 33:7. "Vid straffmätningen skall *utöver brottets straffvärde i skälig utsträckning beaktas* att. . ." (kurs. tässä ks. SOU 1986:13 s.77).

[8] Ehdottoman vankeusrangaistuksen käyttö on perusteltavissa vain "i. . .om gärningen har betydande straffvärde", tai ". . . om det finns särskilda skäl för det med hänsyn till brottets art eller den tilltalades tidigare brottslighet" (BrB 34:6, SOU 1986:13 s.79).

Etenkin lajivalintaa koskevat suositukset vastaavat asiasisällöltään tässäkin tukimuksessa saatuja tuloksia. Kysymyksiä herättääkin lähinnä vain käytetyn apukäsitteen — rangaistusarvon — tarpeellisuus ja perusteltavuus lakitekstissä.

Käsitteen käyttöä *vastaan* puhuvat erityisesti termiin liittyvät tulkintaongelmat.[9] Puhtaasti esitysteknisen ja omaa sisältöä vailla olevan välikäsitteen käyttö on tässä nimenomaisessa tilanteessa omiaan pikemminkin mutkistamaan kuin selkeyttämään järjestelmää. Mittaamisperusteita muovattaessa joudutaan jo muutoinkin operoimaan yläkäsitteillä, joilla kootaan yhteen rangaistuksen määräämiseen vaikuttavia yksittäisiä perusteita. Näihin kuuluu mm. syyllisyys. Ruotsin mittaamisehdotuksessa syyllisyys toisaalta vahvistettiin yhdeksi abstraktiotasoltaan korkeamman "rangaistusarvon" elementeistä. Lähtökohtana siis on, että "rangaistuksen ankaruuden tulee vastata rikoksen rangaistusarvoa". Tämän jälkeen määritetään rangaistusarvon yhdeksi elementiksi mm. syyllisyys, jonka sisältöä edelleen täsmennetään yksittäisin mittaamisperustein. Menettely vaikuttaa turhan monipolviselta. Olisi yksinkertaisempaa säätää suoraan, että rangaistuksen tulee olla oikeudenmukaisessa suhteessa syyllisyyteen, vahinkoon ja vaaraan ottaen erityisesti huomioon mm. lain lieventämis- ja koventamisperusteet. Näin meneteltäessä puhutaan asioista niiden oikeilla nimillä. Rangaistusarvo voi hyvinkin olla tutkimuksen tasolla hyödyllinen ajattelua hahmottava abstraktio. Konkreettisen lainsoveltamisen tason kannalta se kuitenkin edustaa tarpeetonta väliporrasta, joka hämärtää rangaistuksen ja sen määräämisperusteiden välisen suhteen.

Rangaistusarvon käsitteellä saavutettavista *eduista* mainittiin jo mahdollisuus erottaa omaksi ryhmäkseen ns. teon ulkopuoliset mittaamisperusteet. Tähän päästäneen kuitenkin ilman eksplikoitua terminologiaa siirtämällä yksinkertaisesti kaikki reaaliset tavoite- ja arvoargumentit omaksi lainkohdakseen. Rikoksen vakavuuteen viittaava yleiskäsite helpottaisi toisaalta myös lajivalintaa koskevien presumptioiden muotoilua. Argumentin paino ratkeaa sen mukaan, kuinka tärkeänä erillisten lajivalintaa koskevien normien antamista pidetään ja kuinka yksityiskohtaisiin presumptioihin pyritään. Ilmeistä on, että riittävän yksityiskohtaisen lajivalintaa koskevien presumptioiden verkoston luominen jää joka tapauksessa oikeuskäytännön ja sitä analysoivan tutkimuksen tehtäväksi. Aikaisemman tarkastelun perusteella on ilmeistä, että oikeuskäytännössä ollaan tällaista muovaamassa jo nykyisen täysin avoimen säännök-

[9] Vrt. esim. käsitteitä abstraktinen/konkreettinen, absoluuttinen/relatiivinen ja laaja/suppea rangaistusarvo.

sen pohjalta. Näistä syistä seuraavassa pykälähahmotelmassa on yritetty tulla toimeen ilman rangaistusarvon käsitettä.

Meidän lainsäädäntömme ei sisällä määräystä rangaistusten ankaruussuhteista. Ruotsin BrB 1:4 säätää, että vankeutta on pidettävä sakkoa ankarampana (''svårare'') rangaistuksena. Ruotsin mittaamisehdotuksessa esitetään tätä täydentämään myös määräys, jonka mukaan ehdotonta vankeutta on pidettävä ehdollista vankeutta ja suojeluvalvontaa ankarampana seuraamuksena (BrB 34:2, SOU 1986:13 s.78). Tämä johtaa kysymään vastaavan säännöksen tarvetta meillä de lege ferenda.

Tällaisen määräyksen puuttumista voi selittää sillä, että asia on joko itsestään selvä tai liiaksi tulkinnanvarainen. Vankeuden ja sakon suhde ei tuota ongelmia—sakko on selvästi tarkoitettu in abstracto vankeutta lievemmäksi rangaistukseksi. Ehdollisen ja ehdottoman vankeuden ankaruusvertailu oli tavallaan käsitteellisesti mahdotonta niin kaun kuin ehdollisen rangaistuksen käyttökriteerit olivat erityispreventiiviset. Nyt tilanne on muuttunut. Toisaalta sanktioankaruuden käsite on jopa rangaistusarvon käsitettä tulkinnanvaraisempi. Jos lähdetään siitä, että asiasta olisi syytä ottaa lakiin määräys vain, jos tuon määräyksen voisi otaksua poistavan nykyisiä tulkintaeroja, ei säännöksellä ilmeisestikään voitettaisi kovinkaan paljoa. Lähinnä näin saataisiin korostettua käsitystä, jonka mukaan ehdollinen vankeus on itsenäinen, ehdotonta lievempi rangaistusalaji—ei pelkästään täytäntöönpanoon liittyvä kriminalipoliittinen järjestely.

B. MITTAAMISSÄÄNNÖSTÖN SISÄLTÖ JA MITTAAMISPERUSTEET

Mittaamisnormiston muotoilun lähtökohtana ovat edelleen rikoslain 6 luvun nykyiset säännökset. Kyse onkin lähinnä tuon säännöstön määräysten tarkentamisesta ja täydentämisestä siten, että luku kattaisi kaikki rangaistuksen määräämistä ja mittaamisharkintaa ohjaavat normit.

1. Yleissäännös

Mittaamisen lähtökohdat, vahinko, vaara sekä teosta ilmenevä syyllisyys, säilyvät samoina. Yleissäännöksen sanamuotoon ei ole tarvetta muutoinkaan puuttua. Jos lakiin otetaan rangaistuslajien ankaruusjärjestystä koskeva määräys, voidaan se sijoittaa joko yleissäännöksen viimeiseksi momentiksi tai osaksi rangaistuslajeja koskevia yleisiä määräyksiä (nykyinen RL 2 luku).

Syyllisyysarvostelun *psykologiseen* puoleen kuuluvien kognitiivisten ja volitiivisten arvosteluperusteiden erillinen esittely on mittaamisnormistossa vaikeata. Lieneekin perusteltua jättää asia yleisten syyksilukemisoppeja koskevien keskustelujen varaan. Syyllisyysarvostelun *normatiivista* puolta voidaan sen sijaan täsmentää mittaamisperustein. Näin on menetelty otettaessa mm. painostusta, uhkausta ja houkutusta koskevat lievennysperusteet lakiin.

2. Koventamisperusteet

2.1. Nykyinen RL 6:2

Nykyisistä koventamisperusteista *suunnitelmallisuus* sekä *liigoittuminen* ovat hyvin perusteltuja ja muotoilultaan suhteellisen onnistuneita. *Palkkiota* koskeva määräys on muihin perusteisiin nähden melko vähämerkityksinen ja lisäksi tulkinnanvarainen. Osa sillä tavoitelluista kovennuksista saavutettaisiin sitä paitsi liigoittumista koskevan määräyksen kautta. Kun toisaalta on ajateltavissa myös tilanteita, joissa rikoksen tekeminen palkkiosta on kiistatta keskimääräistä moitittavampaa, eikä liigoittumissäännös tapaukseen sovellu (yksi

palkkaaja ja yksi apuri), lienee palkkiota koskevan koventamisperusteen säilyttäminen tässä tilanteessa järkevintä.

Uusimissäännöksen (RL 6:2 4-k) taustaideologian tavoitteisiin kuului uusimisankaroitumisen kohdentaminen harkittuun ja suunnitelmalliseen (ilmeistä piittaamattomuutta osoittavaan) rikosten toistamiseen. Lakiin vasta eduskuntakäsittelyssä liitetty samankaltaisuuskriteeri on kaikesta päättäen tarjonnut liian mekaanisen ja "helpon" arviointiperusteen. Se on mahdollistanut lain sanamuodon tavallaan osaksi täyttävän soveltamisen tilanteissa, joissa rikoksen toistaminen ei niinkään osoita ilmeistä piittaamattomuutta lain kielloista ja käskyistä, vaan on pikemminkin osa usein lieviin omaisuusrikoksiin urautunutta elämäntapaa.

RL 6 luvun uusimisankaroitumiselle asettamat ehdot ovat kriminaalipoliittisesti hyvin perusteltuja—siitä huolimatta, että tuo ajattelu tuntuu saavan varsin vitkaan tuomioistuinlaitoksen hyväksynnän. Käytännöstä löytyvät hajanaiset mittaamisratkaisut sekä uusimissäännöksen soveltamistiheyden aleneminen 1980-luvun alussa antavat viitteitä siitä, että vähittäinen muutos on käynnissä. On edelleen hyvät syyt pitää kiinni lain alkuperäisistä tavoitteista. Siksi olisikin perusteltua saattaa uusimissäännöksen sisältö vastaamaan hallituksen esityksen alkuperäistä sanamuotoa poistamalla samankaltaisuuskriteeri lakitekstistä.

Nykyisellään uusiminen vaikuttaa rangaistuksen määräämiseen enemmän kuin yksikään toinen peruste. Olosuhteen ylivertainen asema korostuu etenkin vankeusrangaistuksen lajia vahvistettaessa. Rutiinijutuissa uusiminen onkin usein asiallisesti yksinomainen lajivalintakriteeri. Verrattaessa ensikertalaisten ja uusijoiden saamia rangaistuksia,[10] ja etenkin kun otetaan huomioon aikaisempien jäännösrangaistusten täytäntöönpano ja ehdollisten rangaistusten lykkääntymisedun menettäminen, rikosoikeusjärjestelmämme osoittautuu eräissä suhteissa huomattavan tekijärikosoikeudelliseksi.

Tämäntyyppisiin näkökohtiin vedoten Ruotsin vapausrangaistuskomitea esittikin, että uusimisankaroitumista tulisi rajoittaa. Aikaisemmalla rikollisuudella olisi tuon ehdotuksen mukaan merkitystä sakon mittaamisperusteena sekä sakon ja ehdottoman vankeuden valintaperusteena. Sen sijaan siihen ei tulisi kiinnittää huomiota ehdottoman vankeuden pituudesta päätettäessä. Milloin tekijä tuomitaan ehdottomaan vankeuteen, uusimisen rangaistusta koventava vaikutus tulisi riittävästi otetuksi huomioon jo aikaisempia rangaistuksia koskevien täytäntöönpanomääräysten kautta (SOU 1986:14 s.448—449). Asiallisesti samaan lopputulokseen päädyttiin myös uusimisankaroitumisen teoreettisia

[10] Ks. tältä osin esitystä osassa II.

perusteita koskevassa erittelyssä (ks. edellä jakso IV.C.2.4). Uusimisen karttuessa on kriminaalipoliittisesti perusteltua siirtyä kohden ankarampia rangaistuslajeja. Viimeisellä portaalla joudutaan kuitenkin laitoskokemusten kertymisen myötä nopeasti tilanteeseen, jossa teosta tuomittavan sanktion lisäykselle ei enää löydy rationaalisia perusteita.[11]

On toinen asia, tulisiko tämä järjestely ottaa jo lakitekstiin, vai riittävätkö esitöihin sisällytettävät suositukset. Periaatetyyppisen normiston yhteydessä esitöillä on erityinen merkitys. Uusimisankaroitumisen jyvittäminen mittaamisratkaisun eri osissa vaikuttavaksi on lainsäädäntöteknisesti myös vaikeata. Ehkä siis riittää, kun asiasta otetaan suositukset esitöihin.

2.2. *Uudet koventamisperusteet—eräitä pohdintoja*

Uusista koventamisperusteista olisi syytä pohtia määräyksiä niiden tilanteiden varalta, joissa henkilö on omalla erityisen aktiivisella, tehokkaalla ja häikäilemättömällä toiminnallaan *saanut toisen ryhtymään rikokseen*. Tähän kuuluisivat erityisesti palkkion tarjoaminen, voimakas painostaminen tai pakottaminen rikokseen sekä toisen houkuttelu rikokseen käyttämällä hyväksi tämän nuoruutta, hyväuskoisuutta, kokemattomuutta tai tekijästä riippuvaa asemaa. Samaan yhteyteen kuuluu tavallaan osallisten vastuun laajempikin jyvittäminen. Osallistuminen johtavassa asemassa useamman suorittamaan rikokseen on yhtä lailla perusteltu koventamisperuste, kuin avunanto lieventämis- tai vähentämisperusteena. Erillisen koventamisperusteen varaaminen johtavassa asemassa toimimista varten voi toisaalta eräissä tapauksissa helposti johtaa kaksinkertaiseen kvalifiointiin (esimerkiksi tilanne, jossa palkkion tarjoaja tai rikokseen toisen painostanut henkilö osallistuu rikoksen toimeenpanoon).

Rikoslaki ei sisällä mainintaa erityisten *velvollisuuksien loukkaamisen* merkityksestä teon törkeysarvostelulle. Tätä tarkoittavien perusteiden kehittelyä olisi syytä harkita mm. sen vuoksi, että näin saataisiin arviointikriteereitä myös *tuottamuksellisten rikosten* varalta. Velvollisuuden vastaisuus viittaisi tässä rikostyypissä siihen, missä määrin tekijän menettely on loukannut yleistä huolellisuusvelvollisuutta (objektiivinen tuottamus). Lähinnä tahallisia rikoksia koskevia velvollisuuden vastaisuuteen liittyviä koventamisperusteita saattaisivat olla esim. erityisen luottamusaseman tai -suhteen hyväksikäyttäminen, ri-

[11] Sen sijaan aikaisempia rangaistuksia koskevat täytäntöönpanomääräykset ovat kyllä vielä puolustettavissa po. järjestelmiin liittyvin perustein. Esim. ehdollisen vankeuden taustalla olevan argumentaation uskottavuuden ja järjestelmän preventiivisen tehon säilyttäminen edellyttää, että uhka on myös aika ajoin voitava panna toteen.

koksen kohdistuminen suojeltavana olevaan tai suojelua kaipaavaan uhriin jne.[12]

Velvollisuudenvastaisuutta koskevan koventamisperusteen formulointi tuottaa kuitenkin vaikeuksia. Asiasta olisi mahdollista säätää joko asettamalla moitearvostelun perusteeksi teolla loukatut velvollisuudet vain yleisesti, tai kuvaamalla tilanteet, joissa velvollisuuksien loukkaus on ilmeinen (esim. luottamusaseman hyväksikäyttö). Kumpikaan ratkaisu ei istu luontevasti nykyiseen sääntelytekniikkaan. Velvollisuudenvastaisuus yleisenä moitearvostelun perustana sijoittuisi abstraktiotasoltaan hieman RL 6:1:n edustaman tason alapuolelle, mutta olisi kuitenkin yleisempi kuin lain 2 ja 3 §:n perusteet. Yksittäisten tilanteiden luetteleminen poikkeaisi taas nykyisestä mallista selvästi kasuistisempaan suuntaan.

Syyllisyys- ja vaarantamisvastuun periaatteiden kannalta olisi johdonmukaista pohtia myös tarvetta sisällyttää ns. subjektiivinen ylijäämä koventamisperusteeksi: rangaistusta ts. kovennettaisiin, milloin tekijä on pyrkinyt tosiasiassa toteutuneita seurauksia merkittävästi vakavampiin tuloksiin. Tällainen määräys sisältyy mm. Ruotsin vapausrangaistuskomitean ehdotukseen (ks. SOU 1986:14 s.444). Sen tarvetta vähentää kuitenkin mahdollisuus tuomita näissä tilanteissa kvalifioidun tekomuodon yrityksestä. Törkeysporrastuksen puuttuessa tai loppuessa kesken tähän ei kuitenkaan käy vetoaminen. Näissä tilanteissa keinoiksi jää nykyisin joko teon vaarallisuuden arvottaminen tekijän intentioiden kautta (RL 6:1), tai sitten vetoaminen epämääräiseen rikollisen tahdon intensiteettiin osana syyllisyysarvostelua. Tilanne olisi ehkä selvempi, jos asiasta lausuttaisiin suoraan laissa.

3. Lieventämisperusteet

3.1. Lieventämis-, vähentämis- ja poikkeamisperusteet

Lieventämisperusteiden ongelmana on etenkin, kuinka järjestää nykyisten lieventämisperusteiden, vähentämisperusteiden sekä yleisten asteikosta poikkeamisperusteiden keskinäinen suhde. Tulisi eritoten päättää, *onko tarvetta säilyttää yleisistä lieventämisperusteista erottuva vähentämisperusteiden ryhmä.*

[12] Jälkimmäinen tilanne voitaisiin ottaa koventamisperusteeksi teon erityisen vaarallisuuden ja tekijän osoittaman piittaamattomuuden ja häikäilemättömyyden perusteella. Koventamisperusteen todellisen tarpeen määrää kuitenkin erityisen osan tunnusmerkistöjen kirjoitustekniikka (uhria koskeva maininta on ts. mahdollista yleensä sisällyttää jo ao. tunnusmerkistöihin).

Nykyisen järjestelyn tilalle voidaan esittää useita vaihtoehtoja. Voitaisiin säätää esimerkiksi ainoastaan yleisistä asteikon sisällä vaikuttavista lieventämisperusteista, mutta sallia asteikosta poikkeminen nykyistä löyhemmän yleissäännöksen nojalla. Lieventämisperusteet voidaan säätää myös suoraan perusteiksi, jotka oikeuttavat myös asteikosta poikkeamiseen. On edelleen mahdollista jakaa lieventämisperusteet niihin, jotka oikeuttavat suoraan asteikon alittamiseen ilman erityisperusteita ja niihin, jotka oikeuttavat tähän vain, jos ne esiintyvät poikkeuksellisen voimakkaina ja vaativat erityistä huomiota osakseen.

Tulevan rikoslain periaatteet muotoillut rikosoikeuskomitea esitti mietinnössään yritystä ja vähentynyttä syyntakeisuutta koskevien määräysten muuttamista siten, että tällöin olisi aina mahdollisuus tuomita täysi rangaistus. Toisaalta näissä tilanteissa tulisi aina olla mahdollisuus myös lievempään kohteluun ja yleisten minimirangaistusten käyttöön. Nämä vähentämisperusteet olisivat siten asymmetrisiä. Ne vaikuttaisivat vain asteikon alapäähän.

Jollei nykyisiä rangaistuksen määräämistä ohjaavia säännöksiä muutettaisi muilta kuin rikosoikeuskomitean ehdottamilta osin, olisi käytössä siis viisi lievempään suuntaan vaikuttavaa perustetyyppiä: asteikon molempiin päihin vaikuttavat vähentämisperusteet, vain asteikon alittamiseen oikeuttavat vähentämiperusteet, asteikosta poikkeamiseen ja lajin vaihtoon oikeuttavat nimeämättömät perusteet sekä asteikon puitteissa vaikuttavat lieventämisperusteet. Järjestelmää on siis yksinkertaistettava. Eri mahdollisuuksia pohdittaessa on merkitystä ensinnä sillä, kuinka *yleisistä vastuuvapausperusteista* ja siis niihin liittyvistä vähentämisperusteista on säädetty. Jos edelliset säädellään laissa, niitä lähellä olevat tilanteet voidaan ottaa lieventämisperusteiksi yleisellä viittauksella. Kun nykyisistä vähentämisperusteista pakkotila ja hätävarjelun liioittelu tulisivat jo tätä kautta lieventämisperusteiksi, *olisi ehkä yksinkertaisinta luopua erillisestä vähentämisperusteiden ryhmästä*. Ne sisällytettäisiin mittaamisessa vaikuttaviin yleisiin lieventämisperusteisiin. Kun näiden tarkoittamissa tilanteissa on usein perusteltua alittaa käytössä olevan normaaliasteikon minimi, voitaisiin asiasta ottaa lakiin yleismääräys, jonka mukaan po. lieventämisperusteiden vaatiessa erityistä huomiota osakseen tuomioistuin voi tuomita myös laissa säädettyä rangaistusta lievempään seuraamukseen.

Esitys merkitsisi sikäli muutosta nykyiseen, että tuomioistuimella olisi oikeus alittaa erityisminimi ja vaihtaa vankeus sakkoon myös tilanteissa, joihin soveltuu jokin RL 6:3 ja 6:4:n perusteista. Ottaen huomioon että po. perusteita ensinnäkin käytetään huomattavan harvoin, ja silloinkin ne ovat usein samalla syitä, joiden nojalla asteikosta on poikettu RL 3:5:n 2 momenttia

soveltaen, tämä laajennus on vain laadultaan muodollinen. Sitä paitsi asteikkojen supistaminen pakottaa myös löyhentämään niistä poikkeamisen edellytyksiä.

3.2. Ehdotuksia

Nykyisten lieventämisperusteiden formulointiin ei liene syytä puuttua. Perusteiden säästeliäs soveltaminen viittaa kuitenkin siihen, että tiukoista soveltamisohjeista olisi syytä tinkiä ja rohkaista tuomioistuimia asiassa väljemmille linjoille. Sen sijaan nämä määräykset edellyttävät rinnalleen säännökset nykyisiä vähentämisperusteiden tarkoittamia tapauksia varten. Hätävarjelun liioittelua, pakkotilaa ja erehdystä koskevat tilanteet voidaan ottaa huomioon yleisviittauksella vastuuvapausperusteisiin. Avunantajan, yrityksen ja nuorten lievemmästä rankaisemisesta on säädettävä erikseen.

Teon rangaistusarvoon suppeassa mielessä vaikuttavien perusteiden ohella on syytä säätää erikseen omana lainkohtanaan perusteista, joiden merkitys pohjaa moitittavuusarvioinnin sijasta *reaalisiin tavoite- ja arvoargumentteihin*. Nykyisistä määräyksistä tähän kuuluisivat sanktiokumulaatiota koskeva RL 6:4:n määräys sekä 3 §:n 3-kohdassa mainitut lieventämisperusteet. Näitä täydentämään olisi perusteltua ottaa subjektiivista rangaistuskärsimystä koskevat seikat sekä maininta olosuhteista, joiden nojalla olisi odotettavissa, että rangaistuksella on juuri tässä tapauksessa erityisen haitallisia sivuvaikutuksia tuomitun elämään. Samaan ryhmään kuuluvat myös vanhentumisnäkökohdat.

C. HAHMOTELMA MITTAAMISNORMISTOKSI

Seuraavassa pykälähahmotelmassa uudet tai muutettavaksi ehdotetut kohdat lakitekstistä on kursivoitu.

RL 6 luku. Rangaistuksen määräämisestä

1 §. Rangaistusta mitattaessa on otettava huomioon kaikki asiaan vaikuttavat rangaistusta koventavat ja lieventävät perusteet sekä rangaistuskäytännön yhtenäisyys. Rangaistus on mitattava niin, että se on oikeudenmukaisessa suhteessa rikoksen vahingollisuuteen ja vaarallisuuteen sekä rikoksesta ilmenevään tekijän syyllisyyteen.

Rangaistuksen koventamis- ja lieventämisperusteita ovat muiden lain mukaan rangaistuksen mittaamiseen vaikuttavien seikkojen ohella tämän luvun 2 ja 3 §:ssä mainitut perusteet.

2 §. Rangaistuksen koventamisperusteita ovat:

1) rikollisen toiminnan suunnitelmallisuus;

2) rikoksen tekeminen vakavia rikoksia varten järjestäytyneen ryhmän jäsenenä;

3) rikoksen tekeminen palkkiota vastaan;

4) tekijän aikaisempi rikollisuus, jos sen ja uuden rikoksen suhde (*rikosten samankaltaisuuden johdosta tai muuten, poist.*) osoittaa tekijässä ilmeistä piittaamattomuutta lain kielloista ja käskyistä;

5) *teolla osoitettu ilmeinen piittaamattomuus tekijän noudatettaviksi asetetuista velvollisuuksista*; sekä

6) *toisen johdattaminen tai painostaminen rikokseen pakolla tai houkutuksin taikka käyttämällä hyväkseen tämän ymmärtämättömyyttä tai tekijästä riippuvaista asemaa.*

3 §. (*Rikoksen moitittavuusarviointiin vaikuttavia*) rangaistuksen lieventämisperusteita ovat:

1) *osallistuminen useamman henkilön suorittamaan rikokseen muita vähäisemmässä määrin.*

2) rikoksen tekemiseen vaikuttanut huomattava painostus, uhka tai muu sen kaltainen vaikutin;

3) rikokseen johtanut voimakas inhimillinen myötätunto taikka poikkeuksellinen ja äkkiarvaamaton houkutus tai muu vastaava seikka, joka on ollut omiaan heikentämään tekijän kykyä noudattaa lakia;

4) *rikoksen tekeminen rikoslain ( ) luvussa tarkoitettua vastuusta vapauttavaa perustetta lähellä olevasta syystä;* sekä

5) *rikoksen tekeminen ennen kuin on täyttänyt kaksikymmentäyksi vuotta.*

4 §. Edellä 3 §:ssä säädetyn lisäksi on rangaistusta lieventävänä seikkana otettava huomioon myös:

1) tekijän oma-aloitteinen pyrkimys estää tai poistaa rikoksensa vaikutuksia taikka edistää rikoksensa selvittämistä;

2) *tekijälle rikoksesta johtunut tai hänelle siitä aiheutuva muu seuraus, jos se yhdessä teosta normaalikäytännön mukaan seuraavan rangaistuksen kanssa johtaisi kohtuuttomaan lopputulokseen;*

3) *tekijän ikä, elinolot tai terveydentila taikka rikoksen tekemisestä kulunut huomattavan pitkä aika, milloin normaalikäytännön mukainen rangaistus näistä syistä johtaisi kohtuuttomaan tai poikkeuksellisen haitalliseen lopputulokseen.*

5 §. *Milloin edellä 3 tai 4 §:ssä mainitut perusteet tai muut poikkeukselliset syyt vaativat erityistä huomiota osakseen, eikä yleinen etu muuta vaadi, tuomioistuin saa tuomita myös laissa säädettyä rangaistusta lievempään seuraamukseen (alittaa laissa säädetyn erityisminimin tai tuomita vankeuden sijasta sakkoa).*

6 §. *Rikoksesta, joka on jäänyt yritykseen taikka johon tekijä on syyllistynyt ennen kuin on täyttänyt kahdeksantoista vuotta, voidaan aina tuomita lain säätämää rangaistusta lievempään seuraamukseen.*

7 §. *Vankeusrangaistus on määrättävä ehdolliseksi milloin (yleisen lainkuuliaisuuden ylläpitäminen ja) edellä 1—2 §:ssä mainitut syyt eivät muuta vaadi.*

Se, joka ei ole täyttänyt kahdeksaatoista vuotta, saadaan tuomita ehdottomaan vankeusrangaistukseen vain, jos siihen on (tuomiossa mainittavat) pakottavat ja poikkeukselliset perusteet. Jos tekijä on täyttänyt kahdeksantoista mutta ei kaksikymmentäyksi vuotta, voidaan tuomita ehdoton vankeusrangaistus vain kun siihen on erityisiä syitä.

Sen estämättä, mitä 1 momentissa säädetään, voidaan vankeusrangaistus määrätä ehdolliseksi myös, mikäli siihen katsotaan olevan aihetta ottaen erityisesti huomioon edellä 4 §:n 3 kohdassa sanottu.

Milloin ehdollista vankeusrangaistusta yksinään on pidettävä riittämättömänä seuraamuksena rikoksesta, voidaan rikoksentekijä ehdollisen vankeusrangaistuksen ohella tuomita ehdottomaan sakkorangaistukseen, silloinkin kun rikoksesta ei ole säädetty sakkoa.

1—2 §. Ei kommentoitavaa.

3 §. 1 kohta kattaa nykyisen avunantajalle varatun lievennyksen. 4 kohdan määräys kattaa nuoruutta ja yritystä lukuun ottamatta muut nykyisistä lievennysperusteista.

4 §. 2 kohtaan on sijoitettu nykyistä RL 6:4:ää vastaava sanktiokumulaatiosäännös. 3 kohta kattaa kohonneen subjektiivisen rangaistusherkkyyden sekä tilanteen, jossa rangaistuksella on poikkeuksellisen epäedullinen vaikutus tuomitun tulevaisuuteen.

5 §. Sisältää nykyisen miniminalittamista ja rangaistuslajin vaihtoa koskevan säännöksen. Samaan yhteyteen olisi sijoitettavissa tuomitsematta jättämistä koskeva määräys. Säännöksen formulointiin ei tässä ole kiinnitetty tarkempaa huomiota.

6 §. Nykyisistä vähentämisperusteista nuoruus ja rikoksen jääminen yritykseen ovat käytännössä tärkeimmät. Vähentämisperusteista luopuminen edellyttää näissä tapauksissa erillismääräystä, joka oikeuttaa suoraan minimin alittamiseen ja lievemmän rangaistuslajin käyttöön. Jos vähentämisperusteet poistetaan, koskisivat nuoria samat enimmäisrangaistukset kuin muitakin. Vaikka asialla tuskin on käytännön merkitystä, saattaisi sen korjaaminen edellyttää erillismääräystä. Ratkaisevana tämän säännöksen soveltamisen tausta-ajatusten kannalta on syytetyn ikä tekohetkellä.

7 §. Pykälä sisältää määräykset ehdollisen rangaistuksen käytöstä. 1 momentti asettaa ehdollisen vankeusrangaistuksen ensisijaiseksi vaihtoehdoksi sekä nimeää lajivalintaperusteiksi nykyistä oikeuskäytäntöä seuraten teon törkeyteen ja tekijän menneisyyteen liittyvät seikat. 2 momentti vahvistaa määrätyt tekijän henkilöön ja hänen olosuhteisiinsa liittyvät seikat perusteiksi, joiden nojalla on oikeus käyttää ehdollista rangaistusta myös tilanteissa, joissa 1 momentin kriteerit olisivat normaalisti edellyttäneet vankeuden määräämistä ehdottomaksi.

Viittaus yleisen lainkuuliaisuuden ylläpitämisen vaatimukseen on asetettu sulkeisiin (1 mom). Viittauksen *poistamista* laista voisi puoltaa seuraavin syin. Yleisen lainkuuliaisuuden ylläpitäminen on ohjeena huomattavan epätarkka. Sekä teoreettinen että käytäntöön perustuva analyysi osoitti määräyksen tulkinnan ja soveltamisen palautuvan lisäksi aina lopulta yleisiin mittaamisperusteisiin. Yksittäisratkaisun yleisestäviä vaikutuksia pohtiva ratkaisija toimii empiirisesti sekä teoreettisesti kyseenalaisin perustein. Yleisen ohjelmajulistuksen sijasta olisi pyrittävä erittelemään yksityiskohtaisemmin ne ratkaisuperusteet, joiden noudattaminen yksittäistapauksissa johtaa yleispreventiivisesti perusteltavissa oleviin käytäntöihin. Määräyksen *säilyttämisen puolesta* puhuvat lähinnä yleisemmät ideologiset perustelut. Vaikkei se anna kovinkaan tukevaa positiivista johtoa perusteista, joiden mukaan ratkaisu olisi tehtävä, voi siitä ainakin päätellä, mihin seikkoihin päätöstä *ei* saa perustaa. Tällä näkökohdalla oli merkitystä korostettaessa irtautumista erityisestävistä ajattelumalleista.

Kriminaalipoliittisen ajattelun murrosvaihe on kuitenkin ohi. Kun erityisestävilläkin näkökohdilla (erityisprevention negatiivisen tulkinnan mukaisessa merkityksessä) on merkitystä lajivalinnassa, voisi ehdollisen vankeusrangaistuksen käytöstä ajatella säädettäväksi ilman viittausta yleispreventioon.

Päätös suuntaan tai toiseen tuskin vaikuttaa ratkaisevasti oikeuskäytäntöön. Lain sanamuodon valinta on mittaamisnormiston toiminnan ja tavoitteiden kannalta yleisemminkin, kaikesta huolimatta, muihin ohjauskeinoihin nähden merkitykseltään suhteellisen vähäinen. Kriminaalipoliittisen keskustelun tasolla tärkeämpää on päästä hyvin perusteltuun yksimielisyyteen rangaistuksen käytön taustalla vaikuttavista yleisistä arvoista ja tavoitteista. Tuomioistuinten toiminnan kannalta olennaista taas on mittaamista koskevan ratkaisuaineiston tuottaminen päätöksiä entistä useammin perustelemalla. Tuon käytännön tutkiminen, tuloksista tiedottaminen sekä rangaistuskäytännön linjanvetoja koskevien keskustelu- ja arviointitilaisuuksien järjestäminen kuuluu taas oikeushallintoviranomaisten tehtäviin.

Tapio Lappi-Seppälä

SUMMARY

SENTENCING I

Theory and General Part

CHAPTER I. INTRODUCTION

The study is divided into two main parts. The theoretical part (chapter II) examines sentencing as a problem of normative regulation. The general part (chapters III—VI) covers the analysis, systematization, interpretation and application of the principles of and criteria for sentencing.

Part I: Theory

CHAPTER II. SENTENCING AS A PROBLEM OF NORMATIVE REGULATION

Contents: (A) The development of sentencing discretion, (B) a norm theoretical analysis of the sentencing norms, (C) decision theory, the sources of sentencing law and argumentation, (D) heuristic devices to assist in "finding" the right decision and (E—F) an outline of the division of functions between the legislator, the judge and the researcher.

A. SENTENCING AS A FORM OF LEGAL INTERPRETATION

According to the general theory of law the sentencing decision of the court involves two problems of norm interpretation.

(a) In connection with the set of legal facts, attention must be paid to the seriousness of the act, the applicability of specific sentencing criteria (''Strafzumessungsgründe'', aggravating and mitigating circumstances), and the assessment of their weight, as well as of the direction in which they point.

(b) Once the seriousness and the relative penal value of the act have been established, one must choose the concrete punishment that qualitatively and quantitatively corresponds to that penal value.

Both decisions must be based on recognized sources of law in accordance with accepted transformation rules.

B. SENTENCING NORMS AS LEGAL PRINCIPLES

Sentencing norms belong to the category of principles as opposed to rules (R. Alexy, R. Dworkin, N-C. Sundby). Principles do not ''directly'' reveal the decision; they show the direction one should follow, and they identify factors that should be taken into consideration in reaching a decision. This point of departure has the following implications:

(1) When one recognizes the principles one is freed from black-and-white legal thinking. The absence of a clear rule does not turn the issue into one that is legally open. The normativeness is weaker, but the degree of discretion is not unfettered.

(2) It leads to a search for differences of degree in an area where at first one would see only either/or choices. This enrichens the sentencing material.

(3) The normative basis of sentencing argumentation can be made more specific and enriched through an analysis of the preconditions (''Vorrangbedingung'', R. Alexy) of sentencing principles, in other words by constructing sentencing presumptions that are binding in a weak sense and that tie the set of legal facts and the legal sanctions together. That presumptive sanction should prima facie be used unless there is justified cause to deviate from it, in which case one has created a presumption which is even more exact in specifying the relationships between various sentencing principles.

C. THE DECISION THEORY, SOURCES AND ARGUMENTATION

A sentencing decision that enlightened persons committed to general condi-

tions of rationality would be prepared to accept on the basis of their common values, is a just one (A. Aarnio).

The problem of sentencing becomes manifest at the point where other arguments no longer apply and the decision-maker turns to real reasons (''reala hänsyn'') and his own values. Although the inclusion of valuation in the interpretative material brings with it a subjective element, it does not make the result an arbitrary one. To a large extent moral valuations can be subjected to rational discourse that respects certain basic substantive and formal points of departure and assumptions (the conditions of rational discourse). Valuations need not be regarded as inexplicable intuition or irrational emotional outbursts. Intuition can and chould be subjected to critical and rational analysis (R.M. Hare). In seeking the justification of punishment, one must be able to present rational grounds for minimizing the scope of intuition as far as possible. The most one can seek is ''reasoned consensus valuations''. We are all the closer to this state of affairs when

— there is greater agreement on the leading principles,
— we have more complete and reliable data on the relevant set of facts, and
— we are able to formulate more exact sentencing criteria in coherence with general principles.

D. FINDING THE DECISION (THE LOGIC OF DISCOVERY)

This section presents the central heuristic tools that have been developed in order to assist the sentencer in his decision process, among others the theory of ideal punishment, sentencing systems based on EDP applications, standard punishments based on statistical measurement, case typologies, and Sentencing Guideline alternatives.

E. THE SENTENCING MODEL — SELECTING THE FORM OF NORMATIVE REGULATION

1. Background values and goals

1. Substantive and formal legal safeguards. — Specific instructions for sentencing and a narrow margin for discretion increase the predictability of punish-

ment; an overly binding and schematic system, in turn, leads to similar treatment of dissimilar cases. Consistency and predictability on one hand and substantive justice on the other hand are in a state of tension that calls for continuous compromise.

2. Democracy. — The most important decisions on the use of punishment should be made by Parliament.

3. The tradition of the legal culture. — One difference between the Finnish legal culture and common law is the readiness of the courts to adhere strictly to laws and to follow the instructions given by the legislator. One has good reasons to turn to this legalism for support also when considering means for the development of systems better than those in use today. The sentencing model should also function in accordance with the general conditions of legal thinking and of the system of values it represents.

4. Expertise. The decision-making authority should be allocated in a rational manner to the different levels so that each is to decide the questions which each level is best equipped to decide. The differences between the various instances influence not only the choice of tasks but also the criteria to be applied.

5. The aims of the penal system. — The necessary scope of discretion is tied to the material values and goals in criminal policy. Special prevention requires extensive discretion; immediate general prevention requires a certain degree of predictability. The effect of punishment on the strengthening of morals, in turn, requires that the system is not made overly technical

6. Technical ability to function and verifiability. — The model may not be based on criteria that cannot be verified through empirical or rational means. Even if a system is technically feasible, it must still function in practice and ease the making of decisions.

7. Practical criminal policy needs. — The present state of sentencing practice (uniformity/inconsistencies) also determines in part the need for changes.

Of the different heuristic alternatives, the ideal punishment, the EDP applications and the direct applications of the Sentencing Guideline models are rejected. The model must be based on the division of functions between the legislator and the judge, supported by research, training programs and perhaps a semi-official sentencing board that would follow the sentencing practice and make the necessary proposals and initiatives.

2. The legislator

1. Latitudes. — The legislator establishes the latitudes within which the court

is to reach its decision. The latitudes are an important legal safeguard. They assign the relative penal values to each offence. Maximum sentences are needed for general preventive reasons. Minimum sentences assign the legislator the responsibility for ensuring that there is a sufficient scaling of the penal provisions. One avoids including acts of different degrees within the same provision, which in turn increases uniformity in practice.

2. Instructions for measurement. — Discretion within the latitudes may be guided through statutory instructions on measurement. Such instructions turn the demands of more general principles into specific grounds for measurement, thus making the principles more concrete.

3. The level of the sentencing judge — the normal punishment approach adopted by chapter 6 of the Penal Code

1. Description. — The determination of the normal punishment may be outlined as a two-stage process as follows:

(1) First the points of comparison are defined: (a) the most typical cases of the offence in question (the "normal offence") and (b) the relevant punishment, i.e., the normal punishment zone.

(2) During the second stage, the concrete case at issue is compared to the typical case. The comparison is based on an interpretation of the sentencing criteria and arguments.

2. Finding the punishment — heuristic benefits. — It is much easier to compare two offences with one another than it is to tie together punishments and offences that have no common demoninator. Even though the comparison of offences does not in itself respond to the question of the justification of the level of punishment itself, it eases the activity of the decision-maker by eliminating the need to carry out this assessment over and over again in each concrete case. It is enough that this assessment is made at one time for a certain type of case. When, subsequently, a sufficiently similar case is at hand, one merely affirms that the previous valuation decision shall again be applied.

3. Justifying the decision — the normative status and significance of the zone of normal punishments. — By dividing the latitude and by classifying the description of the offence in a subcategory one has restricted the area of uncertainty. The descriptions of the typical offence and the corresponding normal punishment zone are interpreted in the same way as the original essential

elements of the offence (''Tatbestand'') and the corresponding latitude. The zone of normal punishments represents an optimization imperative (''Optimierungsgebote'', R. Alexy) which states: ''Seek the punishment within this zone which corresponds as closely as possible to the place of the case at hand within the description of ''normal offence''.

The zones are binding in a weak sense. The classification can only take into consideration a few characteristic features (sentencing criteria). For the normal situations, this is sufficient. When so demanded by special reasons (for example criteria that are not included in the identification of the ''normal offence'') one may deviate from the zone.

4. Functions. — (1) The normal punishment zones help in the discovery of the decision above all by offering a concrete basis for comparisons and by anchoring the scale of crimes and the scale of punishments with each other. (2) They create stability in the application of the law, increase the predictability of the operation of the system and guarantee equal treatment. (3) They are used to demonstrate not only the similarity but also the differences between cases. After all, one may deviate from the normal punishment zones by demonstrating how the case at issue ''due to such-and-such features differs so-and-so much from the ordinary manifestations of the offence''. The analysis of the normal punishment zones leads to a strengthening of the normative basis and to an enrichment of the shadings of the criteria for decision-making.

Part II: General part

Methodologically the analysis in the general part can be divided into two stages.

Stage 1: analysis, systematization and interpretation of the general principles of and specific criteria for sentencing. The *general sentencing principles* crystalize the core values, goals and objectives of sentencing. The *specific criteria of sentencing* refer to concrete (legal) facts that make the demands of general sentencing principles more explicit. They support the values and goals represented by the general principles (they are in coherence with the general principles). These questions are dealt with in chapters III (General principles of sentencing) and IV (Systematization and interpretation of specific sentencing criteria).

Stage 2: the construction of the sentencing presumptions (ch. V, the choice

of sanctions and the application of the sentencing principles and criteria). The *presumptions* create a "network" that covers the system of sanctions and the penal latitudes. The "mesh" of the net represents presumptions that have been turned into a systematic form. Making the "mesh" of the net smaller strengthens the normative basis of sentencing, and leads to a sentencing practice that is more uniform, where the contents are more just. In addition, the methods vary according to the degree of specificity one desires in the analysis. Soft analysis of legal cases is sufficient on the more general level. When moving towards more detailed presumptions, quantitative analysis enters into the question.

The general part of the study deals with soft analysis (part II, forthcoming, deals with quantitative methods).

CHAPTER III. THE GENERAL PRINCIPLES OF SENTENCING

Contents: (A) Theories of punishment and the problems of justification in criminal law, (B) the selection of the principles of sentencing and the problem of adjustment, (C) analysis of the principles of justice, (D) analysis of the channels for the origin and the conditions of general prevention as well as of the empirical evidence, (E) the significance of the general principles of sentencing for the level of sanctions, and (F) the general principles of sentencing and the relative penal value of offences.

A. THE PROBLEMS OF JUSTIFICATION IN CRIMINAL LAW

According to the analytical pluralist conception, the application of punishment is guided by several differing basic values and goals. Their relative weight and significance vary according to the level of analysis. The *aim* of the *system of punishments* lies in the prevention of crime and, through this, the increase in and equitable distribution of well-being. The *justification* of the application of punishment is tied to the benefits that the system offers to society as well as to the fairness of those laws which are maintained through the threat of punishment. Punishment is warranted only when required by the compelling

state interests. They may be used up to the point where the accruing benefits remain greater than the harm caused thereby, and there are no alternative methods available which are morally more acceptable and which can be applied at a reasonable cost. The minimum requirements for the *infliction of a concrete punishment* in any individual case are stated by the principle of conformity: punishment is justified only if the person punished could have acted (or could have been required to act) otherwise (H.L.A. Hart, N. Jareborg).

B. THE GENERAL PRINCIPLES OF SENTENCING — THE PROBLEMS OF SELECTION AND BALANCE

1. Naming the principles. — General principles are divided into principles of justice and policies (R. Dworkin, "principles and policies"). The former are related to value-rational argumentation. This group includes the principles of proportionality, equality and mercy ("billighet").[1] Policies refer to goal rational argumentation ("Zweckrationalität"). This group includes general and special deterrence and broader arguments of expediency in criminal policy.

2. The problem of balance. — A central problem in the determination of punishment is how to balance differing sentencing principles against one another. Sentencing theory seeks an answer through different metanorms — in particular in the German-speaking region ("Spielraum-theorie", "Stellenwert-theorie" and "Punkstrafe-theorie"). Metanorms which lead the judge to follow first one rule (e.g. just desert) and then another (e.g. prevention) are only of little help for various reasons. For one thing norms belonging to the category of principles as opposed to rules[2], do not function in judicial argumentation the way these theories assume. The judge does not move from one principle to another; instead different principles simultaneously affect the decision in different combinations and with different weights without one being "negated" by another.

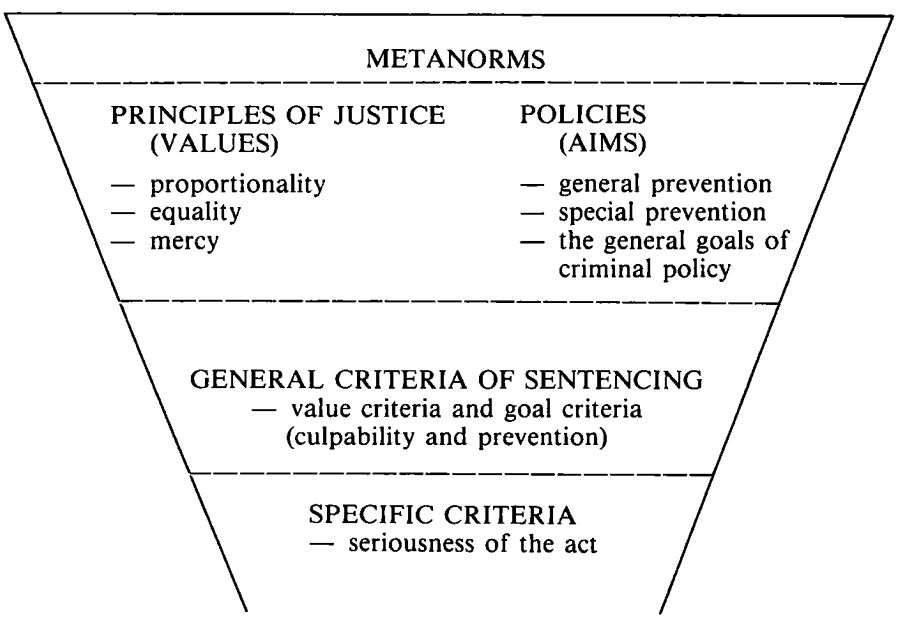
Instead of abstract metanorms one should concentrate on specifying the content of general sentencing principles by developing concrete criteria in coherence

[1] There is no coherent English translation for this last principle. "Mercy" is closest, but also expressions such as "equity", "fairness" and "reasonableness" share the same elements.

[2] One must not confuse the norm-theoretical distinction between principles and rules with other ways of using the term "principle" (e.g. general sentencing principle). All sentencing principles and criteria are at the same time principles in the norm-theoretical sense.

with more general principles. For example an acceptance of the "Spielraum" formula does not relieve the decision-maker from studying what is meant by correspondence to culpability, how it should be measured, what factors are relevant in determining guilt, what is their relative weight, what is included in arguments of prevention, how one assumes punishment to have an effect, the extent to which empirical results support these assumptions in general and from the point of view of the case at issue in particular, what value one should assign to "hard" empirical evidence and to what extent one can rely on "common sense", what is the relevance of prevention oriented criteria to the assessment of the seriousness and relative penal value of the crime and what is their significance and weight when is comes to the decision concerning the levels of sanctions, how substantial these demands are in relation to the evidence to the contrary and to other values, and so on.

3. The points of departure for further analysis. — The sentencing principles and criteria are seen as a continuum from the more abstract to the more specific. The metanorms which coordinate the general principles of sentencing represent one end of the continuum. They are followed by the main groups of principles (principles of justice and policies), separate principles (proportionality, equality, mercy and so on) and sentencing criteria from the more general to the more specific.



The outline reveals two strategies for research and argumentation:

On the horizontal axis the main topic is concerned with the conflict of goals in different levels. The core question is the problem of balance. A part of the tension between different principles can be eliminated by demonstrating that the same conclusions and decisions in individual cases are coherent with several principles. The establishment and justification of a certain aim (goal) turns it into a value; on the other hand, agreement on the value of a certain state of affairs causes us to seek this (makes it an aim). Questions raised by the horizontal perspective are characterized by the terms "tension", "balance", "relative weight" and "reduction".

On the vertical axis the primary concern is the formulation of the criteria applicable on the concrete decision-making level in coherence with the general principles. The key words are "analysis", "deduction" and "coherence".

C. THE PRINCIPLES OF JUSTICE

According to the principle of *proportionality* there should be a just relation between the offence and the punishment. However, this principle has nothing more specific to say about the criteria of how this relation is determined or about what standard to use in anchoring the quantities to one another. In general, the literature relies on the general sense of justice. This can be justified on the basis of three arguments:

(a) if the public opinion were to be ignored, the confidence placed in the system would disappear, (b) the ideal of democracy in itself requires that the sense of justice, as the will of the people, be adopted as a criterion in decision-making, and (c) the feeling that criminals receive the punishment they "deserve" has a value of its own.

Each justification has its own relative weight that varies from one situation to the next. However, the public opinion does not represent an absolute value that should be followed. There is neither the possibility of, or sensible reasons for, doing so. A "public opinion" does not exist on all issues, there is a great variety in opinions, the precision of sentencing often determines the results, opinions are often based on one-sided and erroneous information, there are internal inconsistencies in public opinion, and its contents shift constantly. The weight of the public opinion as a criminal politicy argument depends thus on its intensity, generality, absence of conflict, consistency, degree of justification and expediency.

Equality requires that similar punishments be given in similar cases. Equality is a part of the demands for consistency in the administration of justice and the prohibition of arbitrariness. The principle has nothing to say about the grounds on which the similarity of cases are assessed. It only guarantees that after a norm is established, it should be applied in a consistent manner. The significance of equality lies in the values represented by formal legal safeguards. Predictable application of the law enables us to plan our lives and living environment (the principle of proportionality is also based on this aspect). On the other hand, the principle of equality does not represent an absolute value; one may alter legal practice and renege on consistency when there are strong reasons to do so. However, in so doing one must be prepared to follow the new norm in the future (universalizability). Thus, equality clearly prohibits ad hoc deviations from the norm.

The principle of justice contains two demands that are in a state of internal tension: formal (generalized) justice, which emphasizes predictability, and (individualized) in casu justice, which stresses that cases should be dealt with on an individual basis. The principle of *mercy* represents the latter. Mercy works in one direction only. It requires that a case be dealt with more leniently than what would have been the case if the requirements of formal justice alone were followed. Decisions of mercy incorporate the idea of a certain degree of flexibility. There is a need for this, as it is not possible to contain everything that could influence the decision in the general norm. The criteria under the principle of mercy cannot be specified in advance. However, they share certain common features: (a) they always tend towards more lenient treatment of the case, (b) they pertain to exceptional circumstances (the ordinary cases can be subsumed under the regular fixed justice) and (c) they involve an assessment of the outcome (the effects and significance of punishment in this individual case).

D. GENERAL PREVENTION — OPERATION AND EFFECTIVENESS

Theoretical analysis of the channels for the origin of, and of the conditions of, general prevention, a review of the key empirical results, and the general conclusions in criminal policy on their basis.

What is at issue in sentencing is the effective prevention that is achieved or lost when the sentence is increased or decreased from a certain level (marginal prevention). The history of law and comparative law indicates that there is no direct correlation between the systems of sanction and the level of crime.

In addition, more recent research in criminal policy and criminology have indicated that the slighter increases in the level of punishment have not resulted in a permanent change in the level of crime. There is thus reason to assume that corresponding lowering of the level of punishment would also not be of decisive significance in this respect. This justifies the general aim of reduction of the level of repression.

E. PRINCIPLES OF SENTENCING AND THE LEVEL OF SANCTIONS

1. Retribution, justice and indirect prevention

The purpose of the system of punishment lies in the prevention of behaviour that violates the vital interests of society and its members, and not in a mechanical reflection of positive morals. An unjustified punishment orientation based on insufficient knowledge is at odds with the general tendency towards minimization as well as with arguments of humanity.

On the other hand, the demands of the sense of justice must also be respected for reasons of indirect prevention and democratic rule. The former primarily requires that punishments are not too much in conflict with public opinion. When it comes to the latter, it is not enough for the ideals of democracy that one merely bows to the will of the majority. The will of the people is assumed to be based on correct information and to be formed through rational discourse — not by manipulation and false evidence.

2. Direct deterrence and the level of punishment

1. Routine decisions. — The results of individual decisions given in routine cases do not interest the general public. Direct deterrence can be rejected as grounds for measurement in the individual routine case already by referring to the problems in obtaining information on such decisions. With regard to the general awareness of the public and to the mechanisms for the transmission of information and its selective interpretation, the cognitive conditions for marginal prevention remain unfulfilled.

The rejection of the consideration of prevention on the court level in routine cases is not in conflict with the general utilitarian justifications of the system. Rational argumentation must fulfil the demand for universalization: the decision-maker must be ready to support the same decision also in the future.

Also in a utilitarian system the acceptability and (goal) rationality of the individual case are not decided by the favourable consequences of that specific decision but instead by the consequences that result from the *practice* that results from the application of a general rule generated by that special case. Therefore, individual decisions are interesting from the point of view of general prevention only because the general tendency and the level of punishment is expressed through them. However, it is not the duty of the (lower court) judge making individual decisions to establish such policy.

2. Exemplary sentences. — Despite great publicity, exemplary sentences have not had any empirically verifiable effects. To the extent that the public understands the temporary nature of the decisions, it does not view the decisions as affecting them in the future. On the other hand, the violation of the principles of equality and justice may in the long run harm indirect prevention.

3. Policy decisions. — Policy decisions are not based on the effects of a concrete sentence. In the background lies a belief in the preventive justification of a certain level of punishment for certain types of acts. On this level, sentencing is a continuation of the work of the legislator in the truest sense. To the extent that general prevention is accepted as an argument for the legislator deciding on the level of punishment, it is also an argument for the court that is making policy decisions. On the other hand, the activity of the court in this situation should also be based on preparations similar to those involved in the drafting of legislation. The court must acquire systematic and reliable information on the development of crime as well as a reliable assessment of the possible effects of punishment. As is the case with the legislator, the court should also keep an eye on the over-all resources. These resources do not allow unidirectional argumentation in favour of more severe punishments. One must also be prepared to make policy decisions in a more *lenient* direction.

4. Conclusions. — If a court justifies an individual decision on the direct deterrent effect of the punishment in question, it most presumably is acting in the grip of excessively optimistic beliefs, and it is in any case acting without a sound basis in facts. In concrete decisions, the level of punishment should not appear to the court to be a means for seeking general prevention: it should instead be seen as a means for the court to establish the blameworthiness of the offence in question in relation to other acts.

It would be expedient to assess the prevailing level of punishment from time to time also on the level of the courts. However, any changes should be based on the need to adjust the penal value of offences in relation to one another.

3. Special prevention

1. Influencing motivation. The less a sanction affects the rights of an individual, the smaller the risk of recidivism. When using the present sanctions, the risk of recidivism can best be lessened by avoiding the use of unconditional sentences of imprisonment. In certain situations there is reason to avoid incarceration even when the penal value of the offence would require such a sanction, as long as it is apparent on the basis of the present circumstances of the accused that the sanction would have a particularly harmful effect on him (negative special prevention).

2. Selective incapacitation. — Scientific studies create the illusion of an apparently exact and well justified process even though in fact attempts at analysis only give little guidance to those who wish to be certain that their decision to incapacitate an offender will indeed prevent new offences, and not place non-dangerous persons in prison in vain. If, on the other hand, one wishes to increase the degree of certainty of predictions, one must rely on predictors that blatantly violate views of equity.

As an ideology in criminal policy, selective incapacitation reflects the same points of departures as any other ideology that emphasizes individual-oriented explanations for crime and individual responsibility at the expense of societal factors. With reference to the basis for criminal policy in the Nordic countries, it would scarcely be a serious alternative here. The ideology of incapacitation is explicitly accepted only as a guide in the choice of the sanction for the most serious type of violent crime. It is another matter that, when sentencing recidivists, the system in fact follows what could be called a common-sense policy of incapacitation. The testing of the rationality of this policy would require separate study.

F. FROM GENERAL PRINCIPLES TO SPECIFIC CRITERIA

1. Harm, suspectibility to control and culpability

1. The prevention interest and the harm created by the act. In discussions on relative penal value and the relation between the blameworthiness of offences, it is assumed that the decisions on the level of punishment have already been made. It is only a question of the allocation of the given volume of punish-

ment, and of the justification of the basis of distribution within the system.[3] In the relative aspect one must concentrate on the protection of those interests that are considered the most important. Is is sensible to relate the level of the sanction with the harmfulness of the offence since it is more important that the most harmful acts are more effectively prevented that the less harmful. The degree of harmfulness is determined by the value of the violated interest and by the extent of the violation. On the legislative level, the assessment of harm leads to a weighing of the values and the importance of different individual and collective interests in society. Specific crime definitions manifest the solutions the legislator has made concerning the protection and the value of those interests. On the sentencing level the primary task is to interpret these definitions in the light of the decisions made on the legislative level.

2. The possibility of prevention and the extent to which behaviour can be controlled. — Some acts can be prevented more effectively than others. One must take into consideration the extent to which behaviour can be controlled as well as the extent to which acts violating or endangering the interests to be protected can be regulated through punishment. Any weakening in the extent to which certain behaviour can be controlled should lead to a mitigation of the sanction, as the total volume of punishment within a certain system must be kept the same when deciding on the allocation of punishment within this system. When punishments are raised in one sector they must be lowered in others. It would not be rational to sacrifice the same amount of resources for the prevention of an equal amount of harm if the outcome is different. As long as there is a scarcity in resources, the optimal allocation of the volume of punishment requires that, when it is a question of equal prevention interest, a weakening in the extent to which behaviour can be controlled should result in lower punishment, and vice versa. The scope for control, when presented as a goal-related argument, can also be presented as a value-related argument. In such a case, it refers primarily to culpability in the sense of the conformity principle.

3. A joint assessment. — Both points of view are constantly involved at the same time. The expediency of a system cannot be assessed solely on the basis of its success in preventing prohibited acts. It must also be assessed on the basis of the importance of, and justification for, the prevention of these acts. If the prevention interest is equal, the relative weight of offences is decided by the

[3] Here is the central difference between an absolute and relative approach, or in another words, the difference between the justification of a system and the justification of a particular decision within that system.

extent to which they can be controlled. If two offences can be controlled to the same extent but the prevention interest is different, there is reason to focus punishment on the offence that it is more important to prevent.

2. Characteristics of the offender and the extent to which his behaviour can be controlled

The characteristics of the offender that affect the extent to which his behaviour can be controlled are, above all, his intellectual capacity, his personality and attitudes, his personal circumstances and position as well as his experiences with punishment. However, this information is of little utility when establishing the grounds for sentencing on the level of the courts. The following three situations are those which primarily enter the question.

Young persons (and children) often act impulsively without considering the further implications of their acts. At the same time, they are susceptible to the influence of their immediate environment in a way which lessens the possibilities of acting in violation of group norms that are at odds with the normative system of the rest of society.

The situation of a person suffering from mental aberrations may already in itself be such that he is incapable of long-term reflection. This point of view also lies behind the provisions in the Penal Code on criminal responsibility.

The motivating influence of the threat of punishment requires that the actor at least be aware of the blameworthiness of his act, and preferably also of its liability to punishment. Erroneous impressions that may lessen the preventive effectiveness may be based on insufficient knowledge of the norms or of the actual circumstances (error in law, error in fact). In this, subjecting the act to the threat of a sanction is deprived of its intended effect.

3. Characteristics of the act and its susceptibility to control

The information concerning the suspectibility of the act to prevention can be applied on the level of both legislation and the application of the law. The strength of *motives* and the typical *motivational background* of acts influence the degree to which such acts can be prevented. On this basis, one may distinguish between planned acts that call for deliberation, and acts that are committed on the spur of the moment. The same point of view provides the justi-

fication for dealing more leniently with an act that was committed under duress, in a state of great emotion or under other emotional excitement.

4. The general aim of minimization of harm

In establishing the minimization of the costs and harmful effects of crime and crime control as one of the main goals of criminal policy, the scope of the goal rational considerations in criminal policy expands significantly beyond pure efficacy in prevention.

The costs of control may be lessened by encouraging actions by the accused which decrease the costs of the investigation of the offence and speed up the proceedings (for example, cooperation in the police investigations). The costs to the victim may be decreased by encouraging the offender to provide restitution and compensation. If the act has also resulted in other consequences to the offender, it may be necessary to undertake special arrangements in order to maintain the total costs to the offender on a reasonable level (e.g., in the case of exceptional cumulation of sanctions). The costs resulting from crime, in turn, may be decreased by promising an offender who has already committed his offence mitigation of punishment if the prevents the fulfilment of the offence in full, or acts to limit the type and extent of its consequences.

5. The intermediate result — the value- and goal-rational justification of sentencing criteria

The argumentation in this chapter has followed a goal-rational tendency in a large sense: The starting points were to be found in the general aims and objectives of the penal system. The purpose has been to develop more concrete sentencing criteria in coherence with these general principles and policies. As a result we have come to such criteria as harm and danger, the degree of the possibility of conforming with the law (temptation, duress, motivational stress and so on), the degree of planning and deliberation, age, degrees of criminal responsibility, error of fact or of law, restitution and prevention of the consequences of the offence as well as cooperation in the clarification of the offence, recidivism, cumulation of sanctions, exceptional circumstances related to the offender or his circumstances that significantly increase the suffering caused by the punishment and so on.

These criteria are not only *coherent with the rational aims of the penal system,* they are normally also *defended with reference to the demands of justice.* Goal oriented policies that have received a concrete form in the grounds for sentencing have been turned into value-related arguments. Therefore, when applying norms formulated in accordance with goals, these goals are involved indirectly. The channelling of policies to value related arguments on the judicial level therefore fulfills the model or regulation of Weberian modern law (''Zweckrationalität'' on the legislative and ''Wertrationalität'' on the judicial level). This means (to simplify the issue) that, when determining the sentence in accordance with sentencing criteria originally constructed on the basis of goal-related principles, the court at the same time guarantees ''just-desert'' and prevention as well as the broader demands for expediency in criminal policy.

CHAPTER IV. SENTENCING CRITERIA — SYSTEMATIZATION AND INTERPRETATION OF AGGRAVATING AND MITIGATING FACTORS

A. SYSTEMATIZATION

A brief review of the construction of the sentencing criteria in the legal literature. An examination of various systematization alternatives. The presentation and justification of the author's own systematics.

The systematization can be based on legal principles (e.g. reasons of justice and prevention), dogmatic concepts (e.g. according to the elements of an offence and its objective and subjective grounds), phenomena in the real world (factors connected with the act and the offender), the level of generality (general and special), questions of the draftsmanship of legislation (the arguments affecting the choice of the latitude and concrete punishment) and the available alternative sanctions (the criteria for selecting the quality and quantity of sanction). In the present study the systematics shall be constructed applying several different perspectives

LEVEL		
PRINCIPLES	"J U S T I C E" (rational acceptability)	
2. GENERALIZED		INDIVIDUALIZED
3. Proportionality (values) Prevention (goals)		Mercy and fairness In casu pragmatic rational considerations
4. Harm Culpability (controllability)		

GROUNDS ACT	OFFENDER	EXTERNAL TO THE ACT
1. Culpability I — imputability — intent — negligence — mistake	1. Recidivism	1. Behaviour subsequent to the act — active repentance — elimination of the effects of the offence — assisting in the clarification of the offence — restitution
2. Wrongdoing I ("Erfolgsunwert") — consequences — harm/danger	2. Age	2. Cumulation of sanctions
3. Wrongdoing II ("Handlungsunwert") — mode of commission and the wrongness of action — degree of planning and premeditation	3. Diminished responsibility	3. Suffering based reasons
4. Culpability II — motives — sympathy — reward — motivation — pressure/threat — temptation		
5. Behaviour of the victim and third parties — consent/provocation		4. Statute of limitations (prescription)
6. Modifications of the act — attempt — complicity — abetting/incitement — forming of a gang — concurrence		

On the most abstract level systematization is based on the concepts of generalized and individualized justice. The central principle are: the principle of proportionality, general and special prevention, mercy, and the principle of the minimization of (social) costs. Two "subprinciples", harm and culpability (suspectibility to control), lie between these principles and the specific sentencing criteria. On the level of specific criteria, a distinction is made between the act and offender-related criteria. The group "criteria external to the act" serves as a means to individualize treatment in a system which seeks firm advance regulation of various situations in order to maintain legal certainty.

The act-related criteria are systematized primarily in accordance with the scheme for the essential elements of an offence ("Tatbestand"). The essential elements are divided into two components, culpability and wrongdoing ("Unwert"). Culpability, in turn, is divided into imputability and motive or motivation.

B—D. INTERPRETATION AND RECOMMENDATIONS

Interpretation of the criteria of sentencing and the presentation of recommendations on the basis of the legal literature and practice. The relative weight in the demonstration of the connections between (the coherence of) the specific criteria and the background principles.

B. CRITERIA CONNECTED TO THE ACT

1. Consequences

In the assessment of the extent of the consequences (the harm and the danger of harm), one must turn to an interpretation of the object of legal protection (the interest protected by the prohibition). The degree of the risk is determined not only by the *seriousness* of the expected consequences but also by their *probability*.

2. Imputability and its degrees

One may only take into consideration imputable harm and endangerment in sentencing. A consequence that the offender did not note or that he need not

have noted even in the case of offences of negligence cannot be taken into consideration.

Error juris is significant only if it is forgiveable in some sense. The age of the provision, the objective uncertainty of the situation regulated by the provision, erroneous advice by the authorities and conflicting recommendations and official instructions on the interpretation of the provision mitigate and, in extreme circumstances, eliminate the offender's criminal liability.

A person who acts intentionally knows what he is doing and why. The situation is more in his control, the offender has a better opportunity to decide on his actions and to alter his plans. Correspondingly, the authorities have a greater chance of influencing the offender's decisions through punishment (susceptibility to control). If the offender deliberately seeks certain consequences one may assume that he acted in a serious manner and, should he fail, shall attempt the act again (dangerousness).

The more certain the offender was that he would fulfill his objectives and the more aware he was of the circumstances that were connected with the act and that influence punishability, the more clearly the offender demonstrates heedlessness of the protected interests of others, and the more severely one should assess his liability.

3. The manner of commission of intentional crimes

More serious punishment for *deliberate* acts is justified primarily by the fact that deliberate offences are not committed through thoughtlessness, the spur of the moment or in the heat of anger. The result also depends on the factors that had influenced the deliberation. More serious punishment for *premeditated* acts is justified because: (a) the offences are easily more harmful than usual, (b) commission of a premeditated offence is an indication of greater culpability and the greater danger of the offender, and above all (c) a heightened threat of punishment may also have a preventive effect, given the motivational background.

The significance of the features that are mentioned in the specific essential elements (for example, the time and place of commission, the helplessness and vulnerability of the victim, the brutality and cruelty demonstrated in the act) is determined by what they reveal of the harmfulness and dangerousness of the act.

4. Special comments on offences of negligence

The *objective* part of negligence. The more valuable the interest involved, the greater care should be taked, and the greater the probability that interests would be violated, the greater grounds there are for refraining from the act. Factors influencing the assessment include: (a) situational circumstances that increase or, respectively, decrease the danger affect the probability of the violation of interests and the assessment of how a careful person would have behaved in that situation, (b) circumstances related to the offender (professional background and training), (c) the presumption of rationality (unexpected action by outside parties) and (d) social adequacy (socially acceptable goals justify a risk that is greater than normal).

The *subjective* part of negligence. Greater possibilities and a better ability to perceive risk increase the blameworthiness of the act; correspondingly, smaller possibilities and a lesser ability to perceive risk decrease this blameworthiness. Among the primary factors that affect this are: (a) intellectual and physical characteristics (physical abilities, the keenness of sense, the state of health and so on), (b) acquired characteristics (knowledge, skill, experience and training) as well as (c) the specific situational circumstances (the time available for reflection, outside pressures, threats and so on).

Negligence is *less blameworthy* in circumstances where the person had not been aware of the risk; with reference to his physical, mental and acquired characteristics and the situational circumstances he was scarcely able to be aware of this possibility. In the most *serious forms* of negligence the offender had been aware of the possibility of a violation of legally protected interests, and had even regarded it as relatively probable. Taking into consideration the seriousness and the probability of the risks the behaviour deviates sharply from what would be required by careful action in the situation, and the offender is not able to present any social justification for his act.

5. Breach of duty and offences by omission

Extraordinary offences by omission. The closer one is to a situation where there is no obligation to act, the lesser the blameworthiness. In assessing the strength of the obligation, reference may be made to the objective negligence.

Deliberate offences by commission. Features connected with the profession or position of the offender and his relation with the victim may raise the expectations directed at him and therefore aggravate the responsibilities violated by the offence.

6. Motives

Acts which are committed on the basis of altruistic motives and that are intended to benefit other members of society (e.g., sympathy and mercy) are at odds with this assumption, and generally incur lesser punishment (social adequacy). Unacceptable motives (such as envy, spite, greed and egoism) often reflect views in offender-oriented criminal law constructs. One should take a restrained approach to such views unless they can be supported on rational grounds. The more severe punishment incurred by those who commit an offence out of revenge or for profit can normally be derived out of the argument that such an act normally requires some degree of planning. In these cases the heavier penalties can be explained with reference to culpability and preventive reasons.

7. The motivational situation and the principle of conformity

Pressure, threat and temptation. Here, the possibilities of conforming with the law are lessened through direct physical means. In addition, the external circumstances may result in a normative conflict when the offender feels that he is obliged to obey a norm that contradicts the law (superior orders or other expectations that are considered to impose an obligation).

Intoxication. For general preventive reasons mitigation may be permitted only in special cases, e.g. in situations involving a mistake or where the alcohol had an extraordinary or otherwise surprising effect that the offender could not have anticipated.

Cases that border on unpunishable *self-defence or necessity.* A person who is acting in a state of necessity and sacrifices the greater interest can be sentenced to a lesser punishment not only on the grounds that he was faced with a motivational situation that was more difficult than average, but also because the act was approved in part by the legal system. The same is true of excessive self-defence. The grounds for the decision in the first case may include, for example, the differences between the value of the interests in question as well as the time available for reflection, and in the latter case they may include the type of forcible means used as well as the motivational situation (fear, terror and confusion).

Provocation. Irritation and angering of the offender. The more lenient punishment accorded for provoked acts is based not only on the principle of conformity but also on the principle of resentment (it is also morally acceptable to demonstrate that the violator had behaved reprehensibly). To the extent that

the mitigating effect accorded to provocation is due to the rush of emotions produced by the irritation, the reaction of the offender should follow the irritation relatively quickly, in the heat of the moment (in hot anger). The longer the time between the irritation and the reaction, the lesser mitigating effect (the effect that is based on the principle of conformity) the provocation will have on the punishment.

Often, situations must be assessed in the light of *several background principles at the same time.* A lowering of the possibility of acting differently (and a lessened blameworthiness) may also be connected with factors that justify the act: the act is in part not only forgiveable, it is in part also acceptable and desirable.

8. The participation of the victim and a third party

In cases where consent does not cancel the unlawfulness of the action entirely, it may still have a mitigating effect. The criteria that are to be taken into consideration are to be found in the general rules on consent.

Additional harm resulting from the unanticipated actions of third parties (refusal to seek medical treatment or preventing the obtaining of care) is not to be attributed to the offender.

9. Modifications of the act

This group contains a number of applications of the border-line criteria of the general part of the criminal law as grounds for sentencing.

9.1. Attempt

The assessment of the blameworthiness of an attempt is connected with the dangerousness of the behaviour. Primary attention is to be directed to the probability and seriousness of the harm. Another decisive factor is what had prevented the realization of the consequence, and to what extent this could have been anticipated and thus have influenced the assessment of danger ex ante.

9.2. Complicity

The *allocation of responsibility* between accomplices. If an incitor himself takes part in the commission of the offence, he may often be punished more severely

than the others as the main accomplice. The criminal liability is heightened if others are pressured into the offence through threats or if the accomplice abuses the position of dependency that others may have on him.

The *role of the accomplices in the assessment of the blameworthiness of the offence.* Offences involving violence and with several accomplices often lead to more serious consequences. A larger group will more likely achieve their ends (dangerousness). Furthermore, the fact that several accomplices band together may demonstrate a special degree of planning of the offence. This point of view merits special consideration in connection with organized crime.

9.3. Situations of concurrence

The classifications used in the rules on concurrence are also applied as continuums within the various forms of concurrence. The motivational situation, the temporal and local connection between the separate acts and the directing of the acts at the same victim lessen the blameworthiness; a separateness of the decisions to commit the acts, an increase in the temporal and local difference between the acts, and different victims increase the blameworthiness also within the forms of concurrence. The relationship between the number of acts and the blameworthiness is not a linear one. Instead, the additional acts lead to a constantly and proportionately decreasing marginal increase in blameworthiness and punishment.

C. FACTORS CONNECTED WITH THE OFFENDER

1. Recidivism

From the moral point of view, the most substantial justification explains that the difference in treatment of recidivists and first offenders is due to the attempt to provide first-time offenders with a new possibility of demonstrating their eligibility to be a member of society ("giving the offender a second change", von Hirsch). The mitigation granted a first-time offender is an indication of the flexibility of morals.

According to the Finnish Penal Code recidivism increases the punishment only if it indicates a greater act-oriented culpability. Recidivism will lead to increased punishment only if it demonstrates that the offender is manifestly heedless of the prohibitions and commands of the law.

2. Diminished responsibility

The degrees of responsibility vary with the offender's ability to understand the factual and moral nature of the act and with his ability to control his behaviour. When reference is made to this moral justification, a causal connection is required between the act and a mental defect.

Mental illness may affect not only the moral appraisal of the behaviour, but also the assessment of the dangerousness of the offender.

3. Age

Insufficient knowledge and understanding of the significance and moral nature of the act as well as the demands that society places on the actions of its members justify the lesser punishment of young people on reasons based on culpability. Since, in addition, young people behave more impulsively and with less deliberation than do adults, also general prevention is relatively absent of effect. In part for the same reason, advanced aged and senility may lead to a mitigation of treatment on moral grounds. Thus arguments of guilt and prevention justify a mitigation of punishment on both ends of the age distribution. When moving in from either extreme of this distribution, the mitigation is primarily justified by negative special prevention and the increased suffering resulting from punishment (section D).

D. FACTORS EXTERNAL TO THE ACT

1. The behaviour of the offender after the act

Voluntarily withdrawing from an attempt at an offence relieves the actor of liability. In border-line cases the punishment may be mitigated even if the withdrawal from the attempt does not completely fulfill the criteria for voluntariness.

An *attempt to prevent or remove the consequences* of an offence mitigates the punishment on the condition that this attempt is voluntary and undertaken on the offender's own initiative. Factors affecting the assessment include the time of the actions and the extent to which the offender has gone in attempting to prevent or remove the consequences.

Cooperation in the clarification of one's own offence. A sincere attitude during questioning and turning oneself in to the police. This ground for mitigation is limited to the offender's own offences. Denial of one's offences is not corresponding grounds for an increase in punishment.

2. Cumulation of sanctions

According to chapter 6, section 4 of the Penal Code, the court may take into consideration another consequence that the offence or the court judgment causes to the offender if, together with the sentence passed pursuant to the provisions of chapter 6 this consequence would lead to an inequitable result. This includes, for example, sanctions ordered by authorities (including compensation and disciplinary measures directed at civil servants), informal sanctions (including the loss of one's job) as well as factual consequences of the offence (including the exceptional publicity engendered by the offence, the death or serious injury of the close relatives of the offender, injury to the offender himself).

3. Reasons based on subjective suffering

The different effect that punishment has on different people has been taken into consideration in the day-fine system. The size of each individual day-fine is determined on the basis of the offender's ability to pay, and it is generally one third of the gross daily income. This sum may be lowered when called for by factors that essentially affect the offender's solvency (for example, a maintenance obligation).

Also the different effect that imprisonment has on different persons can be taken into consideration, as long as the goal remains the realization of social equity and the protection of the weak (the integration of the disabled). A serious illness is a self-evident reason for refraining from the imposition of a sentence of imprisonment. A young person who is susceptible to various influences experiences life in an institution and the change in the environment more strongly than does a mature person. Also, the loss of the decisive educational years in one's life often means an irreplaceable loss to the future of a young person. For an elderly person, in turn, the loss of liberty is made more aggravated by the decreased tolerance brought by age.

The considerable difficulties that the enforcement of a sentence of imprisonment brings to the immediate environment of an offender (e.g., a sole provider

with several children who cannot rely on close relatives for support) can be taken into consideration in particular if the offence in itself was impulsive (there was no time to consider the consequences).

4. The statute of limitations (prescription)

Along with a disappearance of any recollections of the offence, neither general prevention or the concept of retribution call to the same extent for the consideration of the offence or for its full punishment. Intervening in the life of the offender after the fact may turn out to have a most harmful effect on his future. In exceptional cases, even a briefer passage of time provides justification for mitigation if the life circumstances of the offender have developed to a point where it is clear that, were he to be snatched away from his present circumstances, this would seriously damage his possibility of future social adjustment.

CHAPTER V. THE CHOICE OF SANCTIONS

Contents: After a consideration of the concept of the severity of punishment, the study continues with a more detailed examination of the application of the criteria dealt with in the previous chapter and of their significance in sentencing as a guide for various sub-decisions (including, for example, the selection and adjustment of the latitude, as well as the use of different types of punishment).

1. A charting of the practice indicated that the courts are developing presumptions guiding the use of conditional and unconditional imprisonment, presumptions where the central grounds are the blameworthiness of the act, youth and previous criminality. The situations generally followed a formula according to which the sentence of imprisonment for an offence committed by a first-time offender is set unconditionally only if the length of imprisonment increases to one to two years (the formal maximum for a conditional sentence of imprisonment is two years). Near the limit of two years, the seriousness of the offence leads to the presumption that the sentence shall be unconditional also

for first offenders. This presumption can be overruled on the grounds of the young age of the offender and in particular on factors of equity external to the blameworthiness of the act. Sentences of imprisonment that are below one year but that are imposed unconditionally are generally justified by refering to the offender's prior criminality.

Drunken driving is a clear exception to this formula. The attitude towards this type of offence is more severe than on the average. Also an offence by a first-time offender may lead to an unconditional sentence of imprisonment even if the length of sentence is below one year, if the blood alcohol content is sufficiently high (over 2,5 parts per thousand) and the actor has caused particular danger.

2. Two different decision strategies and models of argumentation can be distinguished.

(I) *The primary decision* — routine application of the proportionality principle. The first and often the only stage represents a decision that is required by the concept of generalized justice. This model applies to routine cases, and the goal is a just proportion between the severity of the punishment on one hand and the damage and danger caused by the offence and the culpability of the offender on the other. The most important grounds are related to the act and the offender (B and C). Punishments are assessed on the basis of the unpleasant threat that they *generally represent*, while the assessment of the blameworthiness of the act is based on interpretations representing generalized justice.

(II) *The secondary decision* — modifications and corrections. However, there may be features connected with the circumstances of commission, the person of the offender or the effects of punishment that require that some modifications be made to the basic situation that rests on an average assessment. There are two types of corrections. Corrections of *mercy* to the severity of the sanction are justified when particular reasons related to the person of the offender or the other exceptional features of the case lead to a situation where the punishment called for by normal practice would lead to suffering that deviates from the presumed average level. Corrections on the grounds of *negative special prevention* draw attention to the offender's possibilities of future social adjustment. The criteria are usually connected with the age of the offender or to changes in his circumstances. A common feature of the corrections represented on the second level is that attention is paid to the subsequent effects (the consideration of the sanction) and an attempt to mitigate treatment as well as the avoidance of unconditional imprisonment.

CHAPTER VI. SENTENCING NORMS DE LEGE FERENDA

In a discussion de lege ferenda, certain reforms of and additions to the present sentencing norms (chapter 6 of the Penal Code) are presented. In the following outline of the sections, the proposed reforms and additions are written in italics.

Chapter 6

Section 1

In sentencing, all the grounds increasing and decreasing the punishment that affect the matter and the uniformity of sentencing practice shall be taken into consideration. The punishment shall be measured so that it is in just proportion to the harm and risk involved in the offence and to the culpability of the offender manifested in the offence.

In addition to what is stated elsewhere in law on the grounds that affect sentencing, the grounds mentioned in sections 2 and 3 of this chapter are grounds increasing and decreasing the punishment.

Section 2

Grounds increasing the punishment are:

1) the degree to which the criminal activity was planned;
2) commission of the offence as a member of a group organized for serious offences;
3) committing the offence for remuneration; and
4) the previous criminality of the offender if the relation between it and the new offence (*on the basis of the similarity between the offences or otherwise,* deleted) shows that the offender is apparently heedless of the prohibitions and commands of law.
5) *apparent heedlessness, as indicated by the offence, towards the obligations assigned to the offender.*
6) *inciting or forcing another into the commission of an offence through duress or temptation or by utilizing the lack of understanding or position of dependence that this person has on the offender.*

Section 3

Grounds decreasing the punishment are:

1) *participating in an offence carried out by several persons to a lesser degree than the others.*
2) significant pressure, threat or similar influence on the perpetration of the offence;

3) strong human sympathy leading to the offence or exceptional and sudden unexpected temptation or a similar factor that has been conducive to noticeably lowering the ability of the offender to obey the law;
4) *commission of the offence for a reason similar to those referred to in chapter ( ) of the Penal Code as grounds relieving the offender of criminal liability;*
5) *commission of the offence before the age of twenty years.*

Section 4

In addition to what is stipulated in section 3, the following shall also be taken into consideration as a factor mitigating the sentence:
1) the voluntary attempt by the offender to prevent or remove the effects of the offence or to further the clearing up of his offence;
2) *another consequence to the offender resulting from the offence or otherwise incurred by him therefrom if, together with the sentence that would follow normal practice, this would lead to an unreasonable result;*
3) *the age, living circumstances or health of the offender or the considerable time that has elapsed since the offence if, for these reasons, the sentence following normal practice would lead to an unreasonable or exceptionally harmful result.*

Section 5

If the grounds mentioned above in sections 3 or 4 or other exceptional reasons call for special attention, and the public interest does not demand otherwise, the court may also impose a sentence that is lesser than that decreed in law (go below the special minimum decreed in law or impose a fine instead of imprisonment).

Section 6

A sanction that is lesser than that decreed by law may always be imposed for an offence which has remained an attempt or which the offender has committed before the age of eighteen.

Section 7

A sentence of imprisonment shall be imposed conditionally unless otherwise required by (the maintenance of general prevention and) the reasons mentioned above in sections 1—2.

A person who has not reached the age of eighteen may be sentenced to unconditional imprisonment only if there are compelling and exceptional reasons for this. If the offender was over eighteen but not yet twenty-one years of age, unconditional imprisonment may be imposed only for special reasons.

Regardless of the provisions of section 7 subparagraph 1 a sentence of

imprisonment may be imposed conditionally also when there is deemed to be cause for this, taking particularly into attention what is stated in section 4, subparagraph 3.

Should conditional imprisonment alone be deemed an insufficient sanction for an offence, the offender may be sentenced, in addition to the conditional sentence of imprisonment, to an unconditional fine, also where no fine is decreed as a sanction for the offence.

OIKEUSTAPAUKSET

Ratkaisuihin on tekstissä viitattu yleensä päätöksen tai taltion numeroin. Tunnistetietoina käytetään luettelossa lisäksi päätöksen antopäivää sekä diaarinumeroa.

KORKEIN OIKEUS

Julkaistut tapaukset

KKO 1948 II 15, s. 515
KKO 1968 II 93, s. 617
KKO 1970 II 70, s. 617
KKO 1972 II 90, s. 360 av. 112
KKO 1972 II 108, s. 534, 548, 549
KKO 1973 II 98, s. 447
KKO 1974 II 81, s. 617
KKO 1974 II 86, s. 375 av. 147
KKO 1977 II 3, s. 479
KKO 1977 II 25, s. 617
KKO 1977 II 26, s. 360 av. 112
KKO 1977 II 56, s. 355
KKO 1978 II 40, s. 356
KKO 1978 II 78, s. 380 av. 159
KKO 1978 II 104, s. 355
KKO 1978 II 111, s. 308
KKO 1979 II 31, s. 620
KKO 1980 II 59, s. 354 av. 105
KKO 1980 II 67, s. 580, 581, 587
KKO 1980 II 73, s. 322
KKO 1980 II 81, s. 465
KKO 1980 II 125, s. 576
KKO 1981 II 10, s. 620
KKO 1981 II 50, s. 359 av. 109
KKO 1981 II 173, s. 565, 587, 595
KKO 1981 II 174, s. 566, 567, 599
KKO 1981 II 175, s. 565, 595
KKO 1981 II 181, s. 484
KKO 1981 II 189, s. 568
KKO 1982 II 67, s. 547, 577
KKO 1982 II 102, s. 471
KKO 1982 II 188, s. 568, 569, 581
KKO 1982 II 189, s. 439
KKO 1983 II 37, s. 364
KKO 1983 II 159, s. 395
KKO 1984 II 72, s. 566, 567, 599
KKO 1984 II 96, s. 381 av. 161
KKO 1984 II 165, s. 118
KKO 1984 II 173, s. 361 av. 116
KKO 1985 I 2, s. 319
KKO 1985 I 3, s. 618, 619
KKO 1985 II 4, s. 574, 587, 591, 598
KKO 1985 II 38, s. 620
KKO 1985 II 81, s. 620
KKO 1985 II 117, s. 571, 598
KKO 1985 II 134, 478, 479, 484
KKO 1985 II 172, s. 308
KKO 1986 II 65, s. 53 av. 22
KKO 1986 II 113, s. 366

Julkaisemattomat tapaukset

KKO 1295/1969, 30. 5. 1969 87/45 VD 1969, s. 622 av. 10
KKO 1639/1971, 30. 6. 1971 323/163 VD 1971, s. 625 av. 14
KKO 1413/1973, 10. 8. 1973 753/378 VD 1972, s. 617
KKO 2770/1976, s. 322, 535, 548
KKO 419/1977, s. 465
KKO 1816/1977, 14. 11. 1977 V 77/164, s. 580, 587
KKO 2090/1977, s. 466
KKO 2139/1977, 1. 11. 1977 1451/727 V.D. 1976, s. 413 av. 232

KKO 2797/1977, s. 466
KKO 1350/1978, 15. 6. 1978 V 78/358, s. 419
KKO 215/1978, s. 466
KKO 2335/1978, 20. 10. 1978 V 78/623, s. 413
KKO 2509/1978, 17. 11. 1978 V 77/1393, s. 363
KKO 2610/1978, 3. 11. 1978 V 78/1077, s. 419
KKO 2747/1978, 16. 11. 1978 V 78/704, s. 413
KKO 3059/1978, 9. 11. 1978 V 78/655, s. 580, 587, 597
KKO 5. 5. 1978 V 77/1203, s. 411 av. 277
KKO 15. 8. 1978 V 78/1922, s. 357 av. 107
KKO 785/1979, s. 584
KKO 30. 7. 1980 V 79/1538, s. 356
KKO 1225/1979, 8. 6. 1979 V 79/336, s. 363
KKO 1334/1979, s. 450 av. 4, 523
KKO 1894/1979, 11. 1. 1980 V 79/475, s. 432
KKO 2255/1979, 29. 9. 1979 V 79/258, s. 583 av. 9
KKO 2378/1979, 7. 9. 1979 V 78/973, s. 583 av. 9
KKO 330/1980, s. 484
KKO R 80/240/1979, s. 593
KKO 3713/1980, s. 593
KKO 4574/1980, s. 581
KKO 2283/1981, s. 593
KKO 4534/1981, 4. 12. 1981 R 1980/1032, s. 402 av. 211, 439
KKO 1955/1982, 4. 11. 1982 R 1981/493, s. 323
KKO 3864/1982, 12. 5. 1983 V 79/698, s. 33, 583, 587
KKO 3973/1982, 22. 12. 1982 R 1982/224, s. 358 av. 108, 567
KKO 4664/1982, 21. 12. 1982 V 79/437, s. 584
KKO 1534/1983, 30. 12. 1983 R 83/40, s. 364 av. 122
KKO 277/1984, 10. 5. 1984 R 1983/362, s. 566, 598, 599

HOVIOIKEUDET

Helsingin hovioikeus

HHO 1533/1972, 7. 3. 1972 R 1971/268/58, s. 620 av. 10
HHO 1575/1973, 4. 12. 1973 R 1972/366/416, 534
HHO 589/1975, 25. 9. 1075 R 1973/56/208, s. 418, 537
HHO 867/1975, 12. 8. 1975 R 1973/480/814, s. 509, 541
HHO 16. 2. 1978 R 1978/2476, s. 491
HHO 28. 12. 1979 R 1978/1498, s. 534, 548, 625 k
HHO 28. 12. 1979 R 1978/1912, s. 625
HHO 919/1981, 11. 6. 1981 R 1980/1003, s. 534, 548
HHO 2742/1983, 3. 6. 1983 R 1983/1747, s. 571
HHO 843/1983, s. 469
HHO 910/1983, 16. 6. 1983 R 1981/2629, s. 362 av. 117
HHO 2012/1983, 17. 11. 1983 R 1982/2932, s. 572, 593
HHO 2403/1983, R 1982/177, s. 496, 571
HHO 2746/1983, R 1983/1522, s. 571
HHO 65/1984, 20. 3. 1984 R 1982/2193, s. 362 av. 118
HHO 101/1984, 20. 9. 1984 R 1982/1645, s. 324, 623 av. 11
HHO 321/1984, 3. 5. 1984 R 1982/1928, s. 548
HHO 573/1984, 30. 3. 1984 R 1983/2262, s. 360 av. 115
HHO 772/1984, s. 414
HHO 937/1984, 14. 6. 1984 R 1983/503, s. 577 av. 7
HHO 1046/1984, 13. 9. 1984 R 1983/2576, s. 539, 548
HHO 1176/1984, 7. 6. 1984 R 1984/470, s. 406, 536
HHO 1189/1984, 7. 6. 1984 R 1984/578, s. 360 av. 113
HHO 1306/1984, 14. 6. 1984 R 1984/1077, s. 308

HHO 1526/1984, 12. 7. 1984 R 1983/992, s. 577 av. 7
HHO 1581/1984, s. 469
HHO 1603/1984, 11. 10. 1984 R 1983/1049, s. 381 av. 161
HHO 1618/1984, s. 360 av. 113, 414
HHO 1673/1984, 30. 10. 1984 R 1983/845, s. 412 av. 228
HHO 1874/1984, s. 466
HHO 1966/1984, 16. 10. 1984 R 1983/862, s. 429 av. 253, 538
HHO 1993/1984, 13. 9. 1984 R 1984/1364, s. 361 av. 115
HHO 2015/1984, 18. 9. 1984 R 1984/1783, s. 548
HHO 2081/1984, s. 413
HHO 2088/1984, 27. 9. 1984 R 1984/1789, s. 308
HHO 2163/1984, 30. 10. 1984 R 1984/548, s. 574
HHO 2238/1984, 8. 11. 1984 R 1983/1597, s. 583
HHO 2278/1984, 16. 10. 1984 R 1984/1154, s. 356
HHO 2300/1984, 16. 10. 1984 R 1984/2003, s. 354, 418
HHO 2519/1984, s. 577 av. 7
HHO 2648/1984, 5. 2. 1985 R 1983/1551, s. 466
HHO 2800/1984, 5. 12. 1984 R 1984/54, s. 439
HHO 2852/1984, 27. 12. 1984 R 1983/2374, s. 472
HHO 3158/1984, 20. 3. 1984 R 1982/522, s. 362 av. 118
HHO 3243/1984, 7. 2. 1984 R 1982/2607, s. 360 av. 115
HHO 42/1985, 7. 3. 1985 R 1984/317, s. 407
HHO 243/1985, s. 307
HHO 291/1985, 30. 4. 1985 R 1983/2209, s. 360 av. 114
HHO 405/1985, s. 623
HHO 651/1985, 4. 7. 1985 R 1984/288, 539, 548
HHO 725/1985, 12. 6. 1984 R 1983/262, s. 361 av. 115
HHO 965/1985, s. 577 av. 7
HHO 1477/1985, 17. 10. 1985 R 1984/664, s. VRT 1447/85 s. 366
HHO 1485/1985, 10. 9. 1985 R 1985/201, s. 577 av. 7
HHO 1488/1985, 11. 7. 1985 R 1985/1025, s. 446
HHO 1509/1985, 10. 9. 1985 R 1984/1803, s. 539
HHO 1514/1985, 26. 9. 1985 R 1985/876, 573
HHO 1627/1985, 10. 9. 1985 R 1984/2603, s. 548
HHO 1850/1985, 24. 10. 1985 R 1985/46, s. 579
HHO 2697/1985, 19. 12. 1985 R 1985/2427, s. 447
HHO 3094/1985, s. 360 av. 113
HHO 35/1986, 7. 2. 1986 R 1985/2368, s. 342 av. 83
HHO 264/1986, 17. 6. 1985 R 1984/2829, s. 548
HHO 454/1986, 3. 6. 1986 R 1985/958, s. 564
HHO 553/1986, 12. 6. 1986 R 1985/1333, s. 577 av. 7
HHO 559/1986, 5. 6. 1986 R 1985/2293, s. 625
HHO 660/1986, 10. 6. 1986 R 1985/1437, s. 564
HHO 726/1986, 12. 6. 1986 R 1985/477, s. 581, 582
HHO 837/1986, 10. 6. 1986 R 1985/1652, s. 491
HHO 840/1986, 17. 6. 1986 R 1985/1416, s. 564
HHO 1297/1986, 26. 6. 1986 R 1985/1016G, s. 377 av. 152
HHO 2798/1986, 11. 2. 1986 R 1985/1423, s. 539, 548
HHO 2801/1986, 11. 2. 1986 R 1985/291, s. 413

Itä-Suomen hovioikeus

ISHO 882/1971, 3. 3. 1972 R 1971/127/491, s. 622 av. 10

ISHO 1129/1972, 21. 11. 1972 R 1971/326/1371, s. 492, 540, 549
ISHO 1403/1972, 16. 3. 1973 R 1972/65/268, s. 419, 537
ISHO 78/1973, 23. 2. 1973 R 1972/170/711, s. 624 av. 13
ISHO 1625/1974, s. 492, 540
ISHO 1776/1975, s. 432, 538
ISHO 1878/1975, s. 538
ISHO 10. 2. 1976 R 1974/428/1994, s. 535
ISHO 25. 11. 1977 R 1975/371/1890, s. 491
ISHO 1986/1978, 2. 2. 1979, s. 519
ISHO 10. 9. 1979 R 1977/1204, s. 622 av. 10
ISHO 125/1979, s. 584
ISHO 1531/1979, s. 419
ISHO 381/1980, s. 345 av. 87
ISHO 1933/1981, s. 468
ISHO 518/1982, 4. 5. 1982 D 297/80, s. 432
ISHO 2918/1982, 2. 12. 1983 R 1981/1581, s. 496, 570, 571
ISHO 2119/1983, 22. 5. 1984 R 1982/253, 570, 571

Kouvolan hovioikeus

KOHO 21. 9. 1978 R 78/708, s. 355
KOHO 18/1978, 22. 6. 1979, s. 537
KOHO 375/1978, s. 584 av. 10
KOHO 167/1980, s. 320
KOHO 779/1981, s. 578
KOHO 958/1981, 9. 6. 1981 R 1981/699, s. 406, 536, 548
KOHO 1399/1983, s. 337
KOHO 1586/1983, 17. 1. 1984 R 1982/1367, s. 410 av. 226
KOHO 1785/1983a, 6. 4. 1984 R 1983/765, s. 399 av. 206
KOHO 812/1984, 19. 6. 1984 R 1983/972, s. 529, 535
KOHO 2092/86, 29. 1. 1987 R 86/227, s. 605

Rovaniemen hovioikeus

RHO 416/1980, 31. 7. 1980 R 80/148, s. 321, 623
RHO 608/1980, 18. 11. 1980 R 80/147, s. 321, 622
RHO 127/1983, 26. 5. 1983 R 1982/60, s. 496
RHO 1236/1985, 4. 9. 1985 R 85/518, s. 496
RHO 379/1985, 4. 4. 1985 R 84/498, s. 355

Turun hovioikeus

THO 172/1971, 26. 3. 1971, 1970 RD 285/33, s. 622 av. 10
THO 1174/1971, 20. 10. 1971, 1970 RD 680/178, s. 622 av. 10
THO 996/1972, 4. 10. 1972, 1971 RD 464/32, s. 624 av. 13
THO 1096/1972, 30. 10. 1972, 1971 RD 780/20, s. 407, 537, 548
THO 589/1975, s. 548
THO 3034/1976, 17. 2. 1976 RD 928/209, s. 624
THO 3110/1978, 11. 12. 1978, s. 536
THO 17. 5. 1979 R 72, s. 491, 540
THO 5. 9. 1979, 1978 R 18, s. 625 av. 16
THO 820/1979, s. 413
THO 25. 2. 1980 R 1978 R 29, s. 432
THO 1099/1981, 26. 8. 1981, s. 358 av. 108, 439, 538, 548
THO 1961/1982, s. 376 av. 149, 571
THO 1046/1983, 27. 9. 1983, 1982 R 12, s. 496, 571
THO 40/1984, s. 578
THO 199/1984, 3. 2. 1984, 1983 R 12 Uki I, s. 548
THO 202/1984, s. 578
THO 220/1984, s. 578
THO 357/1984, 9. 2. 1984, s. 582
THO 380/1984, 3. 4. 1984, 1983-R-87-Pir-1, s. 411 av. 226
THO 449/1984, s. 577 av. 7
THO 666/1984, s. 414
THO 947/1984, 30. 5. 1984, 1984 R 9 Rau II, s. 518, 582
THO 1280/1984, 18. 5. 1984, s. 579
THO 1313/1984, s. 581, 592
THO 1536/1984, s. 584
THO 1760/1984, 22. 8. 1984, 1983 R 48 Tyr 2, s. 573
THO 1862/1984, 4. 9. 1984

THO 2217/1984, s. 378 av. 156
THO 2448/1984, 5. 11. 1984, s. 579
THO 2536/1984, 14. 11. 1984, s. 578, 579
THO 2552/1984, s. 577 av. 7
THO 2589/1984, s. 579
THO 2831/1984, s. 579
THO 1594/1986, 2. 10. 1986 R 1986/4-Hal-1, s. 502

Vaasan hovioikeus

VHO 143/1971, 2. 7. 1971 RD 1970/1166, s. 624 av. 13
VHO 99/1972, 9. 5. 1972 RD 1970/1128, s. 626
VHO 190/III/1972, 22. 12. 1972 RD 1971/314, s. 507, 541, 549
VHO 247/1972, 17. 11. 1972 RD 1971/837, s. 625 av. 15
VHO 334/IV/1973, 16. 2. 1973 RD 1971/916, s. 322, 535
VHO 27. 3. 1975 V/93, RD 1973/839, s. 534
VHO 27/III/1975, 25. 2. 1975 RD 1974/2035, s. 341 av. 82, 534
VHO 319/II/1975, 29. 12. 1975 RD 1975/2001, s. 418, 537
VHO 348/IV/1975, 4. 4. 1975 RD 1973/592, s. 624
VHO 16. 10. 1979 R 555/1977, s. 492
VHO 175/1980, 22. 2. 1980 R 1977/1868, s. 548
VHO 2009/1980, 7. 11. 1980 R 1980/1191, s. 355, 573
VHO 1471/1982, 19. 11. 1982 R 1981/160, 571
VHO 514/1983, 23. 6. 1983 R 1982/273, s. 469

ASIAHAKEMISTO

Hakemisto on tarkoitettu *täydentämään sisällysluetteloa*. Sisällysluetteloon selvästi merkityt ja jäsennetyt hakusanat (yleisestävyys, erityisestävyys, toimintavääryys jne) on jätetty pois, samoin tekstissä jatkuvasti esiintyvät termit (esim. mittaamisperusteet ja mittaamisperiaatteet).

abolitionismi s. 189, 486—497
argumentaatioteoria s. 40, 44 ss.
arvo- ja tavoiteperiaatteet s. 149—150, 160 ss.
arvostukset s. 56, 59 ss, 72 ss.
— intuitionismi s. 60, 129, 168
— rationaliteetti s. 67

demokratia s. 79, 88, 207, 226—227
determinismi s. 143 av. 36, 273

false-positives s. 243 ss.

Grenzwert-ajattelu s. 288—289, 337, 374, 428, 434—435, 442, 446, 484, 633

haittaminimimointi
— ja mittaamisperusteet s. 261—263
harkinnan vapaus s. 13 ss, s. 29
— ja riippumattomuus s. 123—124
heuristiikka
— mittaamisen ja lajivalinnan järjestys s. 602 ss.
heuristiikka ja justifikaatio s. 5, 52, 157 ss.
humaniteettinäkökohdat s. 190

järjestyskäsitteet s. 19 ss.

koherenssi s. 30 ss, 165
kohtuus s. 188 ss.
— lievempänä kohteluna s. 191
— reaalisena arvoargumenttina s. 193
— suhde oikeudenmukaisuuteen s. 188—189
konformiteettiperiaate s. 138 ss.
— motivointitilanne s. 403 ss.
— normatiivinen syyllisyys s. 283
— rationaliteetti s. 140
— tuottamus s. 314
— vaikuttimet s. 389
— uusimisankaroituminen s. 457 ss.
— vähentynyt syyntakeisuus s. 475 ss.
kontrolloitavuus
— ja syyksiluettavuus s. 305
— ja preventioteoriat s. 253 ss.
kosto s. 399

liberalistinen rikosoikeus s. 129, 135 av. 22
luottamusperiaate s. 365—366

marginaalipreventio s. 197, 224—225
metanormit s. 162 ss.
Minnesota Guidelines s. 84 ss.
mittaamiskomissio s. 83 ss.
mittaamispresumptiot s. 30, 33 ss.
— ja lajivalinta s. 587 ss.
— ja normaalirangaistusvyöhykkeet s. 112—113
moraali s. 61 ss.
— funktiot s. 62
— suppea ja laaja s. 64 av. 38
— intuitiivinen ja kriittinen s. 62 ss.
syväjustifikaatio s. 127 av. 6
motiivit
— moraaliargumentaatio s. 387
motivointi
— ja tavoiteperiaatteet s. 261
— ja toisintoimimismahdollisuus s. 123, 403 ss.

negatiivinen erityispreventio s. 251, 555
normaalirangaistus s. 76, 102 ss.
— heuristisena teoriana s. 104—106
— ja etusijaehdot s. 112—113
— optimointikäskynä s. 109 ss.
— sitovuus s. 110 ss.
— tekokeskeisyys s. 118 ss.
normatiivinen ilmasto s. 217, 219

oikeudenmukaisuus s. 149, 166 ss.
— teleologinen/deontologinen s. 149
— retributiivinen/distributiivinen s. 149
— suhteellinen oikeudenmukaisuus s. 166 ss.
— yksilöllistävä/yleistävä s. 150
oikeuserehdys s. 318 ss.
— ja tuomitsematta jättäminen s. 622, 631
oikeushyvä s. 339 ss.
— staattinen ja dynaaminen tulkinta s. 340—343
oikeustajunta s. 80, 175 ss., 233
— argumenttiarvo s. 182, 227, 233
— ja rationaliteetti s. 176—178
— kansan tahtona s. 178
oikeusturva s. 5, 88 ss., 169, 222—223
oikeuttaminen ja anteeksiantaminen s. 295—297, 397, 409, 420 ss.
optimointikäsky s. 21, 24

piittaamattomuus s. 278, 463—454, 471
policy s. 160 ss.
prejudikaatit s. 48 ss.
rangaistusarvo s. 119 ss.
— arvo- ja tavoiterationaliteetti s. 263
— laaja ja suppea s. 265 ss.
— lakiteknisenä käsitteenä s. 641—643
— relatiivinen ja absoluuttinen s. 120
rangaistuslajien kirjoitusjärjestys s. 530—531
rationaalinen hyväksyttävyys s. 41
rationaliteetti s. 66
rattijuopumus
— ehdollinen vankeus s. 34 ss., 596—600
— rikollisuustilanne s. 214—215, 218—219
reaalinen argumentaatio s. 192 ss.
— reaaliset arvo- ja tavoiteargumentit s. 265—266, 487
— mittaamisnormistossa s. 649
realismi s. 3, 43
respect-for-persons periaate s. 132
retributiivinen rangaistusteoria s. 133—134
rikollisuustilanne s. 210 ss.
— ja rangaistustason muutokset s. 210—215, 218, 232

sanktioankaruus s. 123, 511 ss., 557
Sentencing Guidelines s. 4, 78 ss.
sivutunnusmerkistöt s. 521—523
sosiaaliadekvanssi s. 366—367, 394 av. 194
— ja motiivit s. 391 ss.
sosiaaliasema s. 497—501, 503
Spielraum-teoria s. 153 ss.
Stellenwert-teoria s. 154 ss.
suhteellisuusperiaate s. 166 ss.
— aineellinen ja muodollinen s. 167, 180
— kriteerit ja vastaavuus s. 174 ss.
— ja mittaaminen s. 180 ss.
— ja oikeusturva s. 169, 181
suljettu systeemi s. 13 ss., s. 23 av. 9, 38 ss., 171 av. 14
suojaamis- ja valvontavelvollisuus s. 370, 378
säännöt ja periaatteet s. 21 ss., 98—99, 109 ss., 159
— ja prejudikaatit s. 53
— ks. myös Grenzwert-ajattelu

taksatiivijärjestelmä s. 54, 119
talioperiaate s. 172
terveydentila s. 314—315, 415, 505, 583
toiminta- ja seurausvääryys s. 280, 285, 288
tunnustus ja kiistäminen s. 493
tutkintavankeus ja mittaaminen s. 557, 580—581
typologiat s. 78, s. 106 ss.
täytäntöönpanoa koskevat määräykset s. 560 ss.

universaalisuusvaatimus s. 65 av. 39, 66, 187, 229, 231

velvollisuuden vastaisuus s. 362 ss.
— kirjoitetun lain mittaamisnormina s. 646—647
Weber-Fecherin laki s. 105 ss., 445

yhdenvertaisuus s. 183 ss.
— mielivallan kielto s. 184
— ja käytännön muuttaminen s. 187
— loogisena tautologiana s. 184—185
yhteiskuntasopimus s. 133, s. 141
yleinen lainkuuliaisuus s. 551 ss.
— mittaamisnormistossa s. 652—653