SUOMALAISEN LAKIMIESYHDISTYKSEN JULKAISUJA
A-sarja N:o 185

RIKOSOIKEUDELLISIA KIRJOITELMIA VI

RIKOSOIKEUDEN JUHLAVUONNA 1989

Rikoslaki 1889—19/12—1989
Jaakko Forsman (1839—1899)
Brynolf Honkasalo (1889—1973)

SUOMALAISEN LAKIMIESYHDISTYKSEN
JULKAISUJA

A-sarja N:o 185

SUOMALAISEN LAKIMIESYHDISTYKSEN JULKAISUJA
A-sarja N:o 185

RIKOSOIKEUDELLISIA KIRJOITELMIA VI

RIKOSOIKEUDEN JUHLAVUONNA 1989

Rikoslaki 1889—19/12—1989
Jaakko Forsman (1839—1899)
Brynolf Honkasalo (1889—1973)

AKATEEMINEN KIRJAKAUPPA
JAKAJA

RIKOSOIKEUDELLISIA KIRJOITELMIA VI

RIKOSOIKEUDEN JUHLAVUONNA 1989

Rikoslaki 1889—19/12—1989
Jaakko Forsman (1839—1899)
Brynolf Honkasalo (1889—1973)

SUOMALAINEN LAKIMIESYHDISTYS
HELSINKI

Toimitusneuvosto:

PEKKA KOSKINEN
RAIMO LAHTI
MARTTI MAJANEN
P. O. TRÄSKMAN

Toimittaja:

RAIMO LAHTI

Vammala 1989 Vammalan Kirjapaino Oy

ISBN 951-855-115-4 Sid.
ISSN 0356-7206 (painettu)
ISBN 978-951-855-652-0 (PDF)
ISSN 2814-8053 (verkkojulkaisu)

Sisällysluettelo

Lahti, Raimo: Rikosoikeuden juhlavuonna 1989: Rikoslaki 1889—19/12—1989, Jaakko Forsman (1839—1899), Brynolf Honkasalo (1889—1973) VII

Ylikangas, Heikki: Jaakko Forsman — lainlaatija ja poliitikko 3

Ervasti, Kaijus: Jaakko Forsmanin kirjallinen tuotanto 38

Jescheck, Hans-Heinrich: Brynolf Honkasalo — Saksan ystävä 47

Unkuri, Marja-Terttu: Brynolf Honkasalon kirjallinen tuotanto 56

Anttila, Inkeri: Vapausrangaistusten lajit 73

Backman, Eero: Oliko vuoden 1889 rikoslainsäädäntö jo syntyessään vanhentunut? 83

Frände, Dan: Honkasalo ja totalitaaristen valtioiden rikosoikeusjärjestelmät 90

Helminen, Klaus: Yleisvaaralliset rikokset uudistuvassa rikoslaissa .. 111

Jonkka, Jaakko: Syytekynnyksestä 129

Kekkonen, Jukka: Allan Serlachius kriminaalipolitiikkona 148

Kiuru, Hannu: Yhteiskunnansuojelun periaatteet ja kriminaalipolitiikka 163

Kivivuori, Antti: Mitä satavuotiaan tilalle? 177

Klami, Hannu Tapani: Rikoslaki ja todistusharkinta 190

Lahti, Raimo: Rikosoikeus ja moderni biolääketieteellinen teknologia 203

Lappi-Seppälä, Tapio: Humalan vaikutuksesta rangaistusvastuuseen 231

Laukkanen, Vesa: Kohtuuttomuus »Unzumutbarkeit» — syyllisyyden poistava anteeksiantoperuste? 247

Lehtimaja, Lauri: Eurooppalaisesta atk-rikospolitiikasta 259

Lång, K. J.: Vankiluku: kriminaalipolitiikan tulosmittari 271

Majanen, Martti: Rikoslaki ja lapsiin kohdistuva väkivalta 298

Nuotio, Kimmo: Ennalta arvattavuuden merkityksestä Brynolf Honkasalon kausaalisuus- ja rikosopin kannalta 309

Nuutila, Ari-Matti: Toisintoimimismahdollisuus Serlachiuksella ja Honkasalolla — tavoitteita ja arvoja 342

Pajuoja, Jussi: Nuoret ja väkivalta 363

Palmén, Harri: Forsman, Honkasalo ja korkein oikeus — satavuotiaan rikoslain tulkintaa osallisuusopin alalla 375

Sevón, Kjell: Kriminaalipolitiikan käsite ja Honkasalo 384

Träskman, P. O.: Syyttäjä ja syyteharkinta prosessioikeuden tutkimuksessa ja opetuksessa 422

Tuovinen, Timo: Hätävarjelun ja rikoslainsäädännön luonne 439

Tyynilä, Markku: Rikoslaki Suomen Venäjän-suhteiden kompastuskivenä 461

Törnudd, Patrik: Turhat pykälät 478

Utriainen, Terttu: Rikosoikeudellisen seuraamusjärjestelmän 100 vuotta 487

Wahlberg, Markus: G. W. F. Hegelin ja K. G. Ehrströmin rangaistusteorian ykseydestä eroavuudessaan 493

Viljanen, Pekka: Rikoksen tuottaman taloudellisen hyödyn arvioimisesta 523

Muotokuva *Jaakko Forsmanista* (Harald Smedberg 1953) 1

Muotokuva *Brynolf Honkasalosta* (Wilho Sjöström 1939) 45

Teoksen kirjoittajat 541

Rikosoikeuden juhlavuonna 1989:

Rikoslaki 1889—19/12—1989,
Jaakko Forsman (1839—1899),
Brynolf Honkasalo (1889—1973)

Professori *Raimo Lahti*

1. Voimassa oleva *rikoslakimme* (RL) saavuttaa 19. joulukuuta 1989 sadan vuoden iän. Suomen Suuriruhtinaanmaan Rikoslaki päätettiin julkaista eli antaa senaatin 19. 12. 1889 vahvistamalla päätöksellä. Tämä rikoslaki tuli kyllä voimaan vasta 14. 4. 1894, mihin lykkääntymiseen olivat perimmältään syynä suomalais-venäläiset näkemyserot Suomen valtiollisesta asemasta (ks. tarkemmin tähän teokseen sisältyvää Markku *Tyynilän* artikkelia).

Rikoslain kanssa samanaikaisesti eli 19. 12. 1889 annettiin rangaistusten täytäntöönpanoa koskeva asetus (RTA) samoin kuin niiden molempien voimaanpanoa tarkoittava asetus (RVA); kaikkien kolmen säädöksen voimaantulo lykkääntyi 14. 4. 1894 saakka. Rangaistusjärjestelmään oli jo varhemmin eli vuonna 1866 annetuilla asetuksilla tehty merkittäviä muutoksia. Niin ikään on huomion arvoista, että vuonna 1881 oli perustettu erillinen vankeinhoitohallitus.

Rikoslainsäädäntö täyttää sata vuotta ajankohtana, jolloin sen kokonaisuudistus on pitkälle valmisteltu: tuon reformin ensimmäistä vaihetta koskeva hallituksen esitys (HE n:o 66/1988 vp.) on eduskunnassa käsiteltävänä, ja toisen vaiheen käsittävä, 24. 5. 1989 päivätty ehdotus on jätetty oikeusministeriölle (oikeusministeriön lainvalmisteluosaston julkaisu 1/1989).

2. Rikoslain ja sitä ja täydentävien asetusten sadan vuoden ikä ei ole ainut seikka, jonka vuoksi 1989 on nimettävissä Suomen rikosoikeuden juhlavuodeksi. Ensinnäkin rikoslakimme isäksi luonnehditun *Jaakko Forsmanin* syntymästä tulee tällöin kuluneeksi 150 vuotta. Toiseksi nykyisen rikosoikeustie-

teen sisältöön hyvin olennaisesti vaikuttanut *Brynolf Honkasalo* syntyi rikoslain antovuonna eli sata vuotta sitten.

Heikki *Ylikankaan* Jaakko Forsmanista tähän teokseen laatima artikkeli on toistaiseksi laajin hänestä tehty henkilöhistoria. Hans-Heinrich *Jescheckin* muistokirjoitus Brynolf Honkasalosta on puolestaan kansainvälisen tiedeyhteisön arvovaltaisen edustajan osuus juhlakirjaan. Näiden kahden artikkelin välittömään yhteyteen on jäljempänä sisällytetty myös Jaakko Forsmanin ja Brynolf Honkasalon kirjallista tuotantoa käsittelevät luettelot.

Forsmanin ja Honkasalon henkilöitä koskevista artikkeleista käy ilmi, että he saivat tutkimustyölleen vahvoja vaikutteita Saksasta ja harjoittivat tieteellisiä jatko-opintoja jopa osaksi samoissa Saksan kaupungeissa. Jescheckin kirjoituksesta ilmenee, että Honkasalo oli koko tutkijanuransa vahvasti kansainvälisesti suuntautunut ja että hänen seuraajansa ovat noita kansainvälisiä yhteyksiä jatkuvasti ylläpitäneet ja laajentaneetkin.

Honkasalon puolisoiden testamenttilahjoitus on osaltaan ollut kansainvälistämässä (rikos)oikeustiedettä: Helsingin yliopiston hoidettavana olevasta Aili ja Brynolf Honkasalon rahastosta on 1980-luvulla jaettu useita isoja apurahoja sellaisia nuoria tutkijoita suosien, jotka harjoittavat opintoja jonkin aikaa ulkomailla. Useat tähän juhlakirjaan kirjoittaneista ovat joko tuon rahaston apurahan turvin tai muutoin tehneet opintomatkoja nimenomaan Freiburgin rikosoikeuden instituuttiin — laitokseen, joka oli jo Honkasalon monien vierailujen kohteena ja jonka pitkäaikainen johtaja Jescheck on ollut.

3. Vuosi 1989 on rikosoikeuden merkkivuosi myös kansainvälisesti katsoen, sillä sata vuotta sitten perustettiin *Kansainvälinen kriminalistiyhdistys* (Internationale Kriminalistische Vereinigung, IKV). Yhdistyksen perustajiin kuului viimeisten 150 vuoden ehkä tunnetuin rikosoikeusoppinut, Wienissä syntynyt saksalaisprofessori *Franz von Liszt*. IKV:n toimintaa on jatkanut vuonna 1924 perustettu Kansainvälinen rikosoikeusyhdistys (Association Internationale de Droit Pénal, AIDP), ja jälkimmäisen lokakuussa 1989 järjestämä XIV kansainvälinen rikosoikeuskongressi oli siten alan merkittävimmän yhdistyksen satavuotiskokous.

Kansainvälistä kriminalistiyhdistystä ja sen edustamaa ns. sosiologista rikosoikeuskoulua Jaakko Forsman esitteli laajahkosti suomalaiselle lakimieskunnalle heti yhdistyksen perustamisvuonna (ks. JFT 1889 s. 1—20). Forsman palasi yhdeksän vuotta myöhemmin aiheeseen ja pohti uuden kriminaalipoliittisen suuntauksen valossa, oliko rikoslakimme — ns. klassisen rikosoikeuskoulun tuotteena — jo silloin vanhentunut (ks. JFT 1898 s. 177—192). — Sama kysymyksenasettelu on jäljempänä Eero *Backmanin* artikkelin teemana.

Hänen johtopäätöksensä on, että klassinen rikosoikeus oli kriisissä viime vuosisadan lopulla, joskin lähinnä oikeusideologiana eikä välttämättä käytännön sovellustensa takia.

4. Rikosoikeuden juhlavuoden 1989 aiheet ovat heijastuneet tämän kirjan artikkeleiden tehtävänasetteluun ja sisältöön. Vuoden 1889 rikoslainsäädäntö sekä Jaakko Forsmanin ja Brynolf Honkasalon kirjallinen tuotanto ovat tosin niin keskeistä rikosoikeudellista aineistoa, että ne olisivat rikosoikeuden alan minkä tahansa tutkimuksen perusmateriaalia. Juhlakirjan aiheiden painottaminen on supistanut muiden rikosoikeustieteen harjoittajien kuin Forsmanin ja Honkasalon osuuden käsittelyä.

Noista muista tutkijoista on syytä erityisesti mainita Jaakko Forsmanin professuurin edellinen haltija *K. G. Ehrström* (1822—1886) sekä Forsmania professorinvirassa seurannut *Allan Serlachius-Särkilahti* (1870—1935).

K. G. Ehrström oli rikoslakiin johtaneista ehdotuksista ensimmäisen, eli vuoden 1875 komiteanmietinnön, tärkein valmistelija. Tässä juhlakirjassa Ehrströmin tuotantoon keskitytään yhdessä eli Markus *Wahlbergin* artikkelissa. Siinä hän käsittelee Ehrströmin rangaistusteorian perusteita ja varsinkin Ehrströmin rangaistusteoreettisen parannusidealismin suhdetta Hegelin sovitusoppiin.

Allan Serlachiuksen tuotanto on keskeisellä sijalla kahdessa jäljempänä seuraavassa artikkelissa: kriminaalipolitiikka Jukka *Kekkosen* ja syyllisyysoppi Ari-Matti *Nuutilan* kirjoituksessa. — Serlachiusta on pidetty Kansainvälisen kriminalistiyhdistyksen välityksellä levinneen sosiologisen rikosoikeuskoulun tärkeimpänä suomalaisena edustajana tai ainakin sen ajatuskulkujen tärkeimpänä levittäjänä.

Serlachiuksen tätä kriminaalipoliittista suuntausta maltillisesti myötäilevät kannanotot konkretisoituivat selvimmin hänen ehdotuksissaan rikosoikeudellisen seuraamusjärjestelmän kehittämiseksi: rikosseuraamukset tulisi voida entistä paremmin yksilöllistää niiden erityisestäviä vaikutuksia painottaen, ja tuomioistuinten harkintavaltaa olisi yleensäkin lisättävä. Oikeusministeriön toimeksiannosta Serlachius laati 1920-luvun alussa ehdotuksen kokonaan uudeksi rikoslaiksi.

5. Sanotun kriminaalipoliittisen suuntauksen ja Serlachiuksen ehdotusten mukaisia osittais*uudistuksia seuraamusjärjestelmään* toteutettiin 1910—1940-luvuilla. Mainitussa kirjoituksessaan Kekkonen kuitenkin varoittaa kytkemästä uudistuksia liian yksioikoisesti tiettyjen oppien omaksumiseen. Kun tämän juhlakirjan useat kirjoittajat käsittelevät seuraamusjärjestelmän kehitystä (ks.

Backmanin ja Kekkosen artikkeleiden lisäksi Inkeri *Anttilan,* Hannu *Kiurun* ja Terttu *Utriaisen* kirjoituksia), lukijalle tarjotaan erilaisia aineksia tuon kehityksen ymmärtämistä varten.

Nimenomaan vankeinhoidon viimeaikaista kehitystä tarkastelee K. J. *Lång* artikkelissaan pitäen silmällä nimenomaan vankiluvun muutoksia. Koska vankeinhoidon satavuotiskauden 1881—1981 historiaa on tutkittu lukuisissa vuosina 1979—1988 ilmestyneissä VAHO 100 -projektin julkaisuissa (ks. niiden luettelosta Uusi Kriminaalihuolto 3/1989 s. 57), tämä aihe on jäänyt esillä olevassa teoksessa vähälle huomiolle.

6. *Brynolf Honkasalon tuotanto* tai sen jotkin osat ovat perusteellisesti tarkasteltavina Dan *Fränden,* Kimmo *Nuotion,* Ari-Matti Nuutilan ja Kjell *Sevónin* artikkeleissa. Honkasalon vaikutuksen viimeisten vuosikymmenten rikosoikeuden ja rikosoikeustieteen kehitykseen on tehnyt erityisen merkittäväksi se, että hänen 1940-luvun lopulla aloittamansa rikosoikeuden oppikirjojen sarja on ollut näihin päiviin saakka ahkerassa käytössä niin hyvin yliopisto-opetuksessa kuin käytännön oikeuselämässä.

Varsinkin rikosoikeuden yleisten oppien uudistamista valmisteltaessa on tärkeää kriittisesti arvioida vallitsevia oppirakennelmia ja silloin keskeisesti Honkasalon käsityksiä. Nuotion, Nuutilan ja Sevónin samoin kuin Timo *Tuovisen* artikkelit sisältävätkin sellaisia kriittisiä erittelyjä. Rikosoikeusdogmatiikan kehittämisessä on avainasemassa, *millaiseksi* luodaan rikosvastuun yleiset edellytykset käsittävä *moderni rikosteon järjestelmä.*

Nuotio otaksuu kirjoituksensa lopussa, että modernissa rikosoikeudessa rikosoikeusdogmatiikka kytketään entistä selvemmin rangaistusteoreettisiin ja kriminaalipoliittisiin perusteisiinsa. Niin meneteltäessä ei Honkasalon kriminaalipolitiikan käsite kylläkään tarjoa riittävää analyysin perustaa (ks. Sevónin artikkelia).

Kerrotunlaisen uuden rikosopillisen ajattelun eräs sovellus tulee esille Nuutilan kirjoituksessa: hänen mukaansa toisintoimimismahdollisuuden sisältö määräytyy punnintaoperaatiossa, jossa tulevat otetuiksi huomioon toisaalta reaktiosysteemin suhteellinen tehokkuus rationaalisten yhteiskunnallisten tavoitteiden toteuttamisessa sekä toisaalta järjestelmän oikeudenmukaisuudelle ja humaanisuudelle asetettavat vaatimukset. Oikeusteoreettisesti tämäntapaista argumentointia sisältyy myös Tuovisen hätävarjeluoikeutta samoin kuin Jaakko *Jonkan* todistusoikeutta koskevaan artikkeliin.

Modernin rikoslainopillisen systematiikan ja käsitteenmuodostuksen perusteisiin keskitytään RIKOSLAKI 100 -kansainvälisessä tutkimuskollokviossa, jonka Helsingin yliopiston rikos- ja prosessioikeuden laitos ja Kansainvälisen

rikosoikeusyhdistyksen Suomen osasto järjestävät syyskuussa 1990 yhtenä Helsingin yliopiston 350-juhlavuoden tapahtumista.

7. Brynolf Honkasalon tuotanto käsittää rikosoikeustieteen (-dogmatiikan) ohella prosessioikeudellista kirjallisuutta sekä laaja-alaisesti kriminaalitieteiden eri osa-alueita. Tähän nähden on ymmärrettävää, että juhlakirjan artikkeleissa käsitellään myös näitä muita Honkasalon tieteellisen toiminnan lohkoja. *Prosessioikeudellisesti* suuntautuvia ovat Jaakko Jonkan, Hannu Tapani *Klamin* ja P. O. *Träskmanin* artikkelit. Honkasalon jäähyväisluento 28. 11. 1958 on puolestaan johdantona Jussi *Pajuojan kriminologiselle* artikkelille.

8. Alussa todetun mukaisesti *rikoslainsäädännön kokonaisuudistuksen valmistelu* on rikosoikeuden juhlavuonna 1989 edennyt pitkälle. Tämä valmistelutyö alkoi rikosoikeuskomitean asettamisella vuonna 1972. Seitsemäntoista vuotta kestänyt työskentely on johtanut osaksi jo eduskunnassa käsiteltävinä oleviin ehdotuksiin, mutta ne kattavat vasta noin kaksi kolmannesta uuden rikoslain erityisestä osasta sekä suppeita osia rikosoikeuden yleisistä opeista ja seuraamusjärjestelmästä.

Uuden rikoslain synnyttäminen näyttää siten vievän arviolta 25 vuotta eli suunnilleen yhtä paljon aikaa kuin vuoden 1889 rikoslain aikaansaaminen. Valmistelun näin venyessä on uhkaamassa vastaava vaara kuin mikä kohtasi vuoden 1889 lakia: uudistuksen tärkeitä osia vanhentuu ennen kokonaisreformin loppuun saamista.

Rikosoikeuden uudistamisen kuvatussa vaiheessa useimmat juhlakirjaan kirjoittaneet ovat pitäneet silmällä (myös) *oikeuspoliittisia* näkökohtia. Lainuudistuksen näkökulma on ensisijainen Klaus *Helmisen,* Antti *Kivivuoren,* Tapio *Lappi-Seppälän,* Lauri *Lehtimajan* ja Patrik *Törnuddin* artikkeleissa. Heistä Kivivuori on kannanotoissaan ymmärrettävästi kriittisin, koska hän ei — toisin kuin muut mainitut henkilöt — ole ollut mukana vuonna 1980 rikoslain kokonaisuudistusta valmistelemaan asetetun hankeorganisaation työssä.

Törnuddin kirjoituksessa pohditaan erityisen tärkeää rikoslain kokonaisuudistukselle asetettavaa tavoitetta: miten päästä erilaisin kriminalisointien karsimissäännöin useampiin rangaistavuuden alan supistuksiin kuin mitä tähänastiset ehdotukset edellyttävät ja miten torjua kriminalisoitavan alueen perusteetonta paisumista?

9. Se, että rikoslainsäädännön kokonaisuudistuksen ensimmäisen vaiheen (HE n:o 66/1988 vp.) käsittely lienee rikoslain satavuotispäivän aikoihin ratkaisuvaiheessaan eduskunnassa, olisi hyvä syy verrata näiden *lainsäädäntöhankkeiden* taustalla olevia rangaistusteoreettisia ja kriminaalipoliittisia *perusaja-*

tuksia sekä kriittisesti koetella nyt ajankohtaisen uudistuksen päämääriä. Tässä yhteydessä joudun tyytymään aivan lyhyisiin vertaileviin huomioihin — tosin samalla toivoen, että keskustelu asiasta jatkuisi.

Seuraava lainaus osoittaa rikoslain kokonaisuudistukselle vuonna 1988 asetettuja tavoitteita ja arvoja:

> »Keskeisenä tehtävänä on suojeltavien arvojen punninta ja rangaistavuuden uudelleenarviointi. Rikoslainsäädännön sisältöä on tarkistettava muuttuvan oikeustajunnan mukaisesti. Rangaistavan ja ei-rangaistavan käyttäytymisen rajat on tarvittaessa määriteltävä uudelleen. Kysymys rangaistussäännösten sisällöstä on osa yhteiskunnallisen oikeudenmukaisuuden ongelmaa. Rikoslainsäädännössä on pyrittävä ottamaan huomioon eri yhteiskuntaryhmien edut sekä lisäämään oikeusvarmuutta. Rikoslainsäädännön sisällön tarkistamiseen liittyy myös rangaistusasteikkojen tarkistaminen ja niiden saattaminen keskenään tasapainoon.» (HE 66/1988 s. 9.)

Uudistuksen pääpaino on siis ainakin sen alkuvaiheessa kriminalisointi- ja rangaistusasteikkoratkaisuissa, ja tällöin siis tähdennetään ensi sijassa oikeudenmukaisuuden ja -varmuuden arvoja. Kerrotunlainen painotus tyydyttäisi ilmeisesti hyvin myös rikoslakimme isää Jaakko Forsmania, jolle juuri oikeellisuuden periaate merkitsi lainsäätäjän ja lainkäyttäjän ylintä ohjetta (ks. esim. JFT 1898 s. 180).

Eroavuuksiakin ajattelutavoissa kaiketi olisi. Esimerkiksi nykyään tiedostettaneen selkeämmin kuin vuoden 1889 rikoslakia säädettäessä oikeudenmukaisuusarvon yhteys rikollisuuden ehkäisyn (yleisprevention) tavoitteeseen: rikosoikeusjärjestelmä tulee kansalaisten keskuudessa kokea hyväksyttäväksi (legitiimiksi), jotta sen avulla kyettäisiin vaikuttamaan moraalisten ja sosiaalisten käyttäytymisnormien ylläpitämiseen ja vahvistamiseen. Toinen, edellistä merkittävämpi ero koskisi luultavasti käsityksiä (vapaus)rangaistusten ankaruustason yleispreventiivisestä vaikutuksesta ja yksittäisten (vapaus)rangaistusten erityispreventiivisestä vaikutuksesta. Seuraava uudistusesityksen siteeraus valaiskoon viimeksi esittämääni arvelua:

> »Kriminologinen tutkimus on osoittanut, ettei rangaistuksen yleisestävyyttä voida yksipuolisesti kytkeä rangaistusajan pituuteen. Jo vankilaan joutumisella on melkoinen pelotusvaikutus. Samoin on luovuttu käsityksestä, jonka mukaan vankilan 'parantava' vaikutus vaatisi määrättyä vähimmäisaikaa vankilassa. Päinvastoin tiedetään vankeusrangaistusten lähes aina heikentävän rangaistun vastaisia sopeutumismahdollisuuksia. Lisäksi vankeusrangaistusten täytäntöönpano koituu yhteiskunnalle kalliiksi.» (HE 66/1988 s. 23.)

Kriminaalipoliittisena johtopäätöksenä lausutusta on pyrkimys rangaistusasteikkojen alennuksin ja ehdottomalle vankeusrangaistukselle käyttökelpoisia vaihtoehtoja kehittämällä vähentää niin hyvin ehdottomaan vankeuteen tuo-

mitsemista kuin vankeusrangaistusten keskimääräisiä pituuksia (viime vuosien tämän suuntaisesta kehityksestä ks. K. J. Långin artikkelia). — Huomattakoon myös Terttu Utriaisen kirjoituksessaan esittämä kritiikki, jonka mukaan seuraamusjärjestelmää ja sen päätöksentekomekanismeja on kehitettävä siltä pohjalta, että rikosoikeudessakin on perimmältään kyse yhteiskunnallisten ristiriitatilanteiden ratkaisemisesta.

10. Tämä juhlakirja on suunniteltu ja toimitettu *Helsingin yliopiston rikos- ja prosessioikeuden laitoksella.* Suomalainen Lakimiesyhdistys on suosiollisesti ottanut teoksen kustannettavakseen, ja se ilmestyy yhdistyksen julkaisujen A-sarjassa. Kirja on tässä sarjassa julkaistujen Rikosoikeudellisten kirjoitelmien kuudes nidos.

Rikosoikeudellisten kirjoitelmien ensimmäisen nidoksen omisti Helsingin yliopiston lainopillisen tiedekunnan rikosoikeudellinen seminaari 40 vuotta sitten seminaarin silloiselle toiselle vetäjälle Brynolf Honkasalolle hänen 60-vuotispäivänään. Seminaarin toinen vetäjä, Bruno A. *Salmiala,* toivoi tuon julkaisun alkusanoissa siitä muodostuvan alun sarjalle, »joka on oleva todisteena rikosoikeudellisen tutkimustyön korkeasta tasosta Suomessa».

Ottamatta yleisesti kantaa käsillä olevan nidoksen tieteelliseen tasoon, se vastannee ensimmäiselle niteelle asetettuja tehtäviä ensinnä siinä, että nytkin kirjoittajien huomattava osa on nuorempia, jatko-opintoja harjoittavia tutkijoita. Toiseksi näiden nuorempien tutkijoiden artikkelit ovat mielestäni kirjan teoreettisesti kiinnostavimpia ja panevat suhtautumaan toiveikkaasti tieteenalan tulevaisuuteen.



Jaakko Forsman (1839—1899).

Muotokuva: *Harald Smedberg* 1953. Helsingin yliopiston museon Galleria Academica. Valok. Helsingin yliopiston kuvalaitos.

Jaakko Forsman — lainlaatija ja poliitikko

Professori *Heikki Ylikangas*

Lukijalle

Jaakko Forsman (30. 7. 1839—26. 9. 1899) on mies, joka — se on toistettu lukuisissa hakuteoksissa, artikkeleissa ja kirjoissa — enemmän kuin kukaan toinen yksityinen henkilö on vaikuttanut siihen, millaisen muodon ja sisällön vuonna 1889 säädetty rikoslakimme sai. Meidän aikamme siis muistaa hänet nimenomaan rikoslakimme, sen suurelta osin vieläkin voimassa olevan, laatijana. Muutapa hänestä ei sitten paljon tiedetäkään. Elämäkertoja kirjoitetaan kansallisista suurmiehistä, ei pelkistä lainlaatijoista. Jaakko Forsmanin veli, Yrjö Koskinen, tunnetaan tutkimuksista. Hänen nuoremman veljensä osana on ollut jäädä sivumainintana viime vuosisataa koskevien historiateosten lehdille lukuunottamatta sitä, että hänelle sentään liikenee suppea esittely yleisissä hakuteoksissa.

Vallitseva asiantila ei korjaannu tässäkään. Käsillä oleva artikkeli on eräänlainen luonnosteleva kehys, kiintopisteitä tapaileva yritys hahmottaa Jaakko Forsmanin elämäntyön perusteita hivenen laveammissa raameissa kuin tähän mennessä on tapahtunut. Pääpaino on hänen toiminnallaan lakimiehenä. Mihinkään enempään, syvempään ja perusteellisempaan tässä ei pyritä.

1. Elämänkaari

Forsmannien suku on lähtöjään ruotsalaista pappissukua. Eräs sen edustajista esiintyi 1600-luvun lopulla linnanpäällikkönä Pohjois-Suomessa. Tämän lukuisat jälkeläiset ovat vaikuttaneet pedagogeina ja pappeina etupäässä Pohjanmaalla. Georg Jacob Forsman (1798—1875), päähenkilömme isä, toimi ensin

Vaasan triviaalikoulun rehtorina 1824—1845 ja muutti sitten kirkkoherraksi Hämeenkyröön. Hänen veljensä ryhtyivät teologeiksi hekin, mutta vaikuttivat esi-isiensä tavoin kirkkoherroina Pohjanmaalla, tarkemmin sanoen Ilmajoella ja Isossakyrössä. Georg Jacob Forsman avioitui Anna Lovisa Ebelingin (1805—1880) kanssa. Anna Lovisa oli kotoisin Göteborgista eikä oppinut koskaan suomea. Kolme poikaa tästä avioliitosta saavutti korkean aseman, nimittäin (suomeksi ilmoitettuina) Yrjö Sakari, Jaakko Oskar ja Ernesti Emil. Kaksi viimeksi mainittua antautui lakimiesuralle. Ernesti Forsmanista tuli senaattori oikeusosastoon ja Viipurin hovioikeuden presidentti.[1]

Jaakko Forsman syntyi Vähässäkyrössä 30. 7. 1839. Rehtori G. J. Forsman vietti perheineen kesiään isänsä Vähänkyrön kirkkoherran Zachris Forsmanin luona. Kun perhe vuonna 1845 muutti Hämeenkyröön, Oskarkin (tällä nimellä häntä lapsena kutsuttiin) oppi suomea. Koulua hän kävi aluksi suomenkielisessä ympäristössä Porissa, mutta päätti lukion Pietarsaaressa, jonne Vaasan lyseo kaupungin palon jälkeen oli siirretty. Samalla muutti Pietarsaareen yksi lyseon opettajista: lyseon apulainen Georg (Yrjö) Zachris Forsman.[2]

Jaakko Forsman tuli yliopistoon 1857 ja nautti siellä — mitä usein korostetaan — itsensä J. V. Snellmanin opetusta.[3] Filosofia jäi hänelle kuitenkin pelkäksi sivuaineeksi. Historia kiinnosti häntä eniten, niin kuin veljeäkin. Jaakko Forsman suoritti 1862 filosofian kandidaatin tutkinnon. Sen jälkeen hän omistautui juridiikan opinnoille. Lainopista tuli hänen ammatillinen pääsarkansa, vaikka hän laski kätensä aurankurjelle monella muullakin vainiolla suomalaisen hengenviljelyn kenttää. Suurena nälkäkeväänä, toukokuussa 1868, hän sai päätöksen lainopin kandidaatin tutkinnon ja kirjoittautui kesäloman pidettyään (21. 8. 1868) auskultantiksi keisarilliseen Turun hovioikeuteen. Seuraavat syys- ja kevätkäräjät hän istui alituomarina jakamassa oikeutta Satakunnan kansalle. Heinäkuusta elokuuhun vuonna 1869 Jaakko Forsman käytteli tuomiovaltaa Ylä-Satakunnan ylisessä tuomiokunnassa, joka sulki tuolloin piiriinsä paitsi Forsmanin isän silloisen palveluspitäjän Hämeenkyrön myös Ruoveden, Pirkkalan ja Vesilahden käräjäkunnat. Vuosina 1870 ja 1871 hän toimi oikeusneuvoksena Helsingin raastuvanoikeudessa. Sitten ura kohosi isolla askelmalla. Vuoden 1872 valtiopäivillä tapaamme hänet sihteerin tehtävissä säätyjen toimitusvaliokunnassa. Samalla opiskelu jatkui. Lainopin lisensiaatti Forsmanista tuli 17. 10. 1874 ja tohtoriksi hänet promovoitiin 14. 11. 1874.

Jaakko Forsmanin yliopistoura oli alkanut jo ennen kuin hänestä tuli mo-

[1] *O. Donner* Jaakko Forsman. Joukahainen XII. Helsinki 1904, s. 16—17.
[2] *Donner* 1904, s. 17.
[3] Valvoja 1899, s. 551.

lempien oikeuksien tohtori. Hän otti vastaan puolivälissä syyskuuta 1869 ylimääräisen opettajanviran (eräänlaisen apulaisprofessuurin) lainopillisessa tiedekunnassa. Se oli perustettu vuoden 1863 kieliasetuksen nojalla hyödyttämään niitä opiskelijoita, joiden piti vast'edes olla kelvollisia ajamaan suomenkielisten asioita tuomioistuimissa ja viranomaisissa ja toimittamaan niissä myös tuomarin askaretta. Kyseisessä virassa tuli »opettaa tiedekuntaan kuuluvia ylioppilaita tottuneiksi ja tarkoiksi lakiasioissa käyttämään suomen kieltä sekä puheessa että kirjoituksissa».[4] W. Lavonius, viran ensimmäinen hoitaja, suositti tointa Forsmanille, jota koti- ja ystäväpiirissä oli jo pitempään ajateltu tähän tehtävään. Forsman jäi virkaan yli yhdeksäksi vuodeksi.[5]

Kun rikosoikeuden professuuri vuoden 1878 alussa vapautui K. G. Ehrströmin siirryttyä senaatin oikeusosaston jäseneksi, Forsman ryhtyi tavoittelemaan sitä nimiinsä. Hän teki kaksi pitempää ulkomaanmatkaa samana ja seuraavana vuonna oleskellen etenkin Berliinissä, Dresdenissä ja Leipzigissa.

Tiedemiesten elämäkerroissa on tapana korostaa näiden ulkomaanmatkoja. Miten suuri merkitys oli Saksan-matkalla Jaakko Forsmanille? Forsman näkyy matkanneen Saksaan ainakin osaltaan sen vuoksi, että hän voisi täydentää jo pitkälle valmistelemansa tutkimuksen — toisen väitöskirjan — kirjallisuuspuolta. Aluksi matkan anti oli hänelle pettymys. Pettymystä, jossa tosin oli mukana vahva annos ulkomailla elävän ensiankeutta — kulttuurishokkia — kuitenkin liensivät heti kohta suhteellisen halvat elinkustannukset. Elämä ei tullut kalliiksi, »vaikka säännöllisesti joka ilta istun kapakassa ja hyvin usein käyn oopperassa ja teatterissa.» Lehtiä Forsman luki ahkerasti ja seurasi mm. suurella mielenkiinnolla Bismarckin yrityksiä kitkeä sosialismi Saksasta.[6] Myöhemmin hän kuunteli lainopin (erityisesti rikosoikeuden[7]) luentoja ja luki kirjallisuutta. Väittipä hän saaneensa luennoista jotakin hyötyäkin. Hyödyllä hän tarkoitti ennen muuta perehtymistä Saksan uuteen rikosprosessioikeuteen, joka saatettiin voimaan 1. 10. 1879. Hän kävi myös valtiopäiväkeskusteluja kuuntelemassa. Ne tekivät häneen kiihkeine puheenvuoroineen, epäkohteliaine välihuutoineen ja hälinöinensä, jota puhemiehen kellonkilistys vain vaivoin vaimensi, niin tyrmistyttävän vaikutuksen, että hänenen mielestään »koko tämä parlamentarismi... hyvin paljon vivahtaa skoijiin». Monet edusta-

[4] Valvoja 1899, s. 560.

[5] *Donner* 1904, s. 33.

[6] Jaakko Forsman Yrjö Koskiselle Berliinistä 18. 11. 1878. Yrjö Koskisen kok. VA.

[7] Vrt. Forsmanin kirje Yrjö Koskiselle vuodenvaihteessa 1879/1880 (ilman päiväystä). Yrjö Koskisen kok. VA.

jien reaktiot olisi Suomessa tulkittu Forsmanin arvion mukaan »poikamaisuudeksi».[8]

Saksassa olo alkoi ajan myötä miellyttää Forsmania paremmin ja paremmin. Suomalaisia löytyi, kielitaito kohentui (osaksi yksityistuntien ansiosta) ja ihminen on olento, joka osaa sopeutumisen taidon. Lokakuussa 1879 Jaakko Forsman tilitti veljelleen:

> »Oloni täällä on hyvin hauskaa ja menestyn, niinkuin sopiikin, erinomaisesti. Nyt on ollut 3 viikkoa pausia kaikessa justititia-toimessa rikoslainkäynnin alalla uuden justitia-reformin takia.»[9]

Ilmeisesti siis oikeusolojen seuraaminen oli muodostunut hänen pääohjelmakseen Saksan-kauden jälkipuolella. Forsmanin loppuarvio Saksan-reissun annista muodostui kuitenkin negatiiviseksi (joskin samalla suomalaiselle hyvin tyypilliseksi): »En tiedä, mihin tämä aika täällä Saksassa on minulta lentänyt mutta en ole saanut mitään toimitettua.»[10]

Aivan hukkaan Saksan-matka ei kuitenkaan mennyt päätellen siitä, että jo vuonna 1879 Forsman julkaisi habilitatiotyönsä (Grunderna för läran om delaktighet i brott) professorin virkaa varten.[11] Investoinnit maksoivat myös vaivan olkoonkin, että ko. tutkimuksen pääosa oli tehty Suomessa, sillä Jaakko Forsman nimitettiin 1879 rikosoikeuden ja oikeushistorian professoriksi. Siitä alkoi hänen varsinainen — ja menestyksekäs — yliopistouransa. Hän perehtyi juridiikkaan varsin monipuolisesti, sillä hän hoiti myös siviilioikeuden ja roomalaisen oikeuden professorin virkaa useaan otteeseen. Lainopillisen tiedekunnan dekaanina hän toimi vuodesta 1882. Vuodesta 1892 hän oli yliopiston vararehtorin tehtävässä. Siitä olikin sitten enää lyhyt harppaus korkeammalle. Jaakko Forsman valittiin yksimielisesti yliopiston (vt.) rehtoriksi kolmivuotiskaudeksi 1896—1899.

Jaakko Forsmanille kertyi runsaasti erilaisia luottamustoimia myös yliopiston ulkopuolella. Eniten niitä oli juridiikan alalla. Hän vaikutti vuosina 1882—1890 Juridiska föreningenin puheenjohtajana. Lainopillisen yhdistyksen keskustoimikunnan jäsen hän oli vuosina 1876—1893 ja saman yhdistyksen puheenjohtajana 1882—1890. Tästä ei ollut kovin pitkä matka kirkkolakikomitean puheenjohtajaksi, joksi hänet nimitettiin 1886. Viimeksi mainittuun nimitykseen vaikutti suuresti se, että Forsman osallistui vuosikymmeniä valtiopäiville Kuopion tuomiokapitulin ehdottamana pappissäädyn jäsenenä.

---

[8] Forsman Yrjö Koskiselle 19. 7. 1879. Yrjö Koskisen kok. VA.
[9] Forsman Yrjö Koskiselle 19. 10. 1879. Yrjö Koskisen kok. VA.
[10] Forsman Yrjö Koskiselle 28. 9. 1879. Yrjö Koskisen kok. VA.
[11] Valvoja 1899, s. 556.

Muut luottamustoimet liittyivät normaaleina seurannaisina hänen politiikon uraansa. Kolmisen vuotta (1889—1891) hän oli Helsingin kaupunginvaltuuston jäsen. Helsingin suomenkielisen alkeisopiston johtokunnassa hän vaikutti jäsenenä 1873—1887 eli siihen saakka, kun koulu muuttui valtion normaalilyseoksi. Suomalaisen Teatterin johtokunnassa hän toimi 1877—1890, Suomalaisen Kirjallisuuden Seuran varaesimiehenä 1882—1885 ja Kansanvalistusseuran toimikunnan jäsenenä 1885—1899.

Häneltä riitti aikaa myös ylioppilaselämän seuraamiseen. Jaakko Forsman oli Pohjalaisen Osakunnan kuraattorina 1876—1878 ja inspehtorina 1880—1882.[12]

Jaakko Forsman menehtyi äkilliseen sairauskohtaukseen 26. 9. 1899.

2. Fennomaani

Suomenmielisen perusnäkemyksen Jaakko Forsman omaksui jo nuorena. Se oli luonnollista — kehittyihän hänen vanhemmasta veljestään kuulu Yrjö Koskinen. Fennomaanien vasemmistosiiven vahvimpana tukikohtana oli silloin illegaalinen Pohjalainen osakunta. Siellä harjoitettiin fennomaniaa Jaakko Forsmanin myöhemmän luonnehdinnan mukaan sekä »työtä tekemällä» että »keihäitä, kilpiä, joutsia ja rautapaitoja pitämällä».[13] Yksi säie ajan fennomaniaa piili siinäkin, että Jaakko Forsman kokeili opiskeluaikanaan veljensä Yrjö Sakarin tavoin kaunokirjallisuutta. Hän suomensi Wolfgang Goethen runoelman Reinecke Fuchs. Se julkaistiin Kettu Repolaisen nimellä kokoelmassa »Mansikoita ja Mustikoita I» 1859.[14] Vuonna 1860 ilmestyi Jaakko Forsmanin suomentamana ja popularisoimana pikku kirjanen »Tietoja Maailman Kansoista».[15] Molemmat olivat osa ylioppilaiden kansanvalastusta ja kumpikin kirjoista myös löysi tulevina vuosikymmeninä tiensä maaseudulla aloitteleviin kirjastoihin ja lukutupiin.

Jo opiskeluaikana Jaakko Forsmanista kasvoi kiihkeä fennomaani, vieläpä liikkeen vasemman laidan kulkija, joka ei arvostellut vain vallitsevia nurjia kielioloja vaan myös kirkkoa, sääty-yhteiskunnan ja oman sukunsa tukipyl-

[12] Kansallinen Elämäkerrasto. II osa. Porvoo 1929, s. 124 ss.

[13] *Juhani Närvä,* Jaakko Forsmanin sanomalehtitoiminta nuorfennomaanisen lehdistön nousukaudella. Laudatur-työ, Suomen historia. Turun yliopisto 1973, s. 11—12.

[14] Kansanvalistus-Seuran kalenteri 1900, s. 244.

[15] *Närvä* 1973, s. 12.

västä.[16] Tästä kritiikistä hänen oli tosin luovuttava pian. Toinen särmä kriittisen näkemyksen rakennuksessa kesti pitempään, itse asiassa läpi elämän. Pohjalaisen Osakunnan vuosijuhlissa 1860 Jaakko Forsman täsmensi kuulijoilleen:

> »Suomessa on kaksi toisistaan erotettua kastia, ne jotka tekevät työtä ja ne jotka nauttivat työn hedelmistä tahtomatta tunnustaa noita orjia samaan kansallisuuteenkaan kuuluviksi. Ennenkuin näiden välinen juopa täytetään, on suomalainen kulttuurikukkanen ilman tuoksua, aurinko ilman lämpöä, niinkauan Suomi ei ole kansakunta kansakuntien joukossa.»[17]

Jaakko Forsman aloitti varsinaisen julkisen toimintansa julkaisemalla yhdessä Yrjö Sakarin ja Agathon Meurmanin kanssa vuodesta 1863 sanomalehteä Helsingin Uutiset kahdesti viikossa. Forsman toimi lehden päätoimittajana. Lehden tavoitteena oli edistää suomen kielen menestystä virkakunnassa ja kouluissa. Se oli tarkoitettu myös helpottamaan ja edesauttamaan suomenmielisten työskentelyä valtiopäivillä. Lehti joutui kiivaaseen polemiikkiin ruotsalaislehtien, erityisesti Helsingfors Dagbladin kanssa, mitä ei sen radikaalin linjan huomioon ottaen sovi mitenkään ihmetellä.[18] Jaakko Forsmanista tuskin olisi ollut suurien riitojen nostajaksi, mutta isonveljen laita oli toisin. Tämä patisti veljeään:

> »...Hyvillään hän [Meurman] oli siitä, että olimme niin onnellisesti päässeet Dagbladin kanssa riitaan. Nyt on tarpeellinen minunkin mielestäni, ettemme sen kanssa rakenna sovintoa minkäänmoista. Voimme olla sen pistopuheita toisinaan huomaamatta olevinamme, mutta aina täytyy olla valmiina sitä letkailemaan. Sillä sen joukon kanssa tullaan kuitenkin pääasiassa aina olemaan eri mieltä. Ne ovat rehellisyyttä vailla, ja jos kohta ei sovi näyttää heille kuin ylenkatsetta, on kuitenkin heidän viekas ystävyytensä suomen kielelle paljon vaarallisempi asialle, kuin vastustus. Älä siis sinäkään ole aivan arka, vaan lyö heidät suulle, jos tarve on.»

Toinen kehoitus oli yhtä ankara:

> »...Vaikka nyt makaisit kuoleman kielissä, täytyy sun valvoa, että näyttönumero tulee kelvollisena ulos. Tutkintoesteet ei ole mistään kotoisin.»[19]

Helsingin Uutiset lopetettiin, kun Suometar muuttui jokapäiväiseksi 1864. Forsman oli jonkin aikaa osallisena myös Suomettaren toimituksessa, sitten vuodesta 1869 silloin aloittaneen Uuden Suomettaren toiminnassa.

---

[16] *Hannu Tapani Klami,* Oikeustaistelijat. Suomen oikeustiede Venäjän vallan aikana. Porvoo 1977, s. 98.

[17] *Närvä* 1973, s. 12.

[18] *Donner* 1904, s. 26—27.

[19] SKS. Jaakko Forsmanin saamia kirjeitä (1863).

Jaakko Forsman kietoutui mukaan mittelöihin, joita fennomaanit kävivät suomen kielen aseman kohentamiseksi. Forsman keskittyi lähinnä konkreettisiin, enemmän tai vähemmän jokapäiväistä elämää palvelevien uudistusten ajamiseen. Esimerkiksi sellainen elitistinen ylellisyys kuin suomalainen teatteri oli hänelle aluksi ajatuksena vieras. Siinä(kin) suhteessa Forsman kuitenkin muutti linjaansa. Helmikuussa 1864 hän kirjoitti ylpeänä Kaarlo Bergbomille, jonka tie suomen kielen edistämisen saralla oli vienyt hänet Jyväskylään, päättäneensä sittenkin ryhtyä kannattamaan »suurta tuumaa nostaa 'Suomen Kansallisteatteri' raunioistaan, vaikka en todellakaan voi katsoa asiaa niin ylen tärkeäksi.»[20] Aleksis Kiven tuotantoa Forsman — toisin kuin eräät muut fennomaanit — ymmärsi ja tuki alusta alkaen. Hän ihastui Nummisuutarit-näytelmästä ja kommentoi kitkerästi Suomettaren teilaavaa arvostelua Kullervosta: »Detta förargar mig ej för Kullervos, utan för Suometars skull».[21]

Taipuminen kulttuurin suuntaan jatkui sittemmin ripeästi. Vuonna 1866 Jaakko Forsman, Kaarlo Bergbom ja J. V. Calamnius sekä F. Perander alkoivat julkaista kirjallis-poliittista lehteä, Kirjallista Kuukauslehteä, joka oli ensimmäinen lajissaan suomen kielellä. Se ilmestyi vuoden 1880 lopulle saakka ja omistautui tietenkin kansallisille pyrinnöille, nimensä mukaisesti nimenomaan kulttuuripyrinnöille.[22]

Huolimatta näistä harrastuksistaan estetiikan puolella Jaakko Forsman pysyi silti enemmän elämän konkreettisten ja käytännöllisten asioiden miehenä. Hän oli ennen muuta juristi, jonka oli ajan edetessä annettava yhä enemmän myöten politiikalle. Myöhempinä vuosina fennomaanisen liikkeen käytännön johto keskittyi Jaakko Forsmanin käsiin. Näin tapahtui etenkin sen jälkeen, kun fennomaanit solmivat tietynlaisen liiton venäläisen hallitusvallan kanssa ja Yrjö Koskinen siihen liittyen vuonna 1882 tuli nimitetyksi senaattiin.[23] Rankka puoluejohtajan rutiinityö alkoi vallata kasvavan osuuden Jaakko Forsmanin toimintakentässä. Forsman otti sen tyynesti kannettavakseen luopumatta silti kokonaan tieteellisistäkään ambitioistaan. Forsman paneutui tunnetulla perusteellisuudellaan puoluetyöhön. Kesällä 1887 Alfred Kihlman oli toimittanut hänelle »tutkimustuloksensa siitä», millainen oli Porvoon hiippakunnan opettajien puoluekanta — erinomaisen keskeinen asia fennomaaneille, jotka saivat tärkeän osan tuestaan juuri opettajilta, tuomareilta, papeilta ja muilta maa-

[20] Jaakko Forsman Kaarlo Bergbomille 19. 2. 1864. SKS.

[21] Forsman Emil Nervanderille 11. 3. 1865 ja 29. 11. 1864. Nervanderin kok. SKS.

[22] *Donner* 1904, s. 32.

[23] *Pirkko Romm*i, Yrjö-Koskisen linja. Myöntyväisyyssuunnan hahmottuminen suomalaisen puolueen toimintalinjaksi. Lahti 1964, s. 42.

seudulla vaikuttavilta virkamiehiltä. Jaakko Forsman otti valtiokalenterin ja kävi puolestaan läpi samat henkilöt, mutta päätyi kokonaan eri tulokseen kuin Kihlman. Asiassa päätettiin kokoustaa yhdessä kannatuksen laajuuden tarkemmaksi arvioimiseksi.[24]

Suuri osa päivittäistä rutiinia tuhlautui kuitenkin alituisiin polemiikkeihin ruotsinmielisten kanssa. Fennomaanit tukivat toisiaan tiiviisti vastineitten laadinnassa, mikä oli omiaan lisäämään nimenomaan johdon työtaakkaa.[25] Ehkä kaikkein raskainta oli, kun sama taistelu piti laajentaa fennomaanien omankin leirin puolelle. Varsin valaiseva on tässä suhteessa Forsmanin kirje tammikuussa 1885 vanhalle ystävälleen tuomiorovasti J. W. Calamniukselle. Siinä Forsman puhui nuorten suomenmielisten »Helsingistä johdetusta rynnäköstä» fennomaanien vanhoja johtajia ja Uutta Suometarta vastaan. Forsmanin mielestä ei ollut mitenkään periaatteessa vaarallista, että nuoret toivat esille omia ohjelmiaan ja pyrkivät »vaikkapa vanhojen johtajien ohitse». Silloin pitäisi kuitenkin nuorilla olla »jotakin asiallista esiintuotavana eikä paljasta röyhkeyttä ja henkistä tyhjyyttä.» Näin ei ollut tässä tapauksessa laita. Kyse oli »muutamien tyhjän-toimittavien» vallanhimosta. Ainoa asiantynkä rynnäkössä oli »tuo kompromissi, joka kieli-asiassa muka oli tekeillä valtiopäivillä liberaalien kanssa». Forsman ei käyttämästään muka-sanasta huolimatta suinkaan torjunut väitettä valheena vaan korosti — hänelle luonteenomaisella tavalla —, että kompromisseja tarvittiin. Nuorten hyökkäys oli — koska Forsman oli juuri todennut sen asiallisesti sisällyksettömäksi — tarkoitukseltaan ilkeä ja omiaan heikentämään suomalaisen puoleen asiaa. Rynnäköijät olivat kehdanneet vihjata, että kompromissia tarvittiin, jotta fennomaanien »vanhat johtajat» pääsisivät hallitukseen. Tätäkään Forsman ei kiistänyt vaan tavallaan myönsi sen todeksi toteamalla, että nuorten hyökkäys vei pohjan näiltä pyrkimyksiltä. Fennomaanien pääsy hallitukseen oli seurausta yksin siitä, että heillä »luullaan [= venäläiset luulevat] olevan kansan kannatus». Jos havaittaisiin, että näin ei ole laita, se vaikeuttaisi sekä hallituksessa että sen ulkopuolella toimivien suomenmielisten asemaa ja asiaa. Kaikista näistä syistä Forsman pyysi Calamniusta kirjoittamaan asiassa fennomaanien maaseutulehtiin. Forsman päätti kirjeensä terveisillä »Lindstedtille ja muille rehellisille».[26]

Seuraavasta kirjeestä käy ilmi, kuka oli niiden nuorfennojen johtaja, joiden toilaukset Forsmania niin sapettivat. Hän oli — kukapas muu kuin — Lauri

[24] Forsman Kihlmannille 5. 9. 1887. A. Kihlmanin kok. HYK.
[25] Forsman J. Ph. Palménille. J. Ph. Palménin kok. HYK.
[26] Forsman J. W. Calamniukselle 8. 6. 1885. SKS.

Kivekäs.[27] Forsman kertoili lokakuulla 1885, että Kivekäs on surkeasti epäonnistunut yrityksissään hankkia osakkeita uudelle sanomalehdelle. Siitä ei siis tullut mitään, ja kuinka olisi voinut tullakaan, kun puuhassa oli kyse vain yksityisten kunnianhimon riivaamien henkilöitten vallanhimosta.[28] Mutta olipa Kivekäs onnistunut tai ei, juuri vuonna 1885 fennomaaniliikkeen historiassa kääntyi laajemminkin ottaen uusi lehti.[29] Vanha johto joutui puolustamaan asemiaan nuorten rynnistystä vastaan samalla, kun se koki kaikin keinoin säilyttää suhteensa hyvinä venäläiseen hallitusvaltaan päin. Jälkimmäinen pyrkimys onnistui, joskin hinnalla, jonka huikea korkeus mitattiin täysimääräisenä sortovuosina. Se hinta teki fennomaaneista ja erityisesti Yrjö Koskisesta niin vihatun ja kavahdetun, että sillä tuskin on vertaa Suomen historiassa. Nuorille menetettiin vähä vähältä maastoa heti 1880-luvun puolimaista lähtien. Vuonna 1889 toteutui hanke, jonka epäonnistumisesta oli edellä riemuittu ja jonka toteutumista pidettiin aivan mahdottomana. Se sekoitti hetkeksi fennomaanijohdon maailmankuvan täysin. Nuorfennot saivat aikaan oman lehden. Päivälehden perustaminen (se aloitti varsinaisen ilmestymisensä 1890) pohjautui Jaakko Forsmanin mukaan pelkästään nuorfennojen johtomiesten — ennen muuta Jonas Castrénin — »peijaukseen ja lurjustelemiseen» ja sen lisäksi afäärin tekemiseen.[30] Muuta selitystä ei tahdottu ainakaan ensi alkuun hyväksyä.

Näin syntyy väkisinkin vaikutelma, että fennomaanijohto oli lipunut näyttävin navigoinnein vankan ja vakaan konservatismin satamaan ja tehnyt sen juuri siihen samaan aikaan, kun vuoden 1889 rikoslaki — tämän artikkelin päämotiivi — oli tekeillä. Päätelmää tukee Arvid Järnefeltin välittämä tieto eräästä keskustelusta, jossa Yrjö »Koskinen toi mielipiteenään esille sen, ettei kielikysymystä käy eroittaminen konservatiivisistä aatteista».[31] Kun lisäksi puoluejohdon pienintäkin liikahdusta valvoi nuorfennojen ankara silmä ja kun toisaalta suhteet venäläisiin rajasivat liikkuma-alaa valtio-oikeudellisiin ja yleispoliittisiin kysymyksiin päin, tuntuisi siltä kuin fennomaanipuolue olisi hovikelpoisuutensa saattamana ajautunut mitääntekemättömyyden umpikujaan, joka puolelta vankasti aidattuun.

Niin perustellulta kuin tällainen päätelmä tuntuukin, se ei ehkä välttämättä sittenkään ole oikea. Aivan ratkaisevaa on se, miltä yhteiskunnalliselta il-

[27] Kivekkäästä lähemmin *Heikki Ylikangas—Jussi Pajuoja,* Lauri Kivekäs — aikansa ajaton radikaali. Juva 1987, eri kohdin.

[28] Forsman Calamniukselle 26. 10. 1885. SKS.

[29] *Rommi* 1964, s. 56—57.

[30] Forsman Yrjö Koskiselle 10. 11. 1890. Yrjö Koskisen kok. VA; *Rommi* 1964, s. 99.

[31] *Rommi* 1964, s. 58.

mansuunnalta nuorfennojen arvostelu tuli. Se ei tullut, ei ainakaan kovinkaan pitkään, äärivasemmalta. Nuorfennojen kritiikki kohdistui ennen muuta puolueen myöntyvyyteen ja nöyristelyyn venäläisten edessä.[32] Näissä oloissa vanhafennoille jäi kuin jäikin kaistale yhteiskunnallista radikalismia vaalittavakseen.

Tämä koski etenkin Jaakko Forsmania. Kun Yrjö Koskinen suunnitteli vuonna 1898 puolueen puhdistamista oppositiovoimista ja jyrkän pesäeron tekemisestä mm. nousevaan työväenliikkeeseen, jotta puolue ei tulisi kompromenttoiduksi,[33] Jaakko Forsman asettui vastahankaan:

> »Lausut kirjeessäsi, että suomal. puolue on puhdistettava ja erittäinkin että olisi yhteys niin sanotun työmiespuolueen kanssa katkaistava. Siinä on paljon perää, mutta ei luullakseni siinä kohden, että meidän pitäisi erota työmiehistä. Mutta meidän puolella on tehty vähän työväen kysymyksen valaisemiseksi. Vakaumukseni on että työväen suuri joukko on varsin järkevä ja taipuisa järkeä kuulemaan, kun sitä heille vain tarjottaisiin.»

Forsmanin kannanotto ei perustunut tietämättömyyteen siitä, mikä työväenpuolue oli ja mitä se vaati. Hän oli kuunnellut Hangossa Eetu Salinin agitatorista puhetta, jossa tämä kuvasi »työväen tilaa mitä synkimmillä väreillä ja tietysti koko yhteiskuntaa samalla tavalla». Jollei asiaan puututtaisi, propaganda — näin Forsman pelkäsi — ajan myötä alkaisi työväestöön tehota.[34]

3. Valtiopäivillä

Forsman oli vuonna 1882 yliopiston suomenkielisten ehdokkaana valtiopäiville, mutta ruotsinkieliset saavuttivat arvan avulla sillä kertaa voiton.[35] Avuksi riensi kirkko taikka tarkemmin sanoen Forsmanin vanha ystävä J. W. Calamnius, sanomalehtimies ja filosofian tohtori, joka lopulta valmistui papiksi ja yleni tuomiorovastiksi Kuopion tuomiokapituliin. Aivan kivuttomasti operaatio ei käynyt. Tarvittiin Yrjö Koskisen sapekas kirje kuopiolaisille, ennen kuin nämä »typeryydessään» ymmärsivät mitä piti tehdä. Yksi tuomiokapitulin jäsenistä, Wilhelm Lindstedt, kyseli loukkaantuneena Jaakko Forsmanilta lainopillista neuvoa siitä, voisiko tämä edustaa pätevästi pappissäätyä. Lindstedt kirjoitti:

---

[32] Vrt. *Ylikangas—Pajuoja* 1987, s. 126.

[33] Yrjö Sakari Yrjö-Koskinen Forsmanille 14. 7. 1898. SKS. Jaakko Forsmanin saamia kirjeitä.

[34] Forsman Yrjö Koskiselle 22. 7. 1898. Yrjö Koskisen kok. VA.

[35] Valvoja 1899, s. 553.

»...pyydän ystävällisesti sinua lakimiehenä kirjoittamaan minulle muutaman rivin ja perusteellisesti selittämään minulle, josko todellakin papit ovat Walt.Järj. mukaan oikeutetut valitsemaan papiksi vihkimättömiä professoreja. Minä olen parhaan taitoni mukaan punninnut, miettinyt ja päätäni ponnistellut päästäkseni asiassa selville, juuri siitä syystä, että nykyiset asianhaarat ovat sellaisia, kuin ovat, mutta en ole päässyt selville, syystä luultavasti, että olen samoin kuin koko täkäläinen kapitulikin niin 'typerä'... Jos sinä voit minulle selittää nämä §§ niin että minä saatan tulla toiseen käsitykseen kuin mikä minulla nyt on, niin olen sinulle suuressa kiitollisuuden velassa, sillä minä — jos joku — soisin sydämestäni että sekä Donner ja Sinä tulisitte säätyyn, ja monet Kuopion papeista ovat samaa mieltä, sillä mekin ymmärrämme, että 'kyllä lakimiestä tarvitaan pappissäätyyn'.[36]

Forsman ilmeisesti päätyi myönteisen kannan puolelle, koskapa hänet valittiin vuoden 1882 valtiopäiville Kuopion hiippakunnan edustajaksi. Sama toistui kaikilla valtiopäivillä hänen elinaikansa. Hän osallistui kaikkiaan seitsemään säätykokoukseen. Se seikka, että hän oli pappissäädyn jäsen tuomiokapitulin asettamana ehdokkaana, ei jäänyt vaille vaikutuksia. Se pakotti Forsmanin myötäilemään kannanottoja (esimerkiksi suhtautuminen eriuskolaislakiin, prostituutioon, juutalaiskysymykseen, uskonnonvapauteen ja siviiliavioliittoon),[37] joita hän tuskin muuten olisi erityisemmin tukenut. Vaikka hän näin joutui tekemään välttämättömyydestä hyveen, hän kuitenkin selvemmin kuin moni säätytoverinsa näki ja tiedosti kirkon yhteiskunnallisen merkityksen. Hän saattoi todeta:

»Asia on ollut meillä sillä kannalla aivan viimeisiin asti, että kirkollinen järjestys on ollut valtiollisen ja yhteiskunnallisen järjestyksen tukena ja pohjana. Kirkollisen järjestyksen höllittäminen olisi samalla ollut myös maallisen, yhteiskunnallisen ja valtiollisen järjestyksen höllittäminen ... Saattaa siis sanoa, että olot nyt meillä ovat kypsyneet laajemmalle uskonnonvapaudelle. Mutta vielä on meillä kirkolla puhtaasti valtiollisia ja yhteiskunnallisia etuja hoidettavana. Sen tähden olen minä puolestani sitä mieltä, että kun ruvetaan tämän kirkon valtaa höllittämään, niin siinä pitää astuttaman hyvin varovaisesti...».[38]

Keskeistä Forsmanin toiminnalle tällä hänen elämänsä näyttämöistä oli jälleen taistelu suomen kielen aseman ja oikeuksien puolesta.[39] Hän puolusti eri-

[36] SKS. Kirjeitä Jaakko Forsmanille.

[37] Vrt. Suomen pappissäädyn pöytäkirjat valtiopäiviltä v. 1885. Ensimmäinen vihko. Helsingissä 1885, s. 36—37, 725—727, 736—737, 796—797; Suomen pappissäädyn pöytäkirjat valtiopäiviltä v. 1897. Kolmas osa. Helsingissä 1897, s. 1646—1648; Uusi Suometar 13. 9. 1871 ja 15. 9. 1871.

[38] Suomen pappissäädyn pöytäkirjat valtiopäiviltä v. 1885. Ensimmäinen vihko. Helsingissä 1885, s. 725—727.

[39] Ensi katsannolla saattaa hämmästyttää Forsmanin vuoden 1882 valtiopäivillä esittämä vastustava mielipide siihen nähden, että rikosasioissa vastaaja saisi valita pöytäkirja-

tyisesti suomenkielisten valtionkoulujen perustamista ja avustuksia yksityisille suomenkielisille kouluille.[40] Hänen merkittävin ja jälkimaailman parhaiten aikakirjoihin merkitsemä kamppailu käytiin kuitenkin lähellä juridiikan ydinalueita. Jaakko Forsman nimittäin muistetaan ennen kaikkea siitä, että hän torjui ponnella ja taidolla prokuraattori Robert Montgomeryn väitteen, jonka mukaan suomi oli vuoden 1734 lain nojalla vieras kieli valtakunnassa.[41] Asianlaita oli seuraava:

Vuoden 1863 kielireskriptissä oli määrätty 20 vuoden odotusaika ennen suomen kielen tuloa tasavertaiseksi ruotsin rinnalla. Kun tämä määräaika läheni loppuun, kielitaistelu kiihtyi. Vuoden 1882 valtiopäivien aikana alkoi näyttää siltä, että asiakirjoissa käytettävän kielen tulisi määräämään vireillepanokieli niin kuin ruotsinmieliset vaativat eikä paikalliskieli seudulla, jota asia koski, kuten suomenmieliset tahtoivat. Kun muutenkin esiintyi merkkejä siihen suuntaan, että senaatin enemmistö ja sen ohjailemat valtiopäivät tavalla taikka toisella vesittäisivät vuoden 1863 reskriptin määräykset ja sen virittämät odotukset tai ainakin pidentäisivät tuntuvasti odotusaikaa, vastanimitetty senaattori Yrjö Koskinen turvautui Pietarin tiehen. Hän käytti hyväkseen fennomaanien huolella ja vaivalla rakentamia hyviä suhteita venäläiseen hallitusvaltaan ja teki kenraalikuvernöörille ehdotuksen, että valtaistuimelle astuva uusi keisari Aleksanteri III määräisi suomen »yksinoikeutetuksi ruotsin kanssa myös virallisena kielenä eli kirjeenvaihdossa virkakuntien kesken». Menettely aktivoi vastaleirin. Torjuakseen näin syntyvän pelottavan uhan ruotsinmieliset ottivat prokuraattori Montgomeryn suulla lähtökohdakseen vuoden 1734 lain määräyksen, jonka mukaan valtakunnassa ei saa käyttää vierasta kieltä, ja väittivät, että asiasta privilegionluonteisena perusoikeusasiana oli päätettävä säätylailla. Kun ruotsinmielisillä oli valtiopäivillä hallussaan kaksi säätyä — aateli ja porvaristo — ja esitys raukesi, jos kaksi säätyä oli kahta vastassa, näytti ruotsinmielisten asia näillä keinoin pelastetulta.

Ruotsinmielisten manööveri löi aluksi suomenmielisten leirin hajalle. Osa kannatti asian viemistä valtiopäiville, osa torjui sen ja kolmannet vaativat molempien valtiomahtien — keisarin ja valtiopäivien — käsittelyä. Jaakko Fors-

---

kielen. (Prestetåndets protokoll vid landtdagen i Helsingfors år 1882. Tredje delen. Helsingfors 1905, s. 1644.). Kannanoton taustana lienee kuitenkin se, että fennomaanit nimenomaisesti pyrkivät nostamaan prosesseja virkamiehiä vastaan. Tällöin kyseinen periaate olisi aina johtanut ruotsinkieliseen pöytäkirjanpitoon. Vrt. *Ylikangas-Pajuoja* 1987, s. 120 ss. ja eri kohdin.

[40] *Donner* 1904, s. 50—51.

[41] *Donner* 1904, s. 55.

man joutui toden teolla lunastamaan ne odotukset, joita hänen juristin taitoihinsa oli vuosia pantu. Hän kritikoi kahdessa pitkässä artikkelissa Montgomeryn kantaa. Lopuksi hän päätyi käsitykseen, jonka mukaan juuri viimeksi mainittu kolmas vaihtoehto sisältäisi oikean menettelytavan. Myöhemmin fennomaanit jyrkensivät kantaansa tästäkin. Vihdoin hallitsija ratkaisi asian joulukuussa 1883 ulosannetulla asetuksella. Se oli kompromissi sikäli, että suomi tuli vain tasavertaiseksi ruotsin rinnalla. Virallista kieltä siitä ei tehty.[42]

Forsman koki valtiopäivätyön yleensäkin läheisesti kamppailuksi kielirintamalla. Se oli ainakin ajoittain todella raskasta ja kuluttavaa niin kuin pinnistely vähemmistön hyväksi helposti on. Vuoden 1888 valtiopäivien aattopäivinä hän huokaili ystävälleen J. W. Calamniukselle:

> »Nyt lähestyvät pian nuo sanomattoman ikävät valtiopäivät. Onnellinen Sinä, jonka ei tarvitse olla muassa siinä rehkimässä. Nyt ei pitäisi olla mikään varsinainen kielikysymys mieliä kiihoittamassa, mutta pelkään pahasti, että tulee tapahtumaan kovia yhteen-törmäyksiä svinsveekusten kanssa, koska heidän hävyttömyytensä on päivä päivältä nousemassa.»[43]

Forsmanin päämääräksi mainitaan korkealentoisesti »kansan paras». Niinhän on tapana puhua merkkimiesten toimia luonnehdittaessa. Hänen sanotaan asettuneen tarvittaessa yleistä mielipidettä vastaan. Vahvimpana todisteena tästä mainitaan hänen esiintymisensä vuoden 1894 valtiopäivillä margariiniasiassa. Hallitus kielsi margariinin valmistuksen maassa, vaikka elinkeinolaki ei tiennyt sellaisesta kiellosta mitään, ja valtiopäivät aikoivat antaa hallitukselle nuhteet asiassa. Kun laki- ja talousvaliokunnan mietintö tuli pappissäätyyn, asettui Forsman jyrkkään vastarintaan. Hänen mielestään hallituksella (jossa fennomaanien edustus oli jo vahva) oli oikeus ja velvollisuus vaalia yhteistä hyvää »salus rei publiciae».[44]

4. Yliopistossa

Yliopistollisena opettajana Jaakko Forsman tunnetaan erityisesti ansiokkaista rikosoikeuden luennoistaan, joita on säilynyt jälkimaailmalle hänen oppilaidensa muistiinmerkitseminä.[45] Rikosoikeuden opettaminen epäilemättä olikin hänen pääsarkansa, mutta muistettava on, että myös oikeushistoria kuu-

[42] *Romini* 1964, s. 44—48.
[43] Forsman Calamniukselle 1. 2. 1988. SKS.
[44] *Serlachius* 1910, s. 370.
[45] Kts. erillinen luettelo Jaakko Forsmanin tuotannosta tässä teoksessa.

lui hänen oppituolinsa alaisuuteen. Kuten aikaisemmin mainittiin, hän tunsi suurta vetoa historiaan. Myöhempinä vuosinaan hän sitten julkaisi paljon käytetyn oikeushistoriallisen oppikirjan.[46] Sen julkitulloa edeltäneitä aikoja kuvaa hänen kirjeensä veljelleen 10. 9. 1889:

> »Velvollisuuteni on tänä lukukautena pitää luentoja n.k. ulkonaisesta oikeushistoriasta s.o. kotimaisen lainsäädännön historiasta. Tietysti tulevat luennot pääasiallisesti koskemaan Ruotsin oloja, koska meillä puheenalaisissa asioissa on niin surkean vähän sanottavaa omasta takaa. Mutta valitettavasti tunnen sitä vähää mistä olisikin omasta takaa sanottavaa, kovin vaillinaisesti — eikä ole aikaa nyt luentojen ja muiden kiireisten toimien tähden ryhtyä tutkimuksiin.»

Näiden johdattelun jälkeen Forsman tiedustelee veljeltään tarkempaa tietoa tämän selvityksistä varhaisista maanomistusoloista Suomessa. Sitten hän jatkaa:

> »Olen kerran maailmassa lukenut läpi Kalevalan ja muutkin muinaisrunouteemme kuuluvat kappaleet oikeushistoriallisella tarkoituksella. Siitä syntyi jonkunlaisia muistoonpanoja.»

Forsman ollen siinä käsityksessä, että oli lainannut muistiinpanot veljelleen, pyysi niitä nyt luentojaan silmällä pitäen takaisin.[47]

Forsman valittiin yliopiston (vt.) rehtoriksi kolmivuotiskaudeksi 1896—1899. Valinta ei ollut hänelle mieleen — vai oliko sittenkin? Kirjeessään Edvard Hjeltille 17. 4. 1896 hän pyysi tätä puhumaan hänen puolestaan valintaa vastaan. Hjeltin piti vedota paitsi Forsmanin opetustyöhän lainopillisessa tiedekunnassa myös hänen puutteelliseen energisyyteensä ja heikkoon edustuskykyynsä.[48] 'Puutteet' vaikuttavat kovin haetuilta, itse asiassa Forsmanin vahvimmilta avuilta. Koska hänet valittiin yksimielisesti, Hjelt lienee käsittänyt pyynnön toisin kuin sen sisältö näennäisesti oli ymmärrettävä. Hän luultavasti käsitti sen aivan oikein.

Myös yliopistollisissa tehtävissään Jaakko Forsman taisteli suomen kielen puolesta. Kirjeessään Mathias Anselm Äyräpäälle 14. 3. 1892 hän toi esille käsityksen, että sekä opiskelijoilla että yliopiston opettajilla oli oikeus käyttää yliopistossa suomea.[49] Forsman piti huolen siitä, ettei yliopiston opettajilta vaadittu suomenkielen taito jäänyt kuolleeksi kirjaimeksi — siinä suhteessa hän lunasti nuoruutensa aikaisen kritiikin Elias Lönnrotia kohtaan. Toukokuussa

---

[46] *Jaakko Forsman,* Suomen lainsäädännön historia. Helsinki 1896.
[47] Yrjö Koskisen kok. VA.
[48] Ed. Hjeltin kok. VA.
[49] Europaeus-suvun kok. VA.

1881 hän kirjoitti ajan ankarimmalle ja suvaitsemattomimmalle kielituomarille, itselleen August Ahlqvistille:

»Kunnioitettu veli. — Huomenna kello 11 epp. pitävät herrat Hermansson ja Serlachius koetusluennon osoittaaksensa taitonsa Suomenkielessä. Vaikk' en säata katsoa täntapaista opinnäytettä tarkoitustaan täyttäväksi, pidän ihan tärkeänä että kumminkin tätä luentoa todenteolla tarkastellaan. Taipumus löytyy monessa alentaa nämä tämmöiset näytteet paljaaksi muoto-asiaksi. Pyydän sentähden joutoaikaa liikenemään, kävisit puheen-alaisissa luennoissa.

Kunnioittaen
Jaakko Forsman»[50]

Forsmanin toiminnan kaikille lohkoille heijastuivat aina Yrjö Koskisen elämän käänteet: hänen menestyksensä, mutta ennen muuta hänen vastoinkäymisensä. Yrjö Koskisen lojaali suhtautuminen venäläiseen hallitusvaltaan helmikuun manifestin päivinä 1899 saattoi hänet yleisen mielipiteen vihoihin. Vastoin Jaakko-veljensä neuvoa hän julkaisi prokuraattorin toimia (tämä suositteli vastarintaa ja antoi sen vuoksi senaatille poliittisia toimintaohjeita) ankarasti arvostelleen kirjeen ja joutui siitä syystä yhä pahemmin venäläistoimien aktivoiman kansalaiskirjoittelun murjomaksi. Vähän ennen kuolemaansa Jaakko Forsman piti yliopiston avajaisissa 13. 9. 1899 puheen, jossa hän kääntyen ylioppilaiden puoleen lausui:

»Aina siitä saakka kuin poliitillinen elämä on meillä vilkastunut, on tuontuostakin tullut ilmi julkisesti toimivia henkilöitä vastaan menettelytapa, joka on kerrassaan moitittava — käyttääkseni lievintä sanaa. Saadaan aikaan jonkunlainen muka yleinen opinioni, miten joku yleinen asia on ymmärrettävä ja käsitettävä. Tämän opinionin kannattajat, joista suurin joukko tuntee ja ymmärtää asian aivan pintapuolisesti, ja joita ei ainakaan mikään vastuu asian menosta paina, viskaavat soimauksiaan niitä julkisia henkilöitä vastaan, jotka eivät sokeasti lannistu tämän opinionin alle, vaan rohkenevat pitää oman mielipiteensä ja sen mukaan toimiella. Nämä julkiset henkilöt leimataan lievimmässä tapauksessa surkeiksi pelkureiksi, mutta tavallisesti kurjiksi onnenonkijoiksi, jopa isänmaan kavaltajiksi, aina sen patriotillisen innon mukaan, joka arvostelijassa asuu. Selvä on, että semmoinen menettely, kun se kääntyy kotimaista hallitusta vastaan, jonka isänmaallinen mieli on yli kaiken epäilyksen, saattaa tulla maallemme sangen turmiolliseksi. Ajatelkaamme tulevaisuutta. Mikä arvo annetaan maamme rajain ulkopuolella semmoiselle meidän kotimaiselle hallituksellemme, jonka nähdään tahi luullaan horjuvan joka opinionin mukaan? Ketä rehellistä miestä voidaan vaatia kotimaiseen hallitukseemme, jos hän tietää kohtalokseen tulla isänmaan kavaltajana in effigie hirtettäväksi, niin pian kuin hän uskaltaa pitää toista mieltä kuin päivän äänekkäin opinioni ja mielipiteensä mukaan toimiella?»[51]

[50] Forsman Ahlqvistille 29. 5. 1881. SKS.

[51] *Serlachius* 1910, s. 370—371.

Tämä puhe, jonka kiihkeä päivänpolitiikka synnytti ja jota se sävytti, jäi jälkimaailman (ainakin fennomaanisesti orientoituneen jälkimaailman) silmissä Jaakko Forsmanin kasvattajantestamentiksi nuorisolle nousevalle. Sellaiseksi sitä ei aikanaan tarkoitettu. Sen tehtävänä oli puhdistaa isonveljen kilpi siitä loasta, jota silloin siihen niin runsaasti viskattiin. Yrjö-veljen mittava varjo lepäsi siis raskaana Jaakko Forsmanin yllä nimenomaan hänen elämänsä loppuvuosina. Se löi pääosin synkän leimansa Jaakko Forsmanin kaikkeen toimintaan, jopa hänen yliopistolliseen uraansa.

5. Lakimies

Tämänkaltaiset ulkonaiset elämänpuitteet olivat miehellä, josta tuli vuoden 1889 rikoslain päämuokkaaja. Ennen kuin paneudutaan hänen elämäntyönsä tähän puoleen lähemmin, on pohdittava vielä yhtä olennaista kysymystä hänen urallaan, sitä nimittäin, miksi Forsman ylipäätään lähti lukemaan lakia sen jälkeen, kun hänestä 1862 oli tullut filosofian kandidaatti. Voisi luulla, että ajatus lainoppiin paneutumisesta olisi ollut ennen muuta isonveljen ideaa, mutta ainakaan vielä vuonna 1862, jolloin Forsman valmistui filosofian kandidaatiksi, näin ei todistettavasti ollut laita. Yrjö Koskinen näet kaavaili veljestään fennomaanien tekeillä olevan viikkolehden toimittajaa, koska veli »nyt pääsee tutkinnoistaan».[52] Ilmeiseltä näyttää, että vuoden 1863 kieliasetus toimi asiassa kimmokkeena. Kirjeessään pojalleen Jaakko Forsmanille 21. 4. 1865 Georg Jacob Forsman kertoili, miten tuomarit olivat alkaneet perehtyä suomeen ja ottaa vastaan suomenkielisiä asiakirjoja. Georg Jacob jatkoi:

> »Sääli, että Sinä et ole lainopin kandidaatti, jolloin voisit saada tehtäväksesi harjoittaa juridiikan opintoja suomenkielisessä oikeudenkäyntikielessä. Ei luultavasti ole helppoa löytää ketään suomeen niin perehtynyttä lainopin kandidaattia tai lisensiaattia, joka voitaisiin nimittää professoriksi opettamaan juridiikkaa opiskelevia suomalaisessa oikeudenkäyntikielessä.»[53]

Asiasta oli perheessä puhuttu jo pitkään ja sangen varhain Jaakko Forsman itsekin kiivaili tuomareiden paremman suomen tuntemuksen puolesta. Kirjeessään veljelleen Yrjölle 12. 4. 1858 hän arvosteltuaan professori Elias Lönnrotia siitä, että tämä liian helpolla antoi oppilaille todistuksen suomen kielen taidosta, jatkoi:

---

[52] *Koskimies* 1968, s. 45.

[53] SKS. Jaakko Forsmanin saamia kirjeitä.

»Semmoiset sitten pääsevät kansamme tuomariksi! Jos Yliopistossa heidän täytyisi enemmän Suomea harjoittaa, niin saisi kansa pöytäkirjatkin omalla kielellään. Mutta nyt ei löydy muuta kuin neljä tuomaria maassamme, jotka osaavat pöytä-kirjat Suomeksi kirjoittaa!»[54]

Asian näin ollen on ehkä ihmeteltävä sitä, miksi Forsman ei heti kohta heittäytynyt juridiikan opintoihin. Syynä lienee ollut se, että sydän veti toisaalle kuin pää. Keväällä 1865 tapaamme hänet Hämeenkyrön pappilasta harjoittamasta lainopin opintoja. Kaarlo Bergbom tiedusteli kohteliaasti, miten luvut edistyvät, ja sai vastaukseksi:

»Minä huomaan haikealla mielellä, että haluni lakitieteeseen on jokseenkin huono. Luulen, että olisin viisaammin tehnyt, jos olisin antautunut historian tutkimiseen ja ruvennut koulun-opettajaksi — sillä aina kun rupeen joihinkin tieteilemisiin, vetää historia minua mahtavasti puoleensa. Mutta näistä asioista ei maksa vaivaa valitusvirsiä veisata.»[55]

Ilmeisesti ratkaisun sanelivat välttämättömyyden pakko ja velvollisuudentunto. Oikeudellista asiantuntemusta todella tarvittiin fennomaanien leirissä. »Kieliasian käsittely lain ja oikeuden kannalta oli etupäässä Jaakko Forsmanin toimena, ja kouluasioista kirjoitti useimmiten Yrjö Koskinen», kertoo Viktor Lounasmaa muistelmissaan.[56] Jo Yrjö Koskisen painokannejutussa 1864 Jaakko Forsman toimi veljensä oikeusavustajana.[57] (Koskista syytettiin siitä, että hän oli epäillyt senaatin toimivan kieliasiassa vastoin keisarin antamaa asetusta.[58]) Forsman ei käyttänyt lakimieskykyjään vain suomenmielisten asian edistämiseen kulttuurin vainioilla, vaan hän — niin kuin myös Lauri Kivekäs alun perin tahollaan[59] — toimi ylipäätään sorretun kansanosan puolesta. Itsellisväestön oikeudesta osallistua papinvaaliin hän taittoi peistä 1871. Tammikuussa 1878 oli lehdessä pikku uutinen: »Toht. J. Forsman on saanut kunnialahjan Wirolahtelaisilta hänen avustaan lahjoitusmaan lunastamisessa.»[60] Jaakko Forsman oli siis toiminut Karjalan talonpoikain oikeusavustajana taikka asianajajana näiden kamppaillessa lahjoitusmaiden lunastamisesta. Fennomaani-lehdet eivät asiaa lainkaan kommentoineet — sen venäläisiä suostutteleva hallituskipeys esti.

Olivatpa sitten kyseessä suomenmieliset sivistyneistön edustajat tai kansan

[54] Jaakko Forsman Yrjö Koskiselle 16. 4. 1858. Yrjö Koskisen kok. VA.
[55] Forsman Bergbomille 19. 3. 1865. SKS.
[56] *Viktor Lounasmaa,* Elämäni taipaleelta. Porvoo 1910, s. 241.
[57] *Närvä* 1973, s. 16.
[58] *Koskimies* 1968, s. 62 ss.
[59] *Ylikangas—Pajuoja* 1987, s. 120.
[60] Närvä 1973, s. 116.

vähäväkiset jäsenet, tärkeää oli kehittää uutta ruotsalaista terminologiaa korvaavaa suomalaista juridista käsitteistöä. Tämän Forsman käsitti päätehtäväkseen eikä hän silloin ajatellut yksin fennomaanista sivistyneistöä vaan ennen kaikkea kansaa. Oikeudenkäyttöä oli uudistettava niin, että jokainen voisi asioida viranomaisissa äidinkielellään. Tavoite vastasi suomenkielisen väestönosan hartaimpia toiveita. Forsman halusi, että kansa pysyisi tässä vaatimuksessaan jatkossakin lujana. Syksyllä 1874 hän kirjoitti Uudessa Suomettaressa:

> »Yliopistoon on asetettu erinäinen opettaja, jonka edessä lain-opilliseen tiedekuntaan kuuluvain ylioppilaiden tulee käydä tutkinto Suomen kielessä ennenkuin pääsevät virkoihin. Jos yleisö aivan vähän vaatii suomenkielisiä protokollia ja niitä sen kautta aivan vähän annetaan, niin on tämäkin opettajan toimi ja vaikutus jokseenkin tyhjäperäinen.»[61]

Lokakuussa 1888 Forsman valitti E. G. Palménille hämmästystään siitä, että lakia tarkistava valiokunta oli kääntänyt tyystin väärin sanat tillräknelig ja otillräknelig. Valiokunta oli päätynyt muotoihin vastuunkykyinen ja vastuunkyvytön. Se ei tyydyttänyt Forsmania. »Niin peräti sopimatonta ja väärää sanaa ei pitäisi millään tavalla tyrkyttää lakiin», hän murisi. Koska ruotsinkielinen ilmaisu piti sisällään ajatuksen, että jokin voidaan lukea tai ei voida lukea jonkin syyksi, »suomalaisessa sanassa täytyy olla sana *syy*, sen osottamiseksi, että on kysymyksenä jonkun *skuld.*» Hänen mielestään suositus sotki yhteen siviili- ja rikosoikeudellisen vastuullisuuden, sillä joku saattoi olla »kriminaalioikeudellisesti *vastuunkykyinen,* vaikka siviilioikeudellisesti vastuunkyvytön». Niinpä Forsman päätyi kannattamaan vanhastaan käytettyä sanaa *syyntakeinen* ja *syyntakeeton,* vaikka se ei hänenkään mielestään ollut häviä suomea. Jolleivat ne kelvanneet Forsman suositti sanoja *»syyhyn mahdollinen»* ja *»syyhyn mahdoton»,* niin »pitkäpiimäisiä kuin ne olivatkin». Muuten hän piti vaarallisena, että nyt »yhdennellätoista tunnilla ruvettiin tuomaan esiin kielellisiä keksintöjä ja mielentekoja.»[62] Yhdestoista tunti tarkoitti viime hetkiä uuden rikoslain säätämiseksi.

Kaikkialla kielitaistelun rintamilla törmättiin lopulta lakiin. Fennomaanien oli tunnettava laki ja siihen perehtyminen lankesi taistelutehtävien sisäisessä jaossa Jaakko Forsmanille. »Virkavallan toimien tarkkailu oli Jaakko Forsmanin 70-luvun lehtikirjoittelun päätehtäviä», kirjoittaa Juhani Närvä opinnäytetyössään ja jatkaa: »Hän pyrki ikään kuin rekisteröimään pienimmätkin virkavallan rikkeet ja laiminlyönnit kieliasetuksen määräyksiä vastaan.»[63] Il-

[61] *Närvä* 1973, s. 114—115.

[62] Jaakko Forsman E. G. Palménille. E. G. Palménin kok. HYK.

[63] *Närvä* 1973, s. 124.

man lain tuntemusta se ei tietenkään käynyt. Forsmanin osalle lankesi laajemmassa työnjaossa kuitenkin tehtävä, joka tuli — ainakin tietyssä katsannossa — merkitsemään oikeudellisesti enemmän kuin päivänkohtainen kiistely sopivista sanonnoista ja väärinkäytöksistä.

* * *

Forsmanin elämäntyön merkittävin anti oli, kuten alussa mainittiin, hänen panoksensa vuoden 1889 rikoslain syntyyn. Siitä seuraavassa hiukan enemmän.

Kun säätyvaltiopäivät eivät puoleen vuosisataan kokoontuneet, kävi voimassaoleva lainsäädäntö monin kohdin vanhentuneeksi. Vuoden 1863 valtiopäivillä annettiin säädyille esitys komitean perustamiseksi rikoslakia valmistelemaan. Toukokuussa 1865 asetettiin komitea, johon tulivat senaattori J. D. Dahl, asessori A. Grotenfelt ja professori K. G. Ehrström, valmistelemaan kyseistä lakiesitystä. Vuonna 1866 säädettiin asetuksella rikoslain osauudistus, mutta vasta vuonna 1875 tuli rikoslain varhaisin kokonaisreformiehdotus painosta. Ehdotus luetaan yleensä taikka lähinnä rikosoikeuden ja oikeushistorian professorin K. G. Ehrströmin aikaansaamaksi.[64] Kuultuaan eri tahoja senaatti päätti 18. 10. 1880 asettaa uuden komitean parantelemaan esitystä. Uuden komitean puheenjohtajaksi tuli senaattori Dahl ja jäseniksi hovioikeudenneuvos R. Idestam, asessori K. W. Sulin sekä professori Jaakko Forsman. Forsman kohosi alun alkaen komitean vaikutusvaltaisimmaksi jäseneksi. Kun vuonna 1884 saatiin esitys painosta, voitiin ensimmäiseksi havaita, että se oli kolmanneksen lyhyempi kuin edeltäjänsä.[65]

Senaatti teki komitean ehdotuksen mukaisen esityksen säädyille 1885. Ehdotusta ei ehditty silloin kokonaan käsitellä ja asia siirtyi seuraaville eli vuoden 1888 valtiopäiville. Säädyt tekivät siihen muutamia vähäisiä muutoksia. Joulukuun 19. päivänä 1889 hyväksyttiin uusi rikoslaki Suomen suuriruhtinaskuntaan. Sen piti astuman voimaan 1. 1. 1891.

Vasta silloin Venäjän kaksoiskotka havaitsi sillan Suomen ja emämaan välillä olevan vaarassa kokonaan katketa. Pietari kävi Suomen rikoslain sisältöä vastaan juridisin ja valtio-oikeudellisin argumentein. Lähtökohtana oli se, että Venäjällä oli asetettu vuosia sitten komitea valmistelemaan keisarikuntaan uutta rikoslakia. Eräs sen jäsenistä, professori N. S. Taganzeff — hän oli vuodesta 1883 lähtien ollut kirjeenvaihdossa Jaakko Forsmanin kanssa koskien juuri Ve-

[64] *Raimo Lahti,* Suomen rikosoikeudellisen seuraamusjärjestelmän kehitysvaiheista. Rikos- ja prosessioikeuden julkaisusarja A: 3. Turun yliopiston julkisoikeuden laitos. Turku 1977, s. 6.

[65] *Donner* 1904, s. 35—36.

näjän tekeillä olevaa rikoslakia — kiinnitti huomiota Suomessa säätyjen jo hyväksymään lakiin. Tästä alkoi prosessi, jossa Suomen rikoslaki sovittiin niihin käsityksiin, joita Venäjän hallituspiirit edustivat Suomen valtio-oikeudellisesta asemasta.[66] Suomessa ryhdyttiin Taganzeffin vastaiseen taisteluun, johon myös Jaakko Forsman osallistui.[67] Nämä vastatoimet eivät tuottaneet sanottavaa tulosta. Lain voimaantulo lykkääntyi, mistä oli seurauksena, että muutamat tuomarit pitivät hallituksen menettelyä laittomana ja noudattivat tuomioissaan uutta lakia. Se johti syytetoimiin ja sakotuksiin.[68] Forsmanin mielestä — tuomitut ottivat häneen yhteyttä — langettavia tuomioita ei olisi pitänyt antaa olkoonkin, ettei yksityisellä tuomarilla olisi oikeutta arvostella lakien pätevyyttä.[69] Venäläisen käsittelyn jäljiltä laadittiin uusi esitys, joka jaettiin 1891 Suomen säädyille. Esitys sisälsi muutoksia koskien rikoslain ulottuvuutta ja tiettyjen valtiorikosten tunnusmerkkejä sekä eräitä sanamuotoja. Lakivaliokunnan mietinnön perusteella säädyt hyväksyivät suurimman osan muutoksista. Laki muutoksineen astui manifestin kautta voimaan 14. 4. 1894.[70]

Millainen laista sitten tuli? Tuohon kysymykseen ei käsillä olevassa suppeassa artikkelissa voida vastata. Jotta asia tulisi kuitenkin valaistuksi edes joltakin kulmalta, tarkasteltakoon seuraavassa hiukkasen kysymystä, miten Jaakko Forsman itse koki työnsä lainuudistuksen parissa. Se seikka, ettei tähänkään kysymykseen pyritä vastaamaan tyhjentävästi, on sanomattakin selvää.

Oleskellessaan Saksan-matkallaan vuosina 1878—1879 Dresdenissä Forsman kuunteli luentoja paikallisessa yliopistossa ja oikeudenistuntoja kaupungin tuomioistuimissa. Eräänä päivänä hänen silmiinsä osui lehtikirjoitus, jossa pilkalliseen sävyyn kuvattiin Suomessa sovellettuja mielettömän ankaria rangaistuksia. Hän yritti oikaista väitettä, mutta lehti ei julkaissut oikaisua. Sittemmin sama toimittaja tutustui Forsmaniin ja teki hänestä myönteisen jutun samaiseen lehteen. Forsman kirjoitti veljelleen:

> »Ei ole minulla tapana ulkomailla soimata omaa maatani, mutta en myöskään mene semmoisia juttuja laskemaan, että muka varkaus Suomessa olisi harvinainen.

---

[66] *Donner* 1904, s. 37—38.

[67] Taganzeffin julkaistua kesällä 1890 muistionsa Johan Philip Palmén kutsui mm. Forsmanin luokseen konsultaatioon tarkoituksella pohtia, mitä asiassa tehtäisiin. Forsman tuli paikalle mukanaan saksankielinen käännös Venäjän rikoslakiehdotuksesta ja sen motiiveista. F. J. Ph. Palménille 29. 3. 1891. J. Ph. Palménin kok. HYK.

[68] Em. Berner Jaakko Forsmanille 19. 5. 1891. SKS. Jaakko Forsmanin saamia kirjeitä.

[69] Emanuel Berner Jaakko Forsmanille 23. 11. 1891. SKS. Jaakko Forsmanin saamia kirjeitä.

[70] *Donner* 1904, s. 38.

Herra paratkoon! on se se rikos, joka meillä niinkuin kaikkialla, missä alhaisen kansan köyhyys on suuri, on yleinen.»[71]

Tämä sosiologisen koulun suuntaan käyvä huomautus tuntuisi ainakin ensi katsannolla horjuttavan väitteitä, joiden mukaan Forsmanille rangaistus oli ennen muuta rikoksen oikeudenmukainen sovitus ja että Kantin sekä Hegelin edustama absoluuttinen rikosteoria olisi ollut hänen keskeisin johtotähtensä.[72] Se ei näytä myöskään sopivan kovin hyvin yhteen sen tiedon kanssa, että vuoden 1889 rikoslaki edustaa ankarampaa linjaa kuin sitä edeltänyt vuoden 1875 ehdotus, joka oli Ehrströmin käsialaa.[73] Joutuu kysymään, oliko muutos fennomaanien asemassa vuonna 1882 niin merkitsevä, että se heilautti Forsmanin liberalismista konservatismiin myös rikosoikeudessa?

Näin todella uskoisi asianlaidan olleen, kun perehtyy Forsmanin vuonna 1883 ulosantamaan rangaistuksen tarkoitusta käsittelevään pikku kirjaseen.[74] Sen alussa Forsman viittaa monin tavoin tekijöihin, jotka aiheuttivat levottomuutta, häiriötä tai jopa törkeitä rikoksia yhteiskunnassa. Nihilismi ja sosialismi uhkasivat paitsi kulttuuria ja yhteiskuntaa myös niiden syvimpiä perusteita: siveyttä ja uskontoa. Seurauksena oli mitä »viheliäisimpiä ja kamalimpia tekoja», ruhtinasmurhat niistä tavallisimpina. Jopa konservatiivisiakin aineksia syövyttävä liberalismin myrkky oli »kaikki vanhat siteet höllittänyt ja irroittanut». Maltillinen konservatismi taisteli näitä turmion merkkejä ja enteitä vastaan pyrkimällä lujittamaan »kirkon valtaa ja voimaa» ja haluamalla supistaa vallitsevaa taloudellista, yhteiskunnallista ja valtiollista vapautta.[75]

Näissä oloissa ei ollut ihme, että väitettiin rikollisuuden lisääntyneen ja rikoslakien olevan »liian lievät ja höllät». Rangaistukset oli »väärän ja narrimaisen filantropian ja humaniteetin vaikutuksesta» saatu hyödyttämään enemmän pahantekijöitä kuin oikeutta ja yhteiskuntaa. »Erittäin ovat vapausrangaistukset ja niiden täytäntöön-pano joutunut säälimättömän kritiikin alaisiksi», Forsman kuvailee.[76]

Tämänlaatuisen johdannon perusteella otaksuisi, että Forsman lanseeraisi oman ankaran linjansa. Näin ei tapahtunut. Forsman keskittyikin kumoamaan kovempia rangaistuksia kannattavien argumentteja. Ensin hän torjui vaatimuk-

[71] Forsman Yrjö Koskiselle 19. 9. 1979. Yrjö Koskisen kok. VA.

[72] Vrt. Valvoja 1899, s. 556 ja *Klami* 1977, s. 98—102.

[73] *Lahti* 1977, s. 5.

[74] *Jaakko Forsman,* Nykyajan erisuuntaiset käsitykset rangaistuksen tarkoituksesta. Helsinki 1883.

[75] *Forsman* 1883, s. 1—2.

[76] *Forsman* 1883, s. 2—3.

set kuolemanrangaistuksen käytön lisäämisestä vedoten kehitykseen »sivistyskansain» keskuudessa. »Ei saata muuta sanoa kuin että mitä kuoleman-rangaistukseen tulee on kuljettu viime vuosina yhä edelleen samaa suuntaa kuin ennenkin, vaikka yksi ja toinen reaktionäärinen ilmaus on tullutkin näkyville.» Toisin sanoen Forsman kehoitti jatkamaan vakiintuneella tiellä.[77]

Seuraavana Forsman kävi vastustamaan niitä, jotka kritikoivat vapausrangaistuksia. Suunnan pääauktoriteettinä hän piti saksalaista Mittelstädtiä, joka »katsoo vapausrangaistuksen itsessään luonnottomaksi» ja vaati palaamista kovaan pakkotyöhön sekä ruumiin- ja häpeärangaistuksiin kuolemanrangaistus edellisiin luettuina. Forsmanin mukaan »myös meillä vahva opioni-virta käy samaan suuntaan». Forsman itse ei ollut siinä mukana. Hänen mielestään »vanha pelotusteoria ... Euroopan kulttuurimaissa nykyisen vuosisadan ensimmäisinä vuosikymmeninä juuri *käytännössä* huomattiin ja tunnustettiin kelvottomaksi». Ankarat rangaistukset eivät siis kyenneet estämään rikollisuutta. Ääriryhmän puheissa oli totta vain se, että rikollisuus oli viime vuosina kautta Euroopan tilastollisesti mitaten lisääntynyt »karvoja pöyristyttävällä» tavalla. Kuitenkin tiedot Suomesta olivat tässä suhteessa »johonkin määrään lohduttavia». Rikosten ankaroittamisella ei tätä kuitenkaan voitu estää, koska

> »jossakin maassa vallitseva rankaisu-systeemi on verrattain vähä-arvoinen vaikutin rikollisuuden ylenemiseen tai alenemiseen. Tämä näet, enemmän riippuu taloudellisista, yhteiskunnallisista ja valtiollisista seikoista ja etenkin yleissiveellisistä ja uskonnollisista oloista.»[78]

Sen jälkeen Forsman tuli varsinaiseen pääasiaan.

> »Mutta jos lienee selvää, että rikollisuuden yleneminen ja aleneminen riippuu muista seikoista kuin rankaisusysteemistä, seurannee siitä että tavoitellaan pilventakaisia, kun ruvetaan muodostamaan rangaistusta jonkun rangaistuksen ulkopuolella olevan tarkoituksen mukaan, olkoon se rangaistus sitten parannus tai pelotus tai joku muu ulkonainen hyvä. Rangaistus on lainmukainen seuraus jostakin oikeutta loukkaavasta toiminnasta, ja sen ainoa tarkoitus on lannistaa epä-oikeus eli vääryys.»[79]

Forsman ei kursaillut näin ymmärretyn rangaistuksen kutsumista kostamiseksi. Koston tarkoituksena on kuitenkin — ei yksityisen kostonhimon tyydyttäminen vaan — oikeuden puolustaminen ja vahvistaminen. Tämän varsinaisen tehtävänsä kautta ja sen täyttämisen jäljestä sillä on ja voi olla muita tarkoituksia (= pelotus ja parantaminen). Tällaisena rangaistusjärjestelmä oli ja

[77] *Forsman* 1883, s. 3—16.
[78] *Forsman* 1883, s. 25.
[79] *Forsman* 1883, s. 26.

on kunkin ajan ja kunkin maan historian ja kulttuurin peili ja niiden tuote.

Rangaistuksen päätarkoitukseksi parannus ei kelvannut Jaakko Forsmanin katsannossa senkään vuoksi, että vankilat ja yksinäissellit eivät olleet sylkeneet ulos uumenistaan parantuneita entisiä rikollisia. Uusintarikollisuus osoitti sen kyllin selvästi. Mutta jos rangaistussysteemi ei vaikuttanut rikollisuuteen, vaan ihminen taipuu lainvastaiseen tekoon valtiollisista, yhteiskunnallisista ja muista vastaavista syistä, silloin on lähellä antropologisen koulun perusajatus, jonka mukaan

> »rikollisuus... syntyy luonnollisten kausaliteetti-lakien vaikutuksesta ja perustuu useimmiten orgaanillisiin tai fyysisiin ja psyykillisiin syihin... Siveellistä vastuunalaisuutta sentähden ei ole olemassa, vaan rikos on välttämätön luonnon-ilmaus, jota vastaan yhteiskunnan täytyy sopivilla keinoilla itsensä varjella.»[80]

Tietyssä katsannossa sosiologinen rikoskäsitys, jota Forsman ei puheena olevassa kirjasessaan tarkastele, päätyy samaan, joskin siinä orgaanisten, fyysisten ja psyykkisten tekijäin tilalla ovat yhteiskunnalliset olot, perhesuhteet, kasvuympäristö jne. Näistä ajatuksista, siis tietynlaisesta determinismistä, Forsman sanoutui jyrkästi ja voi miltei sanoa kauhistuneena irti ilmoittamatta silti — toisin kuin kaikissa muissa kohdin — mitään perustetta siihen, miksi hän niin teki. Hän totesi vain »jokaisen huomaavan», että determinismi eri muodoissaan »julistaa suoraa perikatoa» oikeustieteelle. Ja enemmänkin, se julistaa

> »sotaa ei ainoastaan kriminaalitiedettä, vaan myöskin siveellistä maailmanjärjestystä vastaan. Ilman todistuksetta lienee selvää, että jos ihmisen siveellinen syyntakeisuus lakkaa olemasta, niin lakkaa samalla eroitus hyvän ja pahan välillä, kumminkin niiden siveellisessä merkityksessä.[81]

Näin Forsman »ilman todistuksetta» palaa — niin hän palaa näiltä osin yksinkertaisesti sovinnaisille linjoille. Samalla paljastuu se, miksi hän ylipäätään kirjoitti sanotun pikku kirjasen. Kyseessä ei suinkaan ollut pelkkä tieteellisen uteliaisuuden sävyttämä vertaileva tutkimus rangaistusjärjestelmistä, niiden vaikutuksista ja niiden tieteellisistä ja muun tason arvioinneista eri maissa. Kovin heiveröiselle perustalle jää myös väite, että Forsman olisi nähnyt ongelmakseen »erilaisten tieteenkäsitysten ristiriidan» ratkaisemisen puoleen taikka toiseen. Niin suuri idealisti Forsman ei ollut.[82] Forsmanin kaltaiselle poliitikolle ja päävastuulliselle lainuudistajalle sellainen oli silloisessa tilanteessa mah-

[80] *Forsman* 1883, s. 37.

[81] *Forsman* 1883, s. 41.

[82] Vrt. *Eero Backman,* Rikoslaki ja yhteiskunta I. Suomalaisen lakimiesyhdistyksen julkaisuja A: 115. Vammala 1976, s. 153 ss.

dotonta. Koko teoksen tavoitteena on loppujen lopuksi pohjustaa valmisteilla olevan ehdotuksen — »uusi rikoslain-ehdotus v:lta 1881» nimenomaisesti mainitaankin (s. 5) — tuloa julkisuuteen. Hän halusi kutoa lain ylle kompromissin suojaverhon. Se seikka, että Forsman uhrasi huomattavasti enemmän ruutia oikealta tulevaa kritiikkiä eli kovennusvaatimuksia vastaan, osoittaa vain, miten hän arvioi julkisuuden ehdotukseen suhtautuvan. Siitä voidaan myös välillisesti päätellä, että hän itse oli lievemmällä kannalla kuin oli oikeisto. Hänen kritiikkinsä parannus- ja pelotusperiaatetta kohtaan oli ennen muuta taktiikkaa. Sen taktiikan päätarkoituksena oli luoda mielikuva, että ehdotus kulkee keskitietä ja rakentaa koetulle kansalliselle pohjalle. Sanottu taktiikka ei osoittautunut aivan ongelmattomaksi. Poliitikko Forsmanissa ensin valpastui, sitten kauhistui, kun analyysi oli johtamassa — rangaistuksen pelotus- ja parannustarkoituksen tehokkuuden kieltämisen kautta — täysin tarkoituksettomiin rangaistuksiin ja deterministisiin selityksiin rikollisuuden syistä. Koska tieteelliset argumentit oli jo käytetty, ei jäljelle jäänyt muuta keinoa kuin murtautua ulos umpikujasta »ilman todistuksetta» perusteluilla tyyppiä »jokainen tietää». Tiedemies joutuu väistymään poliitikon tieltä.

Heti seuraavana vuonna (1884) ilmestyi sitten uusi kirjanen, joka otsikkoa myöten ilmaisi todellisen tavoitteensa. Se näet kuului: »Sananen tekeillä olevasta Rikoslaista, etenkin rangaistuksen punnitsemiseen nähden.» Lisäys tarkoitti tuomarin harkintaa rangaistusasteikon eli laissa ilmoitettujen enimmäis- ja vähimmäisrajojen (latitudijärjestelmän) puitteissa. Kirjanen on rakennettu siten, että siinä verrataan K. G. Ehrströmin dominoimaa vuoden 1875 ehdotusta Forsmanin dominoimaan vuoden 1884 ehdotukseen. Menetelmä implikoi jo, että ehdotusten välillä on eroja, mutta olennaista on, että Forsman näki ehdotukset *pääosin* identtisiksi. Hän ilmaisikin puolustavansa jo edellisessä eli vuoden 1875 ehdotuksessa omaksuttua kantaa. Forsman myönsi, että muutamia muutoksia oli tehty. Näin oli laita esimerkiksi siinä suhteessa, että tuomarin harkintaa rangaistuksen määräämisessä oli kavennettu. Huomattava on kuitenkin, että Forsman perusteli nämä muutokset säätyjen, senaatin tai erilaisten pyydettyjen lausunnonantajien tai vain lehdistön, symposiumien, virkamiesten jne. vaatimuksilla ja kannanotoilla. Hän ei käyttänyt omia näkemyksiään tai tieteellisiä argumentteja perusteluina. Forsman tiivistää:

> »Sen johdosta mitä nyt puheen-alaisessa asiassa on keskusteltu ja lausuttu, ei voitane kummaksi katsoa, jos 1884 vuoden rikoslain-ehdotuksessa latitudit yleensä ovat ahtaammat kuin sen edelläkävijässä, ja jos yleensä edellisessä on koettu enemmän rajoittaa tuomarin valtaa. ... Niinikään on rajaton rangaistuksen-helpoitus (= tuomitsematta jättäminen), joka niin useissa tapauksissa myönnetään 1875 vuo-

den ehdotuksessa ja joka antaa tuomarin käsiin hyvin laajan vallan, suljettu pois 1884 vuoden ehdotuksesta.»[83]

Huolimatta erityisesti viimeksi mainitusta muutoksesta Forsman ei silti halunnut antaa sitä kuvaa, että uudessa ehdotuksessa olisi lähdetty tiukemmille linjoille. Ainoa, mitä hän tähdensi, oli systemaattinen pyrkimys vähentää tuomarin harkintaa siitä, mihin se oli mitoitettu Ehrströmin ehdotuksessa. Näin oli tehty erilaisten aikaisemman ehdotuksen synnyttämien reaktioiden vaikutuksesta. Ehkäistäkseen toisensuuntaiset tulkinnat Forsman kolmeen, oikeastaan neljään eri kertaan ehdotusten eroja selvittäessään nimenomaan korostaa: »Ei ole siis asia niin ymmärrettävä, että 1884 vuoden ehdotus nyt puheenalaisessa kohden olisi poikennut edeltävänsä kannasta.»[84]

Kokoavasti voitaneen sanoa, että Jaakko Forsman näytti kokevan työnsä *ensi sijassa* Ehrströmin työn jatkamiseksi. Hän näki *pääasiaksi* kaikin mahdollisin argumentein aina tieteisoppia ja kansainvälistä vertailua myöten tuetun taistelun kovennusvaatimuksia vastaan. Hän ei ollut suinkaan immuuni sille paineelle, joka 1870-luvun lopulla ylipäätään ja erityisesti elinkeinovapauden (1879) toteuttamisen jälkeen ilmeni kautta yhteiskunnan ja joka tähtäsi uudistuspolitiikan jarruttamiseen tai peräti lopettamiseen.[85] Hän antoi ymmärtää ja ilmeisesti jossakin määrin toimikin niin, että lopputuloksena oli kompromissi ristiinkäyvien vaatimusten kesken.[86] Tähdennettävä kuitenkin on, että myönnytykset tälle paineelle olivat vuoden 1889 laissa sittenkin vähäisiä, päälinjaa ne eivät koskettaneet.[87]

---

[83] *Jaakko Forsman,* Sananen tekeillä olevasta Rikoslaista, etenkin rangaistuksen punnitsemiseen nähden. Helsinki 1884, s. 16. — Jo aiemmin valtiopäivillä Forsman oli puolustanut latitudijärjestelmää. Vrt. Prestetåndets protokoll vid landtdagen i Helsingfors år 1882. Andra delen. Helsingfors 1905, s. 986—987.

[84] *Forsman* 1884, s. 33 ja 34, 35, 37.

[85] Kts. *Jukka Kekkonen,* Merkantilismista liberalismiin. Suomalaisen lakimiesyhdistyksen julkaisuja, A-sarja, N:o 172. Vammala 1987, s. 292—294; *Markku Tyynilä,* Lainvalmistelukunta 1884—1894. Suomalaisen lakimiesyhdistyksen julkaisuja A: 166. Vammala 1984, s. 111 s.

[86] Tämä asenne leimasi hänen käyttäytymistään myös valtiopäivillä, joilla rikoslakiehdotus käsiteltiin. Hän totesi mm.: »Täällä on puhuttu ruumiinrankaistuksesta ja useat ovat sitä puolustaneet. Minä en suosi ruumiinrankaistusta, mutta en mene niin pitkälle hienotunteisuudessa, etten katsoisi semmoisen kurituksen joskus lapselle olevan paikallansa, varsinkin kun on puhe semmoisista lapsista, jotka ovat lähteneet peräti turmeltuneista kodeista. Ne eivät suinkaan paljon huoli tuosta varoituksesta. Semmoisille, kun niitä ei voida panna kasvatuslaitoksiin, on ruumiillinen kuritus aivan paikallaan...» Suomen pappissäädyn pöytäkirjat valtiopäiviltä v. 1888. Toinen vihko, Helsingissä 1890, s. 1269—1270.

[87] Vrt. Jaakko Forsmanin lausuntoa vankeinhoitoyhdistysten toiminnasta vuoden 1885

Jos ja kun politiikka ja se, miten fennomaanit sijoittuivat ajan sisäpoliittisessa valtakuviossa, vaikuttivat Jaakko Forsmanin käyttäytymiseen lainlaatijana, jää kysymään, mikä sitten oli hänen henkilökohtainen, poliittisesta orientaatiosta vapaa kantansa rikoslain keskeisimpiin ratkaisuihin. Ensinnäkin on epäiltävää, voiko tällaista erottelua ylipäätään tehdä. Vaikka se olisi teoriassa mahdollistakin, jää silti avoimeksi, millä tieteellisellä menetelmällä se saataisiin esille. Jotakin kuitenkin kertoo se kannanotto, jonka Jaakko Forsman ilmaisi vuonna 1877 tarkastellessaan perusteellisessa arvioinnissaan vuoden 1875 rikoslakiehdotusta.[88]

Huomattakoon, että Forsman ei tässä lausunnossaan edusta kantaa, jonka mukaan rangaistuksia olisi kovennettava. Kun laskee yhteen hänen sinänsä harvahkot puuttumisensa rangaistusten lisäämiseen tai vähentämiseen, päätyy mieluimmin siihen, että hän on pikemminkin lievän huojentamisen kuin koventamisen kannalla. (Hän haluaa mm. korottaa rikosoikeudellista syyntakeisuusikärajaa, alentaa maanpetoksesta säädettyjä rangaistuksia erinäisissä tapauksissa, dekriminalisoida salavuoteuden ja säätää latituudin murhasta tuomittavalle kuritushuoneelle.) Hän kyllä pitää jo tuolloin aiheellisena kaventaa latituudien väljyyttä, mutta se tarkoittaa enemmän tuomareitten harkintavallan vähentämistä kuin mitään muuta. Pelkästään lakiteknillisesti lienee vaikeaa toteuttaa asteikkoa, jossa sakkomäärä vaihtelee 1—1.000 markan välillä. Se käy myös esille, ettei hän suosi »äkkimuutoksia» suuntaan taikka toiseen. Käsitellessään virastaerottamisen seuraamuksia Forsman puolustaa jyrkästi parannusperiaatetta, jonka hän katsoo olevan koko ehdotuksen »läpi-käyvänä periaatteena». Muuten hän ei kommentoi rangaistuksen tarkoitusta. Ylipäätään hän on tiukasti pääkysymyksissä ehdotuksen kannalla ja ylistää mm. sitä, että se on supistanut kuolemanrangaistuksen käyttelyn minimiin.

Kun vertaa Forsmanin tätä kannanottoa hänen kannanottoihinsa 1880-luvulla, voi kyllä havaita asenteen hienoista jyrkentymistä. Käytännössä oli kai kysymys siitä, että hän taipui antamaan periksi paineille, jotka tällä välin olivat melkoisesti kasvaneet. Luultavasti kuitenkin käsitykset siitä, että Fors-

valtiopäivillä. »Näitten vankeusyhdistysten tarkoitus on kuitenkin yli koko maailman tunnustettu ylen tärkeäksi. On luonnollista, että ne ovat ikäänkuin komplementtia itse vapausrangaistukselle. Sanottakoon nyt rankaistuksen tarkoituksesta mitä tahansa, olkoon se parannus tai mikä muu hyvänsä, niin on aivan selvä asia, että yhteiskunnan turvallisuus välttämättömästi vaatii että myöskin ne, jotka lasketaan ulos vankilaitoksesta, saavat tilaisuuden rehellisesti ansaita leipänsä...» Lausuntoa on vaikea sen verhotusta muodosta huolimatta tulkita muuksi kuin parannusperiaatteen sisäistetyksi kannattamiseksi. Suomen pappissäädyn pöytäkirjat valtiopäiviltä v. 1885. Ensimmäinen vihko. Helsingissä 1885, s. 566.

[88] *Forsmanin* lausunto on julkaistu kahtena osana JFT:n vuoden 1877 liitteessä.

man olisi ollut tiukan rangaistusjärjestelmän kannattaja, perustuvat paljolti hänen kannanottoihinsa uuden lain valtiopäiväkäsittelyssä. Useissa puheenvuoroissaan hän korosti, että ehdotuksen kanta oli ankarampi kuin voimassa olevan lain jne. Tämä linja oli kuitenkin taktinen ja seurausta siitä, että Forsmanin oli puolustettava ehdotusta pappissäädyssä näyttäytyviä jyrkkiä kovennusvaatimuksia vastaan.[89]

Jaakko Forsmanilla oli myös huomattava osuus vuoden 1889 rikoslain suomenkielisen version muotoutumiseen. Akseli Lilius kirjoitti 20. 4. 1884:

> »Lehtori Almberg ilmoitti minulle, että Te, Herra Professori, olette hänelle lausunut tahtonne päästä näkemään suomennokseni uudesta rikoslakiehdotuksesta. Minä olen Teille siitä suuresti kiitollinen, varsinkin kun tunnen tehtäväni niin tarkkaluontoiseksi, etten ole voinut siinä erehdyksiä välttää. Lähetän tässä käännöksen 27 lukuun saakka. Käsikirjoituksen lukeminen käynee Teille monessa kohden työlääksi siinä tehtyjen runsasten korjausten takia, mutta se puhtaaksikirjoittaminen olisi vienyt minulta niin paljon aikaa tahi niin suuria kustannuksia, ettei mieleni tehnyt siihen ryhtyä...
>
> Kun tulevan kuun alkupuolella tulen käymään Helsingissä, saanen Teiltä neuvoja niistä oikaisuista mitä vielä olisi käännöksessä tehtävä, ennenkuin käsikirjoituksen sopii antaa kirjapainoon...»[90]

6. Aikalaisten ja jälkimaailman arvioissa

Ihmisestä jää jälkimaailmalle kahdenlaisia arvioita: niitä, joissa kuvataan hänen olemustaan virallisissa yhteyksissä, ja niitä, joissa kosketellaan hänen yksityistä elämäänsä. Todellisuudessa nämä kaksi sfääriä tuskin ovat tyystin riippumattomia toisistaan.

Forsman kuvataan tavallisesti ehdottoman tasapuoliseksi, objektiiviseksi, »tyyniluontoiseksi», rauhalliseksi ja tasaiseksi mieheksi. Tuo tasaisuus ja rauhallisuus leimasivat kuitenkin enemmän hänen virallisia, ei niinkään puhtaasti henkilökohtaisia suhteitaan. Yksityiselämässään hän oli osin ujo ja pidättyväinen. Naisseuraa hän mieluimmin karttoi kuin haki.[91] Kirjeessään Kaarlo Bergbomille vuonna 1863 tuolloin 24-vuotias Forsman puhui haikaillen tuntemattomasta kaunottaresta, jonka hän aikoja sitten oli nähnyt höyrylaiva Ilmattarella mutta jota hän ei ujouttaan uskaltanut lähestyä.[92] Rafael Koskimies

[89] Vrt. Suomen pappissäädyn pöytäkirjat valtiopäiviltä v. 1888. Toinen vihko. Helsingissä 1890, s. 1256 ss.

[90] SKS. Jaakko Forsmanin saamia kirjeitä.

[91] *Koskimies* 1951, s. 45.

[92] Forsmanin saamia kirjeitä. SKS.

mainitsee hänen aikoinaan »ihailleen ja haaveksineen» Augusta Bergbomista, Kaarlo Bergbomin sisaresta. Ilmeisesti ihailu ja haaveksunta eivät koskaan pukeutuneet sanoiksi ja teoiksi, minkä johdosta Augustan korjasi toinen mies.[93] Jaakko Forsman eli elämänsä poikamiehenä. On sanottu niinkin, että »Jaakko Forsmanin esiintymisessä ei ollut mitään erityisen loistavaa».[94] Tämä persoonallinen värittömyys luettiin joskus juhlavissakin yhteyksissä suorastaan hänen pieneksi puutteekseen. J. R. Danielsson, ystävä mutta samalla hiukan kilpailija, kirjoittaa:

> »Emme luule tekevämme hänen muistolleen vääryyttä, kun sanomme, että häneltä puuttui jotakin, jota ihmisjoukkojen johtajat, täysin menestyäkseen, useimmiten tarvitsevat. Kaipasimme hänessä toisinaan... olkoon tämä sana meille sallittu... vallanhimoa. Mikä sai hänet johtajana astumaan puolueitten otteluun oli aina enemmän velvollisuudentunne kuin sisällinen, pakottava vietti kanssaihmisten toiminnan ohjaamiseen. Se levollinen tyyneys ja tyytyväisyys, joka yksityiselämässä teki Forsmanin niin miellyttäväksi ja julkisessakin elämässä tuotti hänelle niin paljon voimaa, vaikutti toisaalta heikontavasti. Rajumpana, kolerisempana luonteena hän varmasti suuremmassa määrin olisi ollut intsiativin, — puoluetta innostavan ja työhön terästävän alkuunpanon — mies.»[95]

Forsmanin persoonassa oli ilmeisesti niukanlaisesti dramatiikkaa, hänen elämäänsä sitä liikeni enemmän olkoonkin, että se tiivistyi yhteen pieneen hetkeen. Marraskuun 28 päivänä 1889 Forsman lähti asunnostaan Vuorikatu 22:sta vähän ennen klo 13:ta mennäkseen luennoimaan yliopistolle. Tullessaan Hallituskadulle hän tapasi vanhan ystävänsä maisteri Waldemar Churbergin. Churberg heitti pois sateenvarjon, otti hansikkaat sormistaan, tempasi revolverin ja tyhjensi sen Forsmania kohti. Kaksi luotia osui ja Forsman lyyhistyi kadulle. Churberg pidätettiin välittömästi. Forsman vietiin Kirurgiseen sairaalaan, jossa voitiin todeta, ettei välitöntä hengenvaaraa ollut.

Churberg oli eronnut suomalaisesta puolueesta ja tuomitsi jyrkästi Yrjö Koskisen johtolinjan. Forsmania hän syytti mm. itseensä kohdistuvasta panettelusta ei vain Suomessa vaan myös ulkomailla. Churbergin kohdalla oli käynyt niin kuin elämässä aika usein käy, että kiihkeä ihailu oli muuttunut sakeaksi ja tässä tapauksessa myös sairaalloiseksi vihaksi.

Oikeudenkäynnistä muodostui Jaakko Forsmanille erittäin kiusallinen, kun Forsmanin piti siinä torjua mm. väite, että hän olisi aiheuttanut Churbergin avioliiton rikkoutumisen — tosin vain naisemansipatorisilla mielipiteillään (joi-

[93] *Koskimies* 1968, s. 119.
[94] Valvoja 1899, s. 553.
[95] Valvoja 1899, s. 555.

ta Forsman ei omien sanojensa mukaan edes erityisemmin kannattanut). Waldemar Churberg passitettiin Forsmanin ehdotusta seuraten mielisairaalaan.[96]

Forsmanin persoonan värittömyyttä ei pidä liiaksi korostaa. On hänestä sitä paitsi tallella hieman toisenlaisiakin tietoja. Usein huomautetaan hänen joviaalista huumorintajustaan ja Koskimiehen mielestä hän oli »suoraluonteinen pohjalainen», joka puhui suunsa puhtaaksi.[97] Rafael Koskimies tietää hänestä muutakin. »Hänet hyvin tunteneet aikalaiset kertovat hänen olleen luonteeltaan rakastettavampi, herttaisempi ja sovittelevampi kuin suuri veljensä.»[98] Koskimies jatkaa sukulaisestaan:

> »Hän pysyi uskollisena poikamiessäädyssään ja viihtyi hyvin 'ulkona'. Historialliset Kleineh'n ja Kämpin hotellit olivat hänen suosimiaan illanistujaispaikkoja, niinkuin hän toisaalta vietti monet tunnit Uuden Suomettaren toimituksessa ja Suomalaisessa klubissa.»[99]

Koskimiehen luonnehdinnat ovat kovin myöhäiseltä ajalta. Niitä kuitenkin ainakin näennäisesti tukevat kymmenet ja jopa sadat Forsmanin jäljiltä eri kokoelmissa säilyneet kirjelappuset, joissa milloin mikin kokous ilmoitetaan pidettäväksi siinä ja siinä ravintolassa. Anders Kihlmania Forsman opasti viestilappusessa 25. 1. 1885:

> »Sammanträden i dag aftonen kl. 1/2 8 i Finska klubben / rummet till höger om tamburen / i frågan ang. om petitionen om styrelsens ansvarighet. Saml.rummets dörr en lapp med påskrift: suljettu seura.»[100]

Aivan suotta ei Rafael Koskimies kutsu Forsmania »ravintolapöydän tohtori Johnsoniksi».[101] Mutta vielä jotakin elävämpää kiinnostusta elämän intiimimpään puoleen Forsmanissa löytyi. Gustaf Valfrid Vasenius sai 31. 10. 1884 seuraavanlaisen viestin:

> »Veikkonen,
> Olen kuullut että Sinulla on hallussasi Strinbergin kuuluisa kirja »Giftas». Kun minun tekisi hyvin mieli saada tietää, mitä jo Ruotsissakin katsotaan liian paksuksi yleisön nautittavaksi levittää, olisin hyvin halukas saamaan tuon kirjan vähäksi aikaa lainaksi.
> Ei tarvitse Sinun laskea sitä omalletunnollesi että näin levität kiellettyä tavaraa,

---

[96] *Koskimies* 1951, s. 31 ss.
[97] *Serlachius* 1910, s. 369.
[98] *Koskimies* 1951, s. 23.
[99] *Koskimies* 1951, s. 24.
[100] A. Kihlmanin kok. HYK.
[101] *Rafael Koskimies,* Nuijamieheksi luotu. Yrjö Koskisen elämä ja toiminta vuosina 1860—1882. Keuruu 1868, s. 33.

koska yliopiston opettajilla, niinkuin hyvin tiedät, on oikeus lukea, sensuurista huolimatta, kaikki mitä kirjapaino jaksaa tuoda esiin maailmaan.

Jos olet tilaisuudessa täyttämään pyyntöni, anna kirja sanansaattajalle.

Ystävällisesti
Jaakko Forsman»[102]

Silti on syytä panna merkille Jaakko Forsmanin nuoruudenaikaiset kirjeet ystävälleen Kaarlo Bergbomille. Ne heijastelevat persoonaa, joka tunsi olonsa lievän kiusaantuneeksi riehakkaissa ylioppilasjuhlissa ja joka sen vuoksi jäi niiltä mielellään pois. Maaliskuussa 1864 hän kertoi juhlista, jotka

»olivat taas ilkeintä lajia. Ne olivat hyvin paljon sukua noille filosofian pidoille, joista olen sulle kirjoittanut... Tätä kaikkea en kuullut, sillä menin tieheni jo hyvään aikaan, melkein heti kohta Topeliuksen puheen jälkeen, kun en menestynyt koko seurassa.»[103]

Mikään erityinen tosikko ei Forsman silti ollut. J. W. Calamniusta uhkasi kuulon heikentyminen, mutta Forsman lohdutti:

»Jos kuulee vähän vähemmän paskapuhetta tässä maailmassa, niin siitä ei suinkaan ole aivan suurta vahinkoa... Löytyyhän niitä ulkomailla — kenties Pietarissakin — specialisteja, jotka tekevät tarkkakuuloiseksi semmoisetkin, joilla on korvia tuskin nimeksikään. Siis viipymättä matkalle jonkun semmoisen taiturin luokse.»[104]

* * *

Vuoden 1989 rikoslaki, Forsmanin elämäntyön pääanti nykyajan katsannossa, on saanut osakseen erilaisia arvioita. Allan Serlachius, Forsmanin seuraaja professorinvirassa, luonnehti sitä aikalaisista kaikkein kriittisimmin. »'Uusi rikoslaki', kuten rikoslakiamme tavallisesti nimitämme, ei itse asiassa ole koskaan ollut uusi. Sen tekijä oli vanhoillinen rikosoikeuden alalla, ja tämä vanhoillisuus on painanut leimansa itse lakiinkin.»[105] Laki ei Serlachiuksen mielestä kestänyt vertailua Norjan rikoslain kanssa, joka pantiin alulle samaan aikaan kuin Suomen rikoslakikin. Epäedullisimmin jälkimmäisen vahingoksi vaikutti vertailu näiden lakien perustelujen välillä. Jotakin hyvääkin Serlachius siitä kuitenkin löysi. Vuoden 1889 rikoslain etuna vastaaviin saksalaisiin ja ruotsalaisiin lakeihin nähden oli se, että se »välttää kaikki n.s. doktrinääriset eli tietopuoliset kysymykset, jättäen tulkitsijan asiaksi ratkaista ne kulloinkin vallitsevan katsantotavan mukaan.» Ehrströmin vuonna 1875 laatima

[102] Forsman Vaseniukselle 31. 10. 1884. Vaseniuksen kirjekok. HYK.
[103] Jaakko Forsman Kaarlo Bergbomille 21. 3. 1864. SKS.
[104] Forsman Calamniukselle 26. 10. 1885. SKS.
[105] *Serlachius* 1910, s. 366.

ensimmäinen versio oli ollut liian teoreettinen. Lopputulos sai toisen muodon siksi, että »Jaakko Forsman oli 1734 vuoden lain hengessä kasvanut lakimies, joka ei kirjoittanut lakeja lakimiehiä, vaan kansaa varten».[106]

Jaakko Forsmanin katsotaan saaneen lakitieteellisen kasvatuksensa Hegel-Hälschneriläisessä hengessä, mikä näkyy hänen esikoistyössään »Pakkotilasta Kriminaalioikeudessa» (1874). Se on ensimmäinen suomenkielellä julkaistu tohtorinväitöskirja oikeustieteellisessä tiedekunnassa.[107] (Yrjö Koskinen oli väitellyt historiassa suomeksi ja sitä paitsi Pohjalainen osakunta oli 1868 tehnyt äänin 100—20 päätöksen ryhtyä käyttämään virallisissa yhteyksissä suomea.[108]) Forsmanin teoksessa »Grunderna för läran om delaktighet i brott» (1879), jonka hän laati väitöskirjana professorin virkaa silmällä pitäen, on huomattu toinen suunta. Siinä on nähty saksalaisen Bernerin ja norjalaisen Getzin vaikutusta. Forsman luetaan ns. klassilliseen kouluun ja hänet luokitellaan indeterministiksi erotukseksi sosiologisen koulun peruslähtökohdasta, joka oli determinismi. Forsman kuitenkin tunnusti sosiologisen koulun oikeutuksen ja merkityksen.[109] Eräänä osoituksena Forsmanille luonteenomaisesta objektiivisuudesta ja viileästä harkitsevuudesta pidetään sitä, että hän itse myönsi Suomen rikoslain jälkeenjääneisyyden vuonna 1898.[110] Hänen on sanottu olleen rikosoikeudellisena oppineena »konservatiivi sanan parhaassa merkityksessä». Tällä on tarkoitettu mm. sitä, että hän kytki oikeustutkimuksen historiaan ja etsi sille kansallista omaleimaisuutta.[111] Niinpä ei ole kummastuttavaa, että hän suhtautui hiukan pidättyvästi käsitelainoppiin, joka levisi silloin uutuutena ulkomailta Suomeen.[112] Hänen ansionsa suomalaisen lakikielen kehittäjänä tunnustetaan yleisesti ja varauksitta. »Forsman on vienyt suomalaista lakikieltä melkoisen askeleen eteenpäin.»[113] Saksalainen Berner, johon hän tutustui Saksan-matkallaan, oli hänen tärkeimpiä esikuviaan rikosoikeuden alalla.[114]

Kuolemaa sanotaan majesteetiksi, koska sen edessä maiset mittarit menettävät arvonsa. Kuollutta ei hevin kritikoida, vaan muistosanoissa arvioidaan

[106] *Serlachius* 1910, s. 367.
[107] *Donner* 1904, s. 20.
[108] *Donner* 1904, s. 19.
[109] *Serlachius* 1910, s. 368.
[110] *Serlachius* 1910, s. 369.
[111] *J. Grotenfelt,* Jaakko Forsman. JFT 1899.
[112] *Donner* J. Grotenfeltia lainaten 1900, s. 40.
[113] Valvoja 1899, s. 561.
[114] Nekrologer, B. G.: Jaakko Forsman. Tidsskrift for Retsvidenskab, udgivet af Bestyrelsen for den Stang'ske Stiftelse i Christiania 1900, s. 241—242.

edesmenneen ansioita ja hyviä puolia. Monista arvioinneista tulkoon tässä lopuksi esille seuraava niin epäedustava kuin se lajissaan osin onkin.

> »Jaakko Forsmanin elämäkerta ei ole muutamille kirjansivuille kirjoitettavissa. Hänen historiansa on hänen maansa historia. Kun maamme sivistyshistoria viime vuosisadan myöhemmältä puoliskolta kerran kirjoitetaan, kun kuvataan, miten Juhana Vilhelm Snellmanin elämäntyötä hänen kuoltuaan jatkettiin tässä maassa, silloin piirretään samalla Jaakko Forsmaninkin elämäkerta.»

Näin kirjoitti Jaakko Forsmanista Allan Serlachius Oma maa -teoksen vuonna 1910 julkaistuun V niteeseen.[115] Serlachius, joka siis merkitsi nämä sanat kymmenisen vuotta Jaakko Forsmanin poismenon jälkeen, luki Forsmanin Suomen suurmiesten joukkoon »etupäässä valtiollisen toimintansa perusteella». Vaikka Serlachius myönsi samalla, että »lakimiehenäkin on hänen merkityksensä varsin suuri», ei hänen sanomansa ytimestä voi erehtyä. Uudet, itselleen tilaa raivaavat tutkijat kiistivät tai yksinkertaisesti unohtivat pian Jaakko Forsmanin merkityksen, jolleivat sitten — niin kuin tapahtui tässä tapauksessa — sitä suorastaan vähätelleet. Usein onkin niin, että aikalaisten arvio juuri näistä syistä on toinen kuin myöhempien polvien.

Valtiopäivä- ja puoluemiehenä Forsmania hänen aikalaisensa ovatkin arvioineet kaikkein myönteisimmin. Hänen asemansa pappissäädyssä on verrattu — nimenomaan vuoden 1885 valtiopäiviltä lähtien[116] — Agathon Meurmanin asemaan talonpoikaissäädyssä.[117] Hänen vaikutusvaltaansa kasvatti erityisesti se, että hän oli lakimies, harkitseva, viileä ja asiallinen. Lainopillisen asiantuntemuksen tarve oli myös pappis- eikä vain talonpoikaissäädyssä suuri. »Sinä, joka kauan aikaa olet valtiopäivillä ollut Pappissäädyn juridillisena omana-tuntona», luonnehti Yrjö Koskinen eräässä yhteydessä veljeään.[118] Kyseiset säädyt olivat suomenkielisten tukikohtia.

Eräs aikalainen ilmeisen läheltä Forsmanin poliittista näkemyskenttää kuvaa häntä näin:

> »Ainakin viimeiset kymmenen vuotta hän oli suomenmielisen puolueen johdossa varsinainen keskus. Pienemmissä kokouksissa neuvoteltiin melkein aina hänen ympärillään ja suuremmissa harvoin toinen nähtiin puheenjohtajan sijalla. Mitä hän siinä toimessaan levollisella, vakuuttavalla ja aina ystävällisellä esiintymisellään sai aikaan erille pyrkiväin suuntien koossapitämiseksi, säilyy kaikkien niiden kiitollisessa muis-

---

[115] *Allan Serlachius,* Jaakko Forsman. Oma maa V, Porvoo 1910, s. 366.
[116] Valvoja 1899, s. 533.
[117] *Donner* 1904, s. 61.
[118] Yrjö Koskinen Forsmanille 19. 1. 1898. SKS. Jaakko Forsmanin saamia kirjeitä.

tissa, jotka ymmärtävät mikä sekasorto ja lamaantuminen olisi syntynyt, jos kauan ja innolla harjoitetut hajoittamisyritykset olisivat perille johtaneet.»[119]

* * *

Miten sitten Jaakko Forsmanin henkilökohtainen ja virallinen elämänkaari kohtasivat toisensa vai kohtasivatko ne lainkaan? Mielestäni niiden kesken löytyy useitakin yhtymäkohtia. Tärkein näistä oli se, että Jaakko Forsman oli virallisessa roolissaan pohjimmiltaan sovittelujen ja kompromissien mies, joka tarvittaessa huumorilla kevensi ilmapiiriä ja tasoitti vastakohtia. Miksi hän sitä oli — se voi johtua fysiologisista ja sen sellaisista historiantutkimuksen ulkopuolella olevista tekijöistä. On kuitenkin yksi syy, joka kuuluu yhteiskuntatodellisuuden puolelle, nimittäin isoveli, Yrjö Koskinen.

Ilmeisesti oli niin, että Jaakko Forsman säilytti aina pikkuveljen lojaalin uskollisen asenteen isoonveljeen Yrjö Koskiseen. Näin tekivät muutkin sisaruksista. Koskimies kirjoittaa:

> »Forsmanin veljesten välit olivat ja ilmeisesti aina pysyivät hyvinä, joistakin vaikeuksista ja harmeista huolimatta. Kuten usein on nähty, etenkin suhde yhdeksän vuotta nuorempaan Jaakko-veljeen oli erityisen läheinen, se kun ei ollut ainoastaan vanhemman veljen suojelevaa suhdetta nuorempaansa, vaan kahden työtoverin molemmin puolin arvostava asenne toisiinsa. Kaikissa pääkohdissa veljet näyttävät ymmärtäneen johtaja-veljen tehtävän ensiarvoisuuden, hänen suomalaisuuskantansa ehdottomuuden, elleivätkään useimmat heistä mitenkään pyrkineet julkisuudessa näkyville.»[120]

Jaakko Forsmanin osaksi jäi näissä oloissa sovittelu, jälkien paikkaaminen, vastustajien lepyttely. Isoveli heilutti piilua edessä, pikkuveli korjasi risut kasoihin ja lakaisi jäljet. Jaakko Forsmanin koki koota paloista eheäksi sen, mitä kiivasluonteisen veljen sananmiekka repi rikki ja hajotti.

Useista seikoista saattaa päätellä, että Jaakko sai silmilleen paljon sellaista, joka oli tarkoitettu isolleveljelle mutta jota ei uskallettu tälle päin kasvoja lingota. Jos miesten sukulaisyhteys olisi ollut etäisempi, Jaakko olisi ehkä temponut itsensä irti näistä häntä perin juurin rasittavista ja raskauttamista kahleista. Mutta he olivat veljeksiä, ja noihin aikoihin se sitoi. Niinpä Jaakko Forsman pääsi kasvamaan vain yhteen suuntaan: kompromisseihin ja sovitteluihin päin. Erityisen näkyväksi tämä piirre hänessä kävi alueilla, joilla ei ollut pelkoa veljen huomautuksista. Rikosoikeus oli muuan tällainen alue.

---

[119] Valvoja 1899, s. 555.

[120] *Koskimies* 1968, s. 178—179.

Lähteet ja kirjallisuus

Arkistolähteet

Helsingin Yliopiston kirjasto (HYK)
Anders Kihlmanin kokoelma
E. G. Palménin kokoelma
Vaseniuksen kokoelma
Suomalaisen Kirjallisuuden Seuran (SKS) arkisto
Jaakko Forsmanin kokoelma
Nervanderin kokoelma
Valtionarkisto (VA)
Yksityisarkistot
Europaeus-suvun kokoelma
Ed. Hjeltin kokoelma
Yrjö Koskisen kokoelma

Painetut lähteet ja kirjallisuus

Eero Backman, Rikoslaki ja yhteiskunta I. Suomalaisen lakimiesyhdistyksen julkaisuja A: 115. Vammala 1976.

O. Donner, Jaakko Forsman. Joukahainen XII, Helsinki 1904.

Jaakko Forsman (J.K.P). Valvoja 1899.

Jaakko Forsman, Muistutuksia alamaiseen rikoslain ehdotukseen, jonka on valmistanut eräs sitä varten asetettu komitea. Tidskrift utgifven af den Juridiska Föreningen i Finland 1877.

Jaakko Forsman, Nykyajan erisuuntaiset käsitykset rangaistuksen tarkoituksesta. Helsinki 1883.

Jaakko Forsman, Sananen tekeillä olevasta Rikoslaista, etenkin rangaistuksen punnitsemiseen nähden. Helsinki 1884.

Jaakko Forsman, Suomen lainsäädännön historia. Helsinki 1896.

J. Grotenfelt, Jaakko Forsman. JFT 1899. XXXV årg. Hfors 1900.

Kansallinen elämäkerrasto. II osa. Porvoo 1929.

Kansanvalistus-Seuran kalenteri 1900.

Jukka Kekkonen, Merkantilismista liberalismiin. Suomalaisen lakimiesyhdistyksen julkaisuja, A-sarja, N:o 172. Vammala 1987.

Hannu Tapani Klami, Oikeustaistelijat. Suomen oikeustiede Venäjän vallan aikana. Porvoo 1977.

Rafael Koskimies, Nuijamieheksi luotu. Yrjö Koskisen elämä ja toiminta vuosina 1860—1882. Keuruu 1968.

Rafael Koskimies, Väliverho 1900. Kulttuurihistoriallisia kirjoitelmia. Helsinki 1951.

Raimo Lahti, Suomen rikosoikeudellisen seuraamusjärjestelmän kehitysvaiheista. Rikos- ja prosessioikeuden julkaisusarja A: 3. Turun yliopiston julkisoikeuden laitos. Turku 1977.

Juhani Närvä, Jaakko Forsmanin sanomalehtitoiminta nuorfennomaanisen lehdistön nousukaudella. Laudatur-työ, Suomen historia. Turun yliopisto 1973.

Pirkko Rommi, Yrjö-Koskisen linja. Myöntyväisyyssuunnan hahmottuminen suomalaisen puolueen toimintalinjaksi. Lahti 1964.

Allan Serlachius, Jaakko Forsman. Oma maa V, Porvoo 1910.

Tidsskrift for Retsvidenskab, udgivet af Bestyrelsen for den Stang'ske Stiftelse i Christiania 1900.

Markku Tyynilä, Lainvalmistelukunta 1884—1894. Suomalaisen lakimiesyhdistyksen julkaisuja A: 166. Vammala 1984.

Valtiopäiväasiakirjat vuosien 1882—1897 valtiopäiviltä.

Heikki Ylikangas—Jussi Pajuoja, Lauri Kivekäs — aikansa ajaton radikaali. Juva 1987.

Sanomalehdet

Uusi Suometar 1871.

Jaakko Forsmanin kirjallinen tuotanto

Laatinut *Kaijus Ervasti*

Teoksia ja laajempia artikkeleita

Tietoja maailman kansoista, saksasta mukailtu. Turussa 1860.

Puhe osakunnan vuosijuhlassa 1861. Promootiojulkaisu vuodelta 1864.

En blick på det moderna fängelseväsendet i dess uppkomst och närvarande utvecklingsstadium. Tidskrift, utgifven af Juridiska Föreningen i Finland 2 (1866), s. 15—47.

Om försök till brott. Tidskrift, utgifven af Juridiska Föreningen i Finland 3 (1867), s. 110—133.

Kansain-välinen oikeus ja sodat. Kirjallinen kuukauslehti 6 (1871), s. 85—90, 125—133.

Eger kommun eller administrativ myndighet laglig rätt att a) bestämma om tillskott till något i allmän författning stadgat straff för förbrytelse? och b) att göra andre, än de enligt allmän lag för någon förbrytelse straffbare personer, ansvarige för densamma? Tidskrift, utgifven af Juridiska Föreningen i Finland 9 (1873), s. 134—135.

Kunna förfalskningsbrott, som i gällande lag äro belagda med ansvar af böter och ärans förlust, hänföras till sådana grofva missgerningar, hvilka förbrytaren är häktning underkastad? Tidskrift, utgifven af Juridiska Föreningen i Finland 9 (1873), s. 114—116.

Är den åsigten riktig, att kronolänsmän före utfärdandet af kejs. kung. den 31 januari 1831 icke kunde afsättas annorlunda, än efter ransakning och dom. Tidskrift, utgifven af Juridiska Föreningen i Finland 9 (1873), s. 123—127.

Då uti flera polisordningar en mängd i och för sig oskyldiga och icke straffbara handlingar blifvit, i afsigt att förekomma brott, vid viten förbjudna, så frågas, om då ett verkligt brott begås under sådana omständigheter att ett slikt polisbud tillika blifvit öfverträdt, det i allmän lag bestämda straffet bör ökas med vitet för polisöfverträdelsen? Tidskrift, utgifven af Juridiska Föreningen i Finland 10 (1874), s. 102—105.

Pakkotilasta kriminaalioikeudessa. Väitöskirja. Helsinki 1874.

Bör stadgandet i kejs. förordningen den 25 februari 1851 att utländing icke är berättigad att förvärfva och besitta fast egendom i Finland, derest han icke dertill undfått särskildt nådigt tillstånd, utsträckas jemväl till det fall, då utländskt man vill å arrende öfvertaga en jordlägenhet för att deräa anlägga t.ex. en fabrik? Tidskrift, utgifven af Juridiska Föreningen i Finland 11 (1875), s. 246—247.

Böra icke-fullföljda uppskjutna mål ånyo instämmas inom den i sista mom. 2 § 12 kap. R.B. stadgade tid? eller kunna sådana mål äfven efter längre tids förlopp åter upptagas? Tidskrift, utgifven af Juridiska Föreningen i Finland 11 (1875), s. 110.

Kunna föreskrifterna i 49 § af skogsordningen den 9. september 1851, jemförda med 2 § kgl. förordningen den 21 februari 1789, 2 § kongl. försäkran den 4 april, rätteligen den 23 februari 1789 samt 3 punkten i och stadfästelsen af förenings- och säkerhetsakten den skattejord? eller gälla de allenast kronojord? Tidskrift, utgifven af Juridiska Föreningen i Finland 12 (1876), s. 324— 326, J. O. Forsman, s. 324—326.

Skall den i kongl. förklaringen den 14. maj 1805 för klander af annans åtkomst till fast egendom utsatta preskriptionstid af natt och år efter det anledning till klander för rätta egaren uppsats samt han kommit i tillstånd att sin rätt bevaka och lagligen utföra äfven gälla emot den person, hvilken egendomen blifvit obehörigen afhänd? eller har han oberoende deraf huru lång tid förlidit sedan anledning till klander uppades och han kom i tillfälle att sin rätt bevaka, rättighet att under sin lifstid klandertalan af förenämndt slag anställa? Tidskrift, utgifven af Juridiska Föreningen i Finland 12 (1876), s. 25—27.

Muistutuksia alamaisen rikoslain ehdotukseen, jonka on tehnyt eräs sitä varten asetettu komitea. Tidskrift, utgifven av Juridiska Föreningen i Finland 13 (1877). Lisävihko.

Är bevisningsskyldigheten i 1 mom., jemfördt med 2 mom. 5 § i kejs. förordn. den 26 nov. 1866 angående barnamord m.m. öfverensstämmande med de allmänna principer, som beträffande bevisningen i öfrigt äro gällande i vår lag? och i fall detta ej är fallet, finnes för sådant undantag giltig rättsgrund, och hvilken är den? Tidskrift, utgifven af Juridiska Föreningen i Finland 13 (1877), s. 215—217.

Om latitudsystemet i Finlands strafflagstiftning. Tidskrift, utgifven af Juridiska Föreningen i Finland 14—15 (1878—1879), s. 228—238.

Grunderna för läran om delaktighet i brott. Akad. afh. Helsingfors 1879.

Jury-laitoksesta Saksassa. Kirjallinen kuukauslehti 15 (1880), s. 123—130.

Nykyajan erisuuntaiset käsitykset rangaistuksen tarkoituksesta. Helsinki 1883.

Der russische Staat. 2 Das Grossfürstentum Finnland. Das Strafrecht der Staaten Europas. Die Strafgesetzgebung der Gegenwart in Vergleichender Darstellung

hrsg. von der Internationalen kriminalistischen Vereinigung 1. Berlin 1884, s. 313—328.

Sananen tekeillä olevasta Rikoslaista, etenkin rangaistuksen punnitsemiseen nähden. Helsinki 1884.

Lisiä 1885 vuoden säädyille annetun rikoslain-ehdotuksen tarkistamiseksi, luvut 22—31. Helsinki 1885.

Bidrag till tolkningen af §§ 25—27 i k. förordningen den 26 november 1866 ang. dråp utan uppsåt m.m. Tidskrift, utgifven af Juridiska Föreningen i Finland 22 (1886), s. 310—351.

Ruotsin Valtakunnan laki, hyväksytty ja noudatettavaksi otettu valtiopäivillä 1734. Ynnä niiden lisäysten, muutosten ja selitysten kanssa, jotka ovat voimassa Suomen Suuriruhtinaanmaassa. Toim. Jaakko Forsman. Helsinki 1887.

Eger domstolen vid behandling af brottmål däri åtalet utföres af allmän åklagare, fordra målsegarens eller angifvarens närvaro inför rätta, oaktad någon talan af dem icke föres och något påstående emot dem icke häller blifvit framställdt? Och, om frågan besvaras jakande, hvilka lagliga tvångsmedel eller angifvarens tredska mot dem tillämpas? Tidskrift, utgifven af Juridiska Föreningen i Finland 25 (1889), s. 288—290.

En ny internationel kriminalistisk förening. Tidsskrift, utgifven af Juridiska Föreningen i Finland 25 (1889), s. 1—20.

Finnland. Das finnische Strafgesetz vom 19 Dezember 1889 im Vergleich mit der ältern Strafgesetzgebung Finnlands. Zeitschrift für die gesamte Strafrechtwissenschaft 11. Berlin 1891, s. 578—590.

Rangaistusmääräyksestä koronkiskomista vastaan. Esitelmiä kansantaloudellisessa yhdistyksessä. 1. Porvoo 1892, s. 351—368.

Kenenkä omat ovat pappien virkatalot. Tidskrift, utgifven af Juridiska Föreningen i Finland 28—29 (1892—93), s. 161—173.

Bidrag till läran om skadestånd i brottmål enligt finsk rätt. Helsingfors 1893.

Konferensen för öfverläggning om särskilda frågor rörande domstolsreformen i Finland, uti Helsingfors den 15, 16, 17, 18, 19, 21 och 22 januari 1894. Tidskrift, utgifven av Juridiska Föreningen i Finland 31 (1895), Forsman s. 276, 283—284, 293—295, 299—300, 305—306.

Suomen lainsäädännön historia. Sen pääpiirteet. Edellinen osa. Luentojakso. Helsinki 1896.

Yliopistollisia puheita ja kutsumus yliopiston kruunausjuhlaan 2. XI. 1896. Helsinki.

När någon för flera sammanträffande förbrytelser gjort sig förefallen till förlust af medborgerligt förtroende, så frågas: bör sådan påföljd, på grund af stadgandet i 7 § 7 kap. strafflagen och med hänsikt jämväl till 21 § 10 kap. R.B., såsom detta lagrum lyder i 44 § i förordningen om strafflagens införan-

de, ådömas så att tiden för påföljden utsättes skildt för hvarje brott, eller bör tiden bestämmas gemensamt för alla brotten? Tidskrift, utgifven av Juridiska Föreningen i Finland 34 (1898), s. 448—451.

Sveitsin uusi rikoslainehdotus. Tidskrift, utgifven af Juridiska Föreningen i Finland 34 (1898), s. 177—192.

Das Grossfürstentum Finnland. Das Strafrecht der Staaten Europas. Die Strafgesetzgebung der Gegenwart in Vergleichender Darstellung hrsg. von der Internationalen Kriminalistischen Vereinigung 2. Berlin 1899, s. 480—484.

Sanomalehtiartikkeleita

Ruotsin valtiohankkeet. Helsingin Uutiset 34 30. 4. 1863.

Suomalaisen kielikysymyksen nykyinen kanta. Uusi Suometar 141 29. 11. 1871, Uusi Suometar 143 4. 12. 1871, Uusi Suometar 144 6. 12. 1871.

Yhteiskunnallisten verojen ylöskannosta. Uusi Suometar 58 19. 5. 1873.

Metsänhaaskauksen tuottama varallisuus. Uusi Suometar 94 13. 8. 1873, 95 15. 8. 1873.

Uudet komiteat. Uusi Suometar 120 13. 10. 1873.

Papiston palkoista. Uusi Suometar 146 12. 12. 1873, 149 19. 12. 1873, 150 22. 12. 1873.

Kihlakunnanoikeuksien uudesta-järjestämisestä I—IV. Uusi Suometar 13 30. 1. 1874, 14 1. 2. 1874, 23 23. 2. 1874, 27 4. 3. 1874, 32 16. 3. 1874.

Suomenkieliset protokollat Kihlakunnan-oikeuksissa. Uusi Suometar 108 16. 9. 1874, 110 20. 9. 1874.

Virkamiesten matkustukset. Uusi Suometar 146 14. 12. 1874.

Sananen pienestä päivän kysymyksestä. Uusi Suometar 5 13. 1. 1875.

Satakunnan maanviljelysseuran maanviljelyskokouksesta Hämeenkyrössä. Uusi Suometar 78 7. 7. 1875, 79 9. 7. 1875, 80 12. 7. 1875, 81 14. 7. 1875, 95 16. 8. 1875, 96 18. 8. 1875.

Kysymyksiä ja vastauksia. Alkaen Uusi Suometar 35 22. 3. 1876. (Kyseessä oli eräänlainen lainopillinen kirjelaatikko lehdessä.)

Säätyjen anomusoikeudesta. Uusi Suometar 11 24. 1. 1877, 12 26. 1. 1877.

Uusi koulujärjestys. Uusi Suometar 73 18. 6. 1877.

Mikkelin koulu-asioista. Uusi Suometar 87 20. 7. 1877.

Pieniä jälkipuheita. Uusi Suometar 15 4. 2. 1878. Julkaistu myös teoksessa Koskinen Yrjö: Kansallisia ja yhteiskunnallisia kirjoituksia. IV. Helsinki 1930.

Asian-ajajista Saksassa. Uusi Suometar 52 2. 5. 1879.

Sosialismosta erittäin Saksassa. Uusi Suometar 1879 n:ot 85, 88, 89, 90, 91, 92, 94, 95, 96.

Tarpeellinen selitys. Artikkeli koskien asevelvollisuusasiaa. (Painoviranomaiset kielsivät sen julkaisemisen.) Myöhemmin julkaistu teoksessa Lounasmaa Viktor: Elämäni taipaleelta. Porvoo 1910, s. 116.

Lehtikirjoituksia eri aiheista

Helsingin Uutiset 14 16. 2. 1863 (Puolan tilanne).

Kirjallinen Kuukausilehti 1866, s. 46—48 (Turun tuomiokapituli).

Uusi Suometar 22 17. 3. 1870 (polemiikkia Dagbladin kanssa).

Uusi Suometar 103 1. 9. 1870 (kouluasia).

Uusi Suometar 108 13. 9. 1871, 109 15. 9. 1871 (uskonnonvapaudesta).

Uusi Suometar 112 22. 9. 1871 (papinvaaliin osallistumisesta).

Uusi Suometar 134 13. 11. 1871 (verokappalten muuttamisesta).

Uusi Suometar 53 7. 5. 1873 (kouluasioita).

Uusi Suometar 79 9. 7. 1873 (Dagbladin arvostelua).

Uusi Suometar 19 14. 12. 1873 (metsien haaskaus).

Uusi Suometar 103 3. 9. 1873 (kouluasiaa).

Uusi Suometar 86 27. 7. 1874, 87 31. 7. 1874, 88 3. 8. 1874 (kyytivelvollisuus).

Uusi Suometar 39 5. 4. 1875 (kouluasiaa).

Uusi Suometar 6 14. 1. 1876, 8 19. 1. 1876 (uskonnonvapaudesta).

Uusi Suometar 142 29. 11. 1876 (suomalaisuus).

Uusi Suometar 35 b 24. 3. 1875 (virkavallan historiasta).

Uusi Suometar 12 26. 1. 1877 (kouluasiaa).

Jaakko Forsmanin muistiinmerkittyjä ja julkaistuja tai monistettuja luentoja

Anteckningar i allmän kriminalrätt enligt professor J. Forsmans föreläsningar. (Käsinkirjoitettu, HYK)

Anteckningar enligt prof. Jaakko Forsmans föreläsningar i Straffprocessen. (Konekirjoitettu moniste)

Anteckningar enligt professor J. Forsmans föreläsningar öfver de särskilda brotten. I—IV. I (Käsinkirjoitettu moniste) 2 uppl. (Konekirjoitettu moniste) II—IV (Käsinkirjoitettu moniste) 2 uppl. (Konekirjoitettu moniste)

Anteckningar i enskildt kriminal. (S. 1. & a) (Käsinkirjoitettu moniste)

Anteckningar enligt prof. Jaakko Forsmans föreläsningar öfver straffrättens allmänna läror. (Konekirjoitettu moniste.) Helsingfors 1887.

Anteckningar enligt professor Jaakko Forsmans föreläsningar öfver de särskilda brotten enligt strafflagen af den 19 december 1889. I—III. I Med tillstånd af föreläsaren, men utan hans medverkan utg. af L. Aspegren och (K.) E. Saxén, II—III utg. af L. Aspegren. Helsingfors 1899. (Utkommit i 9 häften under åren 1894—1900) — 2 uppl. I—III. II utg. af juridiska studentfakutelten genom L. Aspegren. 1896—1907. — 3 uppl. I—III. I (utkommit i 4 häften) 1909—1917. II 1917, III 1917. — 4 uppl. I—III. I Kerava 1924. II Med lagstiftningens utveckling föranledda rättelser och tillägg utg. av Brynolf Honkasalo. Helsingfors 1938. III Med lagstiftningens utveckling föranledda rättelser och tillägg utg. av Brynolf Honkasalo. Åbo 1938. — 5 uppl. Med lagstiftningens utveckling föranledda rättelser och tillägg utg. av Brynolf Honkasalo. Helsingfors 1946.

Anteckningar enligt professor Jaakko Forsmans föreläsningar öfver straffrättens allmänna läror med särskild hänsyn till strafflagen af den 19 december 1889. Med tillstånd af föreläsaren utg. af Lars Wasastjerna. Helsingfors 1893, 2 uppl. 1900, 3 uppl. 1914. 3 (po. 4) uppl. red. av Bruno A. Sundström. Kerava 1930.

Professori Jaakko Forsman'in pitämä kameralisteille sovitettu luentojakso Suomen rikoslain-opin pääkohdista. Yleinen osa. Professorin luvalla pikakirjoitettujen muistiinpanojen nojalla painosta toim. Oskar Blomqvist. Hämeenlinna 1893.



Brynolf Honkasalo (1889—1973).

Muotokuva: *Wilho Sjöström* 1939. Helsingin yliopiston museon Galleria Academica. Valok. Helsingin yliopiston kuvalaitos (Atte Rusanen).

Brynolf Honkasalo — Saksan ystävä

Professori *Hans-Heinrich Jescheck*[1]

Brynolf Honkasalo oli 1930-luvun puolivälistä lähtien kuolemaansa saakka 1973 Suomen johtava rikosoikeuden opettaja. Siitä ovat todisteena hänen teoreettiset kirjansa »Kausaalisuuskysymys rikosoikeudessa» (1933), »Nulla poena sine lege» (1937) ja »Rikosten uusimisesta, Rikoslain 6 luvun kommentaari» (yhdessä Reino Ellilän kanssa, 1945), mutta ennen kaikkea hänen valtava, Suomen voimassaolevan rikosoikeuden järjestelmälle ja sen tulkinnalle omistettu elämäntyönsä, yleiset opit kolmessa ja erityinen osa neljässä niteessä (1947—1970) sekä hänen yhdessä oppilaansa Reino Ellilän kanssa kirjoittamansa oppikirja »Rikosoikeuden yleiset opit pääpiirteittäin» (1966). Yleisten oppien oppikirjat ovat tänäkin päivänä opetuksen perustana Suomen oikeustieteellisissä tiedekunnissa. Suomalainen Tiedeakatemia antoi tunnustusta jäsenensä (1945 alkaen) ansioille aikansa Suomen rikosoikeuden kuvaajana myöntämällä hänelle kunniapalkinnon 1967.

Honkasalo oli myös yksi suurista pohjoismaisista oikeusoppineista. Hän vaikutti suuresti näiden valtioiden tiiviiseen yhteistyöhön niin lainsäädäntötyössä, rikosoikeustieteessä kuin käytännön kriminaalipolitiikassakin. Upsalan yliopiston oikeustieteellinen tiedekunta myönsi hänelle 1959 tästä kansainvälisestä ja oikeusvertailevasta työstä kunniatohtorin arvon.

Suomen rikosoikeustieteellä ja sen ulkomaisilla ystävillä on vuonna 1989

---

[1] Kirjoittaja, professori Hans-Heinrich Jescheck Freiburgista Saksan liittotasavallasta on täysinpalvellut Freiburgin yliopiston professori ja Max-Planck-Institut für ausländisches und internationales Strafrecht -laitoksen johtaja, Kansainvälisen rikosoikeusyhdistyksen (AIDP) presidentti ja Suomalaisen Tiedeakatemian ulkomainen jäsen. — Suomentanut oikeust. kand. Kimmo Nuotio. Alkuperäinen saksankielinen teksti »Brynolf Honkasalo, ein Freund Deutschlands» tultaneen julkaisemaan myöhemmin Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft -aikakauskirjassa.

kolmekin syytä muistella mennyttä. Sata vuotta sitten, 1. päivänä huhtikuuta 1889, Brynolf Honkasalo syntyi, kuten hän muistelmateoksessaan[2] kuvaa, etäällä sijaitsevassa kylässä (Orivesi, Häme) ratavartijan asunnoksi rakennetussa yksihuoneisessa tuvassa, jonka »ulkoseinät oli maalattu punaisiksi ja ikkunalaudat valkoisiksi». Toiseksi Suomen rikoslain antamisesta tulee siitäkin kuluneeksi sata vuotta, 19. päivänä joulukuuta 1889. Ja viimeksi tulee sen luojan, professori Jaakko Forsmanin syntymästä kuluneeksi 150 vuotta. Tänä kolminkertaisena juhlavuonna keskityn esityksessäni Brynolf Honkasalon ja hänen Saksan suhteidensa muisteluun.

Honkasalo kirjoittautui ylioppilaaksi Helsingin yliopiston lainopilliseen tiedekuntaan 1908 ja suoritti siellä loppututkinnon vuonna 1911. Nimismiehen ja kruununvoudin tehtäviä hoidettuaan hän työskenteli asianajajana vuosina 1916—1932. Tohtorin tutkinnon, suurin piirtein saksalaista habilitaatiota vastaavan, hän suoritti 1928. Vuonna 1930 hänet nimitettiin yliopiston apulaiseksi ja 1936 varsinaiseksi rikosoikeuden professoriksi Helsingin yliopistoon, virkaan, jota hän emeritukseksi siirtymiseensä 1958 saakka hoiti suurella pedagogisella ja tieteellisellä menestyksellä. Brynolf Honkasalo kuoli 30. marraskuuta 1973. Hän ehti hoitaa myös monia julkisia tehtäviä. Hän toimi puheenjohtajana tai jäsenenä useassa uutta lainsäädäntöä Suomeen valmistelleessa elimessä, esimerkiksi vankilaoloja tutkimaan asetetussa komiteassa (1951—1953) ja rikoslakikomiteassa (1954—1965). Niissä toimien hän vaikutti osaltaan rikosoikeuden ja vankeinhoidon uudistamiseen. Hän oli niinikään valtakunnanoikeuden jäsen 1942—1945 ja Suomen Kriminalistiyhdistyksen puheenjohtaja 1952—1960.

Mitä perusteita sitten on sanoa Honkasaloa Saksan ystäväksi?

Siihen on hyviä syitä:

Honkasalo solmi jo varhain siteitä Saksaan, niitä oli lukuisia ja ne myös vaikuttivat vahvasti hänen tieteellisessä tuotannossaan. Hän opiskeli Leipzigissa 1921—1922 ja Berliinissä 1937—1938. Osan koulutustaan hän oli sitä paitsi saanut Ranskassa, Sveitsissä ja Italiassa. Hän hallitsi saksan kielen erinomaisesti niin suullisesti kuin kirjallisesti. On todellinen ilo lukea uudelleen hänen samalla kertaa henkilökohtaisia ja tyylillisesti kauniita kirjeitään. Honkasalo tukeutui rikosoikeusdogmatiikassaan 1920- ja 1930-lukujen saksalaiseen teo-

[2] *Honkasalo,* Elämä antaa ja ottaa, 1967.

riaan, niin että se vastasi suunnilleen sitä, mitä siihen aikaan esitettiin Mezgerin oppikirjassa (1931) sekä Franz v. Lisztin ja Eberhard Schmidtin Rikosoikeuden yleisten oppien viimeisessä painoksessa (1932). Hänen systematiikalleen oli tunnusomaista kolmiosainen rikoskäsite, rikos tunnusmerkistönmukaisena, oikeudenvastaisena ja syyllisyyttä osoittavana tekona, kausaalisuusoppi teon ja seurauksen suhteen selitysmallina, syyllisyysperiaate rangaistavuuden perusteena ja rajoituksena, ankarasti objektivistisen tunnusmerkistökäsityksen pehmentäminen tunnustamalla subjektiiviset vääryystunnusmerkit sekä tahallisuuden ja tuottamuksen käsittäminen syyllisyyden lajeiksi.

Myös kriminaalipoliittisilta käsityksiltään Honkasalo edusti näkökantaa, joka olennaiselta osaltaan vastasi 1930-luvun alun saksalaisia oppeja ja lainsäädäntöä. Seuraamusjärjestelmän painopisteen katsottiin olevan vapausrangaistuksissa, joissa erotettiin kuritushuone- ja vankeusrangaistukset ja jotka pantiin täytäntöön progressiivijärjestelmän mukaisesti, joissakin tapauksissa myös tuntuvin kovennuksin täytäntöönpanossa. Sitä vastoin Honkasalo oli päättäväinen kuolemanrangaistuksen vastustaja[3], ja siinä hän oli paljon edistyksellisempi kuin useimmat tuon ajan saksalaiset kriminalistit. Suomessa todsin kuolemanrangaistusta ei ollut enää sota-aikoja lukuunottamatta pantu täytäntöön vuoden 1826 jälkeen. Sakkorangaistuksia varten luotiin päiväsakkojärjestelmä. Se toteutettiin Suomessa ensimmäisenä pohjoismaana 1921 ja Honkasalo kannatti sitä etenkin rikoksentekijöiden yhtäläiseen asemaan vedoten. Päiväsakkojärjestelmä teki hänen maastaan kaikkien Euroopan oikeusjärjestysten edelläkävijän. Suomi oli yksi suurista esikuvista toteutettaessa päiväsakkojärjestelmää Saksan liittotasavallassa vuoden 1969 rikoslainuudistuksessa. Luonteenomaista 1930-luvulle oli myös rikoksenuusijoiden ankara kohtelu; vapausrangaistuksia ankaroitettiin suhteettomasti tai sitten määrättiin turvaamistoimenpiteenä vapaudenmenestys epämääräiseksi ajaksi (kaksijakoinen järjestelmä). Niinpä Suomessa otettiin käyttöön pakkolaitos 1932 turvaamistoimenpiteenä vaarallisia rikoksenuusijoita silmällä pitäen ja 1939 tehtiin uusimisesta yleinen rangaistusta koventava peruste. Honkasalo tarkastelee kumpaakin saksankielisessä kuvauksessaan Suomen rikosoikeudesta (1957) ilman kriittisiä äänenpainoja. Saksan oikeusjärjestystä edellä Suomi oli taas siinä, että ehdollinen rangaistus otettiin käyttöön 1918, belgialais-saksalaista »sursis»-järjestelmää seuraten. Honkasalo huomauttaa tässä aivan oikein »uudenaikaisten kriminalististen virtauksien vaikutuksesta».

Honkasaloa kuuluu kiittää siitä, että Saksassa saatiin asiantuntevaa ja tun-

[3] Vrt. *Honkasalo,* Die Todesstrafe, Sonderdruck aus den Sitzungsberichten der Finnischen Akademie der Wissenschaften 1955, Helsinki 1956.

nontarkkaa tietoa kaikista näistä Suomen rikosoikeuden kehityspiirteistä, kertoihan hän niistä toistuvasti Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft -julkaisun ulkomaankatsauksissa 1939[4] lähtien vuoteen 1953[5] saakka. Mainittakoon myös kriminologis-tilastollinen artikkeli »Die Entwicklung der Kriminalität in Finnland während der letzten Jahrzehnte» (Rikollisuuden kehityksestä Suomessa viime vuosikymmeninä) vuodelta 1957[6]. Erityisen tärkeää suomalais-saksalaisten suhteiden kannalta oli se, että Honkasalo laati Suomen rikoslaista käännöksen saksan kielelle ja varusti sen johdannolla. Käännöstehtävän Honkasalo oli ottanut vastaan vielä Adolf Schönkeltä, ja 1954, Schönken kuoleman jälkeen, saattoi tämän kirjoittaja julkaista käännöksen 66. niteenä Franz v. Lisztin perustamassa sarjassa »Sammlung ausserdeutscher Strafgesetzbücher in deutscher Übersetzung»[7]. Näin oli tie avoinna 1957 sarjaan »Das ausländische Strafrecht der Gegenwart» (Aikamme ulkomainen rikosoikeus), ja sen toisessa niteessä ilmestyi Honkasalon kynästä lähtenyt esitys »Das finnische Strafrecht» (Suomen rikosoikeus). Tämä työ, jossa yleiskatsauksellisuus ja yksityiskohtien runsaus taidokkaasti yhdistyvät, sisältää historiaan ja kirjallisuuteen keskittyvän johdannon lisäksi yleisten oppien ja erityisen osan samoin kuin tärkeimpien erityislakien tarkastelun sekä lopuksi jakson hänen sydäntään erityisen lähellä olleesta rangaistusten täytäntöönpanosta.

Kun Saksassa tällä tavoin oltiin hyvin selvillä Suomen rikosoikeudesta ja uudelleen huomattiin joitakin menneiltä ajoilta periytyviä ja yhä yhdistäviä seikkoja, tulivat samalla henkilösuhteetkin läheisemmiksi. Honkasalo oli jo pian sodan päättymisen jälkeen aloittanut kirjeenvaihdon erityisen suuresti arvostamansa Adolf Schönken kanssa. Schönken kutsu Suomeen oli yksi ensimmäisistä toimenpiteistä, joilla saksalaista rikosoikeutta vapautettiin sodan jälkeisestä eristyksestä. Honkasalo valittiin kirjeenvaihtajajäseneksi 1950 perustettuun Gesellschaft für Rechtsvergleichung -seuraan ja hän osoitti suurta mielenkiintoa käydessään yhdessä sen järjestämistä kokouksista. Vuonna 1957 hän osallistui vaimonsa Ailin (synt. Jokinen) kanssa Freiburgin yliopiston 500-vuotisjuhlallisuuksiin. Tässä yhteydessä hän myös otti osaa kaksipäiväiseen kansainväliseen rikosoikeutta ja kriminologiaa käsittelevään kollokvioon; hän kävi

[4] *Honkasalo,* Finnland, ZStW 58 (1939) s. 447 s.

[5] *Honkasalo,* Finnland 1951 ja 1952, ZStW 65 (1953) s. 311 s.

[6] *Honkasalo,* ZStW 69 (1957) s. 474 ss.

[7] Sitä voi tietyllä tavoin pitää uudistettuna painoksena ensimmäisestä käännöksestä, joka jo pian Suomen rikoslain julkistamisen jälkeen oli vuonna 1891 ilmestynyt otsikolla »Das Strafgesetzbuch für das Grossfürstentum Finnland» 7. niteenä Saksan ulkopuolisten rikoslakien kokoelmassa.

samalla niin professori Würtenbergin kuin tämän kirjoittajan kanssa tieteellisiä keskusteluja saadakseen tietoa saksalaisen rikosoikeusdogmatiikan uudemmasta kehityksestä samoin kuin kriminologiasta, jonka silloin katsottiin olevan vasta uudelleen syntymässä. Honkasalo solmi tuolloin yhteyden myös Baselin yliopiston professoriin O. A. Germanniin, joka 500-vuotisjuhlassa sai oikeus- ja valtiotieteellisen tiedekunnan kunniatohtorin arvon, ja yhteys johti sittemmin käynteihin Baselissa sekä pitkäaikaiseen tieteelliseen kirjeenvaihtoon. Tieteelliset yhteydet Freiburgiin olivat siitä lähtien läheiset ja yhteydenpito jatkuvaa, olihan Honkasalo aina valmis näkemään suurestikin vaivaa seuratakseen saksalaisten rikosoikeusoppien edelleen kehittymistä siitä, mihin Mezgerin systeemi oli jäänyt, samoin kuin seuratakseen empiirisen kriminologian metodien kehittymistä. Hän käytti osan säännöllisille kylpyläoleskeluilleen Bad Nauheimissa varaamastaan ajasta käynteihin Freiburgissa pysyäkseen ajan tasalla kaikissa häntä kiinnostaneissa uudistuksissa.

Vuonna 1966 Honkasalon merkittävä elämäntyö ja hänen suuri osuutensa rikosoikeuden alan saksalais-suomalaisten suhteiden jälleenrakennuksessa ja syventämisessä palkittiin, kun Freiburgin yliopiston oikeus- ja valtiotieteellinen tiedekunta myönsi hänelle oikeustieteen kunniatohtorin arvon. Honkasalo vieraili tässä yhteydessä vaimoineen Ulkomaisen ja kansainvälisen rikosoikeuden instituutissa, joka juuri tuolloin liitettiin Max Planck -yhteisöön, sekä professori Würtenbergerin Kriminologisessa instituutissa. Yliopistolla järjestetyssä promootiojuhlassa Honkasalo piti esitelmän aiheesta »Nulla poena sine lege -periaatteen velvoittavuus pohjoismaisissa rikosoikeusjärjestelmissä». Hän käsitteli teemaa erityisen elävästi ja mukaansatempaavasti, sillä hän kannatti, vastoin vallitsevaa käsitystä, lainanalogian sallimista. Oikeusvertailevassa esityksessään hän esimerkein osoitti, että kyseessä on rikoslainkäytön hänen käsityksensä mukaan välttämätön apuväline, jota nekin, jotka edustavat tiukkaa analogian kieltoa, hiljaisesti käyttävät hyväkseen »laajentavan tulkinnan» nimellä[8]. Laudatiolla arvonimen myöntämiskirjassa on seuraava sanamuoto:

»...IURIS CONSULTUM ILLUSTRISSIMUM; QUI OPERIBUS SUIS QUAE MERITO PRO FUNDAMENTO HABENTUR IURA ET ACTIONES CRIMINUM APUD FENNOS USITATA INVESTIGAVIT ATQUE ILLUSTRAVIT, QUI LIBRIS SUIS GERMANICE SCRIPTIS NOTITIAM IURIS FENNICI IN GERMANIA PROPAGAVIT, QUI ETIAM DE IURE GERMANICO SCRIBENS COMPARATIONEM INTER UTRAMQUE IURIS-

[8] Ks. myös *Honkasalo,* Maintien ou abandon de la règle »Nulla poena sine lege», Rapports relatifs à la Finlande, présentés au Congrès international de droit pénal à la Haye 1937 teoksessa: Annales Academiae Fennicae, B XXXVIII, 2—9, Helsinki 1937, s. 47 ss.

DICTIONEM PROVEHIT ET SEMPER AMICUM LITTERARUM GERMANICARUM SE PRAESTITIT NOBILISSIMUM» / »...ansioituneelle rikosoikeuden opettajalle, joka perustavanlaatuisissa teoksissaan on tutkinut ja esitellyt Suomen rikosoikeutta sekä rikosprosessioikeutta, joka saksan kielellä ilmestyneillä julkaisuillaan on tehnyt mahdolliseksi ja lisännyt Suomen rikosoikeuden tuntemusta Saksassa, joka Saksan rikosoikeutta käsittelevillä kirjoituksillaan on olennaisesti edistänyt Saksan ja Suomen oikeusjärjestysten oikeusvertailua ja joka on alati osoittanut olevansa saksalaisen kulttuurin jalo ystävä». /

Honkasalo näki myös paljon vaivaa oppiakseen paremmin tuntemaan rangaistusten täytäntöönpanon Saksan liittotasavallassa, aivan kuten hän kotimaassaankin otti tehtäväkseen puheenjohtajuuden asianomaisessa, vankilauudistusta valmistelleessa komiteassa. Saksassa hänen keskustelukumppaninaan tällä alueella oli professori Albert Krebs, suuresti arvostettu rangaistusten täytäntöönpanon käytännön ja tutkimuksen asiantuntija, joka vuoteen 1933 mennessä oli ottanut Thüringenin alueellisessa Untermassfeldin vankilassa käyttöön moderneja työnteko-, koulutus- ja kasvatusmenetelmiä ja joka vuodesta 1945 alkaen vastasi erityisen edistyksellisenä tunnetusta rangaistusten ja nuorisoon kohdistuvien seuraamusten täytäntöönpanojärjestelmästä Hessenissä. Suomessa oli selvänä edistysaskeleena otettu käyttöön 1946 avolaitokset (työsiirtolat), jotta olisi mahdollista panna ensikertalaisten lyhyet vankeusrangaistukset täytäntöön tuomittujen kannalta katsottuna sosiaalisesti vähemmän haitallisella tavalla.

Brynolf Honkasalo kuoli 30. marraskuuta 1973. Hänen oppilaansa Olavi Heinonen, nykyinen Korkeimman oikeuden presidentti Helsingistä, luonnehti häntä muistosanoissaan »rikkaaksi persoonallisuudeksi», »väsymättömäksi ajattelijaksi» ja »tieteentekijän perikuvaksi»[9], ja sellaisena hän on säilynyt myös saksalaisten ystäviensä muistoissa. Tämän kirjoittajalle hän ei ainoastaan ollut ystävä, joka kunnioitti paljon nuorempaansa käyttämällä läheisen henkilökohtaista sinuttelumuotoa »Du», vaan myös unohtumaton esikuva mitä tulee velvollisuuksien täyttämiseen, työnteon eetokseen ja isänmaan rakkauteen.

Hänen oppilaansa ovat säilyttäneet yhteyden saksalaiseen rikosoikeustieteeseen. Olavi Heinonen vietti pitkähkön opiskelu- ja tutkimuskauden Freiburgin jo mainitussa Ulkomaisen ja kansainvälisen rikosoikeuden Max-Planck-instituutissa. Hän on kirjoittanut kokoelmaan »Quellen und Schrifttum des

[9] *Heinonen*, In memoriam Brynolf Honkasalo, ZStW 87 (1975) s. 395 s.

Strafrechts» Suomea koskevan osan[10]. Professori Reino Ellilä päätti artikkelinsa »Menschenwürde und Schutz der persönlichen Freiheit im Strafrecht aus finnischer Perspektive» (Ihmisarvo ja henkilökohtaisen vapauden suoja rikosoikeudessa suomalaisesta näkökulmasta) Mezgeriin viitaten lauseella, joka voisi yhtä hyvin olla Honkasalon: »Sen mukaan, mitä yksilön vapaus ja yhdenvertaisuuden periaate edellyttävät, tulee henkilökohtaisen syyllisyyden olla rangaistukseen tuomitsemisen ehtona, ja rikoksesta rangaistusta mitattaessa tulee rangaistuksen olla oikeassa suhteessa rikokseen; se tarkoittaa tekoon suhteutettua pahan aiheuttamista»[11]. Professori Inkeri Anttila on Kansainvälisen rikosoikeusyhdistyksen hallituksen jäsenenä ja Suomen osaston puheenjohtajana sekä YK:n yhteydessä toimivan Helsingin Kriminaalipoliittisen instituutin (HEUNI) johtajana työskennellyt läheisessä yhteistyössä saksalaisten rikosoikeuden tutkijoiden ja kriminologien kanssa. Hän on myös vuonna 1983 artikkelillaan »Neuere Tendenzen der Kriminalpolitik in Skandinavien» puuttunut kansainväliseen keskusteluun siitä, mitä seurauksia on rikoksentekijöiden pakkohoidon käsitteestä luopumisella[12]. Suomalaisen ja saksalaisen rikosoikeustieteen läheinen yhteys selittää myös sen, että useat suomalaiset rikosoikeustieteilijät ovat viimeksi kuluneiden 15 vuoden aikana ottaneet Freiburgin tieteelliseksi kotipaikakseen perehtyessään saksalaisen rikosoikeusdogmatiikan ja kriminologian uusimpaan kehitykseen. Honkasalo on itse edistänyt tätä merkittävästi määräämällä vaimonsa kanssa keskinäisessä testamentissa säätiön perustamisesta tukemaan taloudellisesti suomalaisten rikosoikeuden tutkijoiden opiskelua ulkomailla. Monet nuoremman polven oppineista ovatkin käyttäneet näitä apurahoja rahoittaakseen tutkimuskauden Freiburgin instituutissa.

Rikosoikeus ja rikosoikeuden tutkimus Suomessa ovat kehittyneet Honkasalon elämäntyön päättymisen jälkeenkin. Rikoslain kokonaisuudistusta valmistellaan vuodesta 1972 alkaen. Rikosoikeuskomitean mietintö on vuodelta 1977. Rikosoikeuskomitean työtä on jatkanut oikeusministeriön 1980 asettama erityinen projektiorganisaatio. Se on julkaissut toistaiseksi kaksi laajaa osamietintöä, jotka ovat vuosilta 1984 ja 1989. Molemmat käsittelevät lähinnä rikoslain erityisen osan säännösehdotuksia.[13] Erityisen osan jälkeen vasta uudistustyön viimeisessä vaiheessa tullaan keskittymään yleisiin periaatteisiin, ran-

[10] *Heinonen,* Finnland, teoksessa: *Jescheck/Löffler,* Quellen und Schrifttum des Strafrechts, Band I, Europa, 1972, s. 78 ss.

[11] *Ellilä,* ZStW 73 (1961) s. 675.

[12] *Inkeri Anttila,* ZStW 95 (1983) s. 739 ss.

[13] Ks. esim. *Karin Cornils,* Neuere Entwicklung der Kriminalpolitik in den nordischen Ländern, ZStW 99 (1987) s. 882.

gaistavuuden perusteisiin ja seuraamusjärjestelmän uudistamiseen. Yleisen osan säännösehdotusten merkitystä silmällä pitäen järjestetään Helsingissä syyskuussa 1990 kansainvälinen tutkimuskollokvio näistä kysymyksistä. Jo ennen uuden rikoslain antamistakin on Suomessa kuitenkin ehditty ottaa olennaisia askelia kriminaalipolitiikan johdonmukaisen uudenaikaistamisen suuntaan[14]. Suomi on yleisesti ottaen seurannut muiden Skandinavian maiden linjaa säilyttäen silti aina omaleimaisuutensa. Ajatustavaltaan kaikkeen uuteen ja kaikkeen humaaniin avoimesti suhtautunut Honkasalo olisi varmasti ilmaissut tukensa sille tielle tulevaisuuteen, jonka hänen maansa on valinnut:

Kuritushuonerangaistus on poistettu, kaikista vapausrangaistuksen täytäntöönpanon kovennuksista on luovuttu. Vuonna 1971 rajoitettiin voimakkaasti turvaamistoimenpiteenä vaarallisiin rikoksenuusijoihin käytettävää pakkolaitokseen määräämistä, niin että numeroiden valossa sillä ei enää tänä päivänä ole merkitystä. Uusimisen vaikutusta vähennettiin tekemällä siitä harkinnanvarainen rangaistuksen mittaamisperuste. Syyllisyysperiaatteen perustavanluonteinen merkitys rangaistuksen mittaamisessa kirjoitettiin itse rikoslakiin. Ehdollisen rangaistuksen käyttöalaa laajennettiin merkittävästi, niin että nykyään yli puolet kaikista vankeusrangaistuksista tuomitaan ehdolliseksi. Sakkorangaistuksen päiväsakkojärjestelmän mukaista sääntelyä on parannettu, niin että sakkorangaistusten merkitys on entisestään korostunut. Niiden osuus on noin 90 % kaikista seuraamuksista. Samalla annettiin sakon muuntorangaistuksesta uudet säännökset, joiden tuloksena sen käyttöä on selvästi vähennetty.

Ainoastaan Honkasalon omimmalla tehtäväkentällä, rikosoikeusdogmatiikassa, ei Honkasalon oppikirjojen tilalle ole vielä tullut mitään niiden veroista[15]. Hänen elämäntyönsä muistuttaa yhä suuresta oppineesta, jonka kirjat tosin — sehän on kaikkien oppikirjan kirjoittajien kohtalona — tulevat

---

[14] Siitä yksityiskohtaisemmin *Lahti*, Zur Entwicklung der Kriminalpolitik in Finnland, Festschrift für H.-H. Jescheck, Bd. II, 1985, s. 871 ss.

[15] Rikosoikeudellisen kirjallisuuden nykytilanteesta Suomessa ks. *Joutsen*, Finnland, teoksessa: *Eser/Barbara Huber* (toim.), Strafrechtsentwicklung in Europa, Bd. 2, Teil 1, 1988, s. 442 ss. Ks. myös kahta muuta saksankielistä dogmaattista työtä: *Lahti*, Rechtfertigungs- und Entschuldigungsgründe im Bereich medizinischer Tätigkeit, teoksessa: *Eser/Fletcher* (toim.) Rechtfertigung und Entschuldigung, Bd. II, 1988, s. 1415 ss. ja *Terttu Utriainen*, Güterabwägung im Bereich der Rechtfertigungsgründe im finnischen Strafrecht, ebenda, Bd. I, 1987, s. 611 ss. Tämän kirjoittajan Helsingin ja Turun oikeustieteellisiin tiedekuntiin sekä Lapin korkeakoulun oikeustieteiden osastoon kutsuttuna vieraana pitämä esitelmä »Uusi rikosoppi ja sen käytännön merkitys Saksan liittotasavallassa» on julkaistu oik. lis. Harri Palménin suomennoksena, Lakimies 84 (1986): 4—5; saksankielinen teksti on julkaistu teoksessa »Estudios em Homenagem ao Profesor Doutor Eduardo Correia», 1987.

varmaan aikanaan korvatuiksi nuoremman polven teoksilla, mutta jonka muisto tulee säilymään hänen ystäviensä piirissä niin hänen kotimaassaan kuin erityisesti Saksassa.

Brynolf Honkasalon kirjallinen tuotanto[1]

Laatinut oikeustieteen kandidaatti *Marja-Terttu Unkuri*

1923

Miten on tulkittava Osakeyhtiölain 19 pykälän 3 momentti? — Defensor Legis 1923, s. 122—128.

Osakeyhtiön hallituksen vastuusta yhtiötä ja sen velkojia vastaan. — Defensor Legis 1923, s. 318—326.

1924

Prosessireformia odotellessa. — Defensor Legis 1924, s. 305—314.

1925

Den nya hyreslagen. — Talonomistajain lehti 1925 n:o 1, s. 70—72, 110—111, 165—166, 208—209, 225—226.

Erinäisistä säännöksistä uudessa huoneenvuokralaissa. — Defensor Legis 1925, s. 296—307.

Kolmannen miehen oikeussuojasta irtaimistoulosmittauksessa. — Lakimies 1925, s. 313—322.

Uudesta huoneenvuokralaista. — Talonomistajain lehti 1925 n:o 1, s. 55—59, 73—75, 149—151, 193—195, 212—213.

1927

Asianajotoimen järjestelystä Rumaniassa. — Defensor Legis 1927, s. 79—82.

Eräs tapaus ulosottointerventionia. — Lakimies 1927, s. 114—118.

1928

Lisiä oppiin asiantuntijoista prosessissa. — Defensor Legis 1928, s. 346—360.

---

[1] Julkaisuluetteloon ei ole sisällytetty sanomalehtikirjoituksia. — Lyhenne »Kirj.» tarkoittaa kirjallisuusarvostelua tai -ilmoitusta.

Muutamista oikeussuojamuodoista ja eräästä ehdotuksesta niiden lisäämiseksi. — Defensor Legis 1928, s. 238—247.

Vahvistuskanneoikeudesta ja sen edellytyksistä Suomen oikeuden mukaan. I. Aineelliset edellytykset. Väitöskirja. Helsinki 1928. 176 s.

1929

Lisiä oppiin asiantuntijoista prosessissa. — Defensor Legis 1929, s. 37—49.

Todistajan ja asiantuntijan oikeudesta tuntemansa tosiseikan salaamiseen syytteeseen joutumisen välttämiseksi. — Defensor Legis 1929, s. 231—241.

1931

Miten perillisen oikeus jakamattomassa kuolinpesässä on ulosmitattava? — Defensor Legis 1931, s. 171—190, 321—334.

Täytäntöönpano-oikeudellisia laintulkintakysymyksiä. — Kunniajäsenelleen tasavallan presidentille P. E. Svinhufvudille hänen täyttäessään 70 vuotta. Suomalainen lakimiesten yhdistys. Porvoo 1931, s. 71—84 — Myös: Lakimies 1931, s. 247—260.

1932

Meneekö ulosotonhaltijan ja hovioikeuden päätös, jolla ulosmittaus tehdyn valituksen johdosta on kumottu, täytäntöön siinäkin tapauksessa, että päätöksestä valitetaan? — Defensor Legis 1932, s. 62—69.

1933

Kausaalisuuskysymys rikosoikeudessa. Helsinki 1933. 223 s.

1934

Les jugements déclaratoires dans le droit finlandais. Rapports relatifs á la Finlande. Suomalaisen tiedeakatemian toimituksia B 28: 4—13. Helsinki 1934, s. 23—46.

Uusi sterilisoimislakiehdotus. Defensor Legis 1934, s. 369—383.

Är sterilisering tillåten enligt gällande rätt? — Festskrift för professorn, jur.utr.dr. Otto Hjalmar Granfelt. Utgiven av Juridiska Föreningen i Finland. Helsingfors 1934, s. 289—296.

1935

Eger allmän domstol ålägga barn att utgiva underhåll åt föräldrar eller föräldrar åt myndiga barn? Juridiska föreningens förhandlingar år 1934. Juridiska föreningens i Finland årsmöte den 13 december 1934. Diskussionsinlägg. — Tidskrift, utgiven av Juridiska Föreningen i Finland 1935, s. 236.

Finlands nya lagförslag angående sterilisering. — Nordisk Tidsskrift för Strafferet 1935, s. 114—127.

Sterilisoinnista. — Rikollisuus ja sen vastustamismahdollisuudet. Rikollisuu-

den vastustamisviikolla Helsingissä tammikuun 7—13 päivinä 1934 pidetyt esitelmät. Toim. Veli Verkko. Julk. viikon järjestämistä varten muodostettu komitea. Helsinki 1935, s. 191—227. — Myös: Suomen kriminalistiyhdistyksen vuosikirja 1934. Helsinki 1935, s. 10—46 ja Sielunterveysseuran aikakauslehti 1934 n:o 7, s. 7—33.

Rikollisuuden yksilölliset ja yhteiskunnalliset syyt. — Suomen Poliisilehti 1935 n:o 15, s. 189—192, 218—221, 267—270.

1936

Abortiprobleemi. Selostus lakit. tri Brynolf Honkasalon esitelmästä Suomen Asianajajaliiton vuosikokouksessa toukok. 21 p:nä 1936. — Defensor Legis 1936, s. 183—192.

Onko voimassaoleva lainsäädäntö rangaistusten yhdistämisestä tyydyttävä sekä, jollei niin katsota olevan, mihin suuntaan tämä lainsäädäntö olisi uusittava? — Tidskrift, utgiven av Juridiska Föreningen i Finland 1936, s. 177—193.

Rikollisuuden yksilöllisistä ja yhteiskunnallisista syistä. — Suomen kriminalistiyhdistyksen vuosikirja 1935. Helsinki 1936, s. 163—184.

Sikiönlähdettäminen. De lege lata et de lege ferenda. I. Helsinki 1936. 168 s.

1937

Maintien ou abandon de la regle »Nulla poena sine lege». — Rapports relatifs à la Finlande. Suomalaisen tiedeakatemian toimituksia B 38: 2—9. Helsinki 1937, s. 47—50.

Nulla poena sine lege. — Kirjoitelmia 1937. Suomalaisen Lakimiesten yhdistyksen julkaisuja n:o 11. Helsinki 1937, s. 5—82.

Prosessipetos lainkäytön valossa. — Tidskrift, utgiven av Juridiska Föreningen i Finland 1937, s. 686—708.

Saksan rikoslakireformi. — Lakimies 1937, s. 426—443.

Sovitusrangaistuksen soveltuvaisuus kriminaalipoliittisiin tarkoituksiin. — Defensor Legis 1937, s. 45—57.

1938

A finn büntetöjog fejlödése 1936—37-ben. — Jógállam 1938 n:o 37.

Finlands steriliseringslag. — Nordisk Tidsskrift för Strafferet 1938, s. 249—267.

Holhoojan (uskotun miehen) toiminta sterilisoimislain puitteissa. Keskustelupuheenvuoro. — Lakimies 1938, s. 265—268.

Miten kiinnityksenhaltijan oikeus kiinteistöstä hukkaamiskiellon jälkeen saatavaan veroon, vuokraan ja hyyryyn sekä muuhun tuottoon täytäntöönpanomenettelyssä toteutetaan? — Lakimies 1938, s. 156—169.

Nulla poena sine lege. Diskussionsinlägg. — Förhandlingarna å det sjuttonde

nordiska juristmötet i Helsingfors den 17—19 augusti 1937. Helsingfors 1938, s. 56—65.

Voidaanko yhdistyslain nojalla estää aikakautisen painokirjoituksen julkaiseminen? Defensor Legis 1938, s. 388—397.

Von Angyal, Paul: Vakaumuksellinen rikoksentekijä. Suomentanut Brynolf Honkasalo. — Lakimies 1938, s. 211—226.

Kirj.: Juridiska föreningen i Finland 75 år. Tidskriftens festnummer. Tidskrift, utgiven av Juridiska Föreningen i Finland 1937 Häft 4—6. Evés Finn Jogászegylet. — Magyar jogi szemle n:o 19. Budapest 1938.

Kirj.: Tirkkonen, Tauno: Tuomionpurku. Prosessioikeudellinen tutkimus. Vammala 1937. 325 s. Suomalaisen lakimiesten yhdistyksen julkaisuja n:o 12. — Lakimies 1938, s. 281—285.

1939

Bertil Sjöström 60-vuotias. — Lakimies 1939, s. 187—192.

Bestämmande de lege ferenda av straff vid brottskonkurrens. — De nordiska kriminalistföreningarnas årsbok 1938. Stockholm 1939, s. 59—74, 83—84.

Ehdotus sakkorangaistuksen täytäntöönpanon uudeksi järjestelyksi. — Antti Tulenheimo 1879 4/12 1939 juhlajulkaisu. Helsinki 1939, s. 169—201.

Finlands straffrättspolitik under självständigheten. — De nordiska kriminalistföreningarnas årsbok 1938. Stockholm 1939, s. 285—297.

Finnland. — Zeitschrift für die gesamte Straftrechtswissenschaft 1939, s. 447—448.

Miten olisi lapsiin ja nuoriin henkilöihin kohdistuva rikosprosessuaalinen menetelmä (alustava tutkimus, oikeudenkäynti ja täytäntöönpano) uudistettava? — Tidskrift, utgiven av Juridiska Föreningen i Finland 1939, s. 25—46.

Nuoria rikoksentekijöitä koskevan lainsäädäntömme uudistamisesta. Keskustelupuheenvuoro. — Suomen kriminalistiyhdistyksen vuosikirja 1939. Helsinki 1939, s. 29—31, 62.

Rahain kavaltamisesta sananen. — Lakimies 1939, s. 674—680.

Rangaistuksen määrääminen rikosten yhtyessä de lege ferenda. — Suomen kriminalistiyhdistyksen vuosikirja 1938. Helsinki 1939, s. 27—45, 59.

Suomen rikosoikeuspolitiikka kahtena viimeisenä vuosikymmenenä. — Lakimies 1939, s. 377—391.

Ylipormestari professori Antti Tulenheimo 60-vuotias. — Antti Tulenheimo 1879 4/12 1939 juhlajulkaisu. Helsinki 1939, s. 7—13.

Caselius, Ilmari — Sjöström, Bertil — Tirkkonen, Tauno — Honkasalo, Brynolf: Yleislausunto ja polemiikkia Kivimäkeä vastaan. — Tampereen kaupungin ja sen sähkölaitoksen Finlaysonia vastaan nostama koskenomistusta koskeva riita-asia. Asiakirjoja XI. Tampere 29. 5. 1939, s. 1318—1369.

Kirj.: Norrmén, Gustaf: Illojal konkurrens enligt finsk rätt. Helsingfors 1939. 65 s. — Lakimies 1939, s. 582—584.

1940

Finnland 1938. — Zeitschrift für die gesamte Straftrechtswissenschaft 1940, s. 433—434.

Förändring av lagstiftningen rörande unga förbrytare. Diskussionsinlägg. — De nordiska kriminalistföreningarnas årsbok 1939. Stockholm 1940, s. 63—65, 76.

Kastroimissäännösten tarkoituksenmukaisuudesta. Keskustelupuheenvuoro. — Lakimies 1940, s. 370—374.

Kaupanpitokirjoista väärennysrikoksen kohteena. — Defensor Legis 1940, s. 313—320.

Nuorisorikollisuus ja sen vastustaminen. — Suomen punainen risti 1940 n:o 8, s. 144—151. — Myös: Poliisimies 1940 joulunro, s. 721—728.

Nuorista rikoksentekijöistä. — Suomen Poliisilehti 1940 n:o 20, s. 495—501. — Myös: Poliisimies 1941 n:o 1, s. 9—15.

Nyugodt lelkusmeretünk támaszkövei. Budapest 1940. 4 s.

Rangaistuksen yhdistämisestä ja yhteenlaskemisesta. Suomen kriminalistiyhdistyksen vuosikirja 1940. Helsinki 1940, s. 7—24, 26.

Sukupuolitautien vastustaminen. — Lakimies 1940, s. 365—369.

Valtiosalaisuuksien ilmaiseminen. — Lakimies 1940, s. 48—66.

Vinner dom i tvistemål rättskraft mot den, som i målet varit inkallad för att höras? Juridiska Föreningens förhandlingar år 1939. Juridiska Föreningens i Finland årsmöte den 22 februari 1940. Diskussionsinlägg. — Tidskrift, utgiven av Juridiska Föreningen i Finland 1940, s. 260—267.

Tirkkonen, Tauno — Honkasalo, Brynolf: Vastine Finlaysonin prosessiväitteisiin. — Tampereen kaupungin ja sen sähkölaitoksen Finlaysonia vastaan nostama koskenomistusta koskeva riita-asia. Asiakirjoja XIV. Tampere 16. 11. 1940, s. 1830—1843.

Kirj.: Granfelt, O. Hj.: Straffverkställigheten beträffande i allmän lag stadgade straff och andra straffrättsliga påföljder. Processrättslig framställning. 2. förfullständigade upplagan, Helsinki 1939. 90 s. Rättelser och tillägg. — Lakimies 1940, s. 108—117.

1941

Bestraffning av fylleri vid ratten. — Svensk Juristtidning 1941, s. 652—669.

Finnland. — Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft 1941, s. 582—585.

Moottoriajoneuvon kuljettajan humala lainsäädännöllisenä probleemana. — Lakimies 1941, s. 276—291.

Moottoriajoneuvon kuljettajan humalan rankaiseminen. — Poliisimies 1941 n:o 11, s. 394—399, n:o 12, s. 428—433.

Rikosten uusimisesta. — Lakimies 1941, s. 84—101.

Rikosten uusimista koskevia laintulkintakysymyksiä. — Defensor Legis 1941, s. 71—78.

1942

Brottslighetens utveckling i Finland med särskild avseende fäst vid vinterkrigets inverkan. Diskussionsinlägg. — De nordiska kriminalistföreningarnas årsbok 1940—1941. Malmö 1942, s. 155—156.

Finnland 1940. — Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft 1942, s. 492—495.

Maamme rikollisuuden kehitys pitäen erikoisesti silmällä talvisodan vaikutuksia. Keskustelupuheenvuoro. — Suomen kriminalistiyhdistyksen vuosikirja 1941. Helsinki 1942, s. 49—50.

Nuorisorikollisuuden syistä. — Huoltaja 1942 n:o 23, s. 510—514. — Myös: Vankeinhoito 1942 n:o 9—12, s. 101—105.

Om sammanläggning och sammanräkning av straff. — De nordiska kriminalistföreningarnas årsbok 1940—1941. Malmö 1942, s. 1—15, 16.

Onko kansanhuoltoministeriön eräissä tapauksissa käyttämä rajahintasäännösten julkaisemistapa laillinen? — Defensor Legis 1942, s. 298—306.

Rangaistava laiminlyönti nykyajan rikosoikeudessa. — Defensor Legis 1942, s. 49—64, 259—277.

1943

Aborttikysymyksestä erityisesti väestöpoliittista näkökulmaa silmällä pitäen. — Suomen kriminalistiyhdistyksen vuosikirja 1942. Helsinki 1943, s. 8—40, 63—64.

Blankorangaistussäännöksestä. — Lakimies 1943, s. 269—288.

Bör i ett mål angående förfalskning en person anses såsom målsägande endast på den grund, att hans namnteckning förfalskats på handlingen? Juridiska föreningens förhandlingar år 1942. Juridiska Föreningens i Finland årsmöte och 80-års fest den 13 december 1942. — Tidskrift, utgiven av Juridiska Föreningen i Finland 1943, s. 424.

Krigets inverkan på brottsligheten i Finland. — Nordisk Tidsskrift før Strafferet 1943, s. 2—40.

Rikosoikeus ajan poliittisten ja sosiaalisten katsomusten ristiaallokossa. — Defensor Legis 1943, s. 155—176.

Ungdomsbrottslighetens orsaker. — Kommunaltidningen 1943 n:o 2, s. 17—22.

Tirkkonen, Tauno — Honkasalo, Brynolf: Res judicata kysymyksestä ja vuoden 1898 sopimuksesta. — Tampereen kaupungin ja sen sähkölaitoksen Finlaysonia vastaan nostama koskenomistusta koskeva riita-asia. Asiakirjoja XX. Tampere 4. 11. 1943, s. 3266—3280.

Kirj.: Palme, W. A: Om preskription av åtalsrätt enligt gällande straff- och straffprocessrätt i Finland. Helsingfors 1942. 240 s. Juridiska Föreningens i Finland publikationsserie n:o 9. — Tidskrift, utgiven av Juridiska Föreningen i Finland 1943, s. 159—160.

1944

Abortfrågan betraktad särskilt ur befolkningspolitisk synpunkt. — De nordiska kriminalistföreningarnas årsbok 1942—1943. Malmö 1944, s. 2—29.

Den nya lagstiftningen om unga förbrytare. Diskussionsinlägg. — De nordiska kriminalistföreningarnas årsbok 1942—1943. Malmö 1944, s. 199.

Erinäiset rikokset. Oppikirja valmistavaa tutkintoa ja alempaa oikeustutkintoa varten. Hämeenlinna 1944. 142 s.

Nuoria rikoksentekijöitä koskeva uusi lainsäädäntö. Keskustelupuheenvuoro. — Suomen kriminalistiyhdistyksen vuosikirja 1943. Helsinki 1944, s. 62—63.

Nuoria rikoksentekijöitä koskevista uusista menetelmistä. — Tidskrift, utgiven av Juridiska Föreningen i Finland 1944, s. 295—307.

Kirj.: Jotuni, Olavi: Henkeen ja ruumiilliseen koskemattomuuteen kohdistuvat rikokset. Helsinki 1944. 108 s. — Suomen Poliisilehti 1944 n:o 19, s. 612—613.

Kirj.: Tirkkonen, Tauno: Välimiesmenettely. Prosessioikeudellinen tutkimus. Vammala 1943. 320 s. Suomalaisen Lakimiesyhdistyksen julkaisuja B-sarja n:o 2. — Lakimies 1944, s. 421—423.

1945

Bertil Sjöström †. — Lakimies 1945, s. 1—4.

Rikoslain 6 luv. 5 §:n tulkintaa. Milloin rangaistus on katsottava täydelleen kärsityksi? — Juhlajulkaisu Kaarlo Juho Ståhlberg 1865. 28/1. 1945. Suomalaisen Lakimiesyhdistyksen julkaisuja. Vammala 1945, s. 145—163.

Honkasalo, Brynolf — Ellilä, Reino: Rikosten uusimisesta. Rikoslain 6 luvun kommentaari. Hämeenlinna 1945. 96 s.

1946

Bertil Alfred Sjöström. — Sitzungsberichte der Finnischen Akademie der Wissenschaften 1945. Helsinki 1946, s. 99—113.

Bertil Alfred Sjöström. — Suomalainen tiedeakatemia. Esitelmät ja pöytäkirjat 1945. Helsinki 1946, s. 83—94.

Erinäiset rikokset. Oppikirja valmistavaa tutkintoa ja alempaa oikeustutkintoa varten. 2. painos, Hämeenlinna 1946. 142 s.

Nimismies rikostutkijana ja virallisena syyttäjänä. — Suomen nimismiesyhdistys. 25-vuotisjuhlajulkaisu 1921—1946. Lahti 1946, s. 81—126.

1947

Onko OK 10 luv. 21 §:n 1 momentissa edellytetty siirtopäätös (förvisningsutslag) konkurrenssin katkaiseva? — Defensor Legis 1947, s. 39—50.

Rangaistusten yhdistämisestä ja yhteenlaskemisesta. — Suomalaisen lakimiesyhdistyksen julkaisuja B-sarja n:o 19. Porvoo 1947. 127 s.

Reformatio in pejus? Miten valoisaa yksinäishuonetta on tuomittava reaalikonkurrenssissa olevista rikoksista? — Defensor Legis 1947, s. 57—61 oik.tap.

Rikosten uusimista koskevia laintulkintakysymyksiä. Vastinetta hovioikeudenasessori Matti Malille. — Defensor Legis 1947, s. 194—203.

Varkauden yritys vai kotirauhanrikos? Milloin teko on edistynyt yritysasteelle. — Defensor Legis 1947, s. 74—76 oik.tap.

Kirj.: Ellilä, Tauno: Sivullisen oikeussuojan takeista ulosotossa erityisesti silmälläpitäen ulosmittausmenettelyä. Prosessioikeudellinen tutkimus. Väitöskirja. Vammala 1947. 469 s. Suomalaisen Lakimiesyhdistyksen julkaisuja A-sarja n:o 27. Virallisen vastaväittäjän lausunto. — Lakimies 1947, s. 511—534.

1948

Eräistä ulosmittausvelkojen oikeussuojaa koskevista kysymyksistä. — Lakimies 1948, s. 253—274.

Friare behandlingsnormer för lagöverträdare. II. Kriminalvård i frihet. Diskussionsinlägg. — De nordiska kriminalistföreningarnas årsbok 1946—1947. Stockholm 1948, s. 289—291.

Kriminologisk forskning och utbildning. Diskussionsinlägg. — De nordiska kriminalistföreningarnas årsbok 1946—1947. Stockholm 1948, s. 313—319.

Rikoksen tuottaman taloudellisen hyödyn menettäminen. — Lakimies 1948, s. 115—140.

Suomen rikosoikeus. Yleiset opit I. Suomalaisen Lakimiesyhdistyksen julkaisuja B-sarja n:o 28. Hämeenlinna 1948. 215 s.

Ulosmittauspetoksesta. — Juhlajulkaisu. Suomalainen Lakimiesyhdistys 1898, 22/10. 1948. Vammala 1948, s. 382—395.

1949

Antti Tulenheimo 70-vuotias. — Lakimies 1949, s. 371—378.

Eräs ehdotus nuoria rikoksentekijöitä koskevan lainsäädännön uudistamiseksi. — Lakimies 1949, s. 394—407.

Lagen om statens arbetskolonier och erfarenheterna av dess tillämpning. — Festskrift tillägnad f.d. presidenten, förutvarande statsrådet juris doktor Karl Schlyter den 21 december 1949. Stockholm 1949, s. 207—215.

Obestämd dom och obestämd behandling. Diskussionsinlägg. — De nordiska kriminalistföreningarnas årsbok 1947—1948. Stockholm 1949, s. 27.

Om behandlingen av unge lovovertrædere. Diskussionsindlæg. — De nordiska kriminalistföreningarnas årsbok 1947—1948. Stockholm 1949, s. 48—49.

Rangaistuksen tarkoituksesta. Keskustelupuheenvuoro — Suomen kriminalistiyhdistyksen vuosikirja 1948. Helsinki 1949, s. 53—55.

Straffets ändamål. Diskussionsinlägg. — De nordiska kriminalistföreningarnas årsbok 1947—1948. Stockholm 1949, s. 165—166.

Suomen rikosoikeus. Yleiset opit II. Suomalaisen Lakimiesyhdistyksen julkaisuja B-sarja n:o 34. Hämeenlinna 1949. 268 s.

Kirj.: Ellilä, Reino: Tutkintavankeuden lukeminen rangaistuksen vähennykseksi Suomen oikeuden mukaan. Rikosoikeudellinen tutkimus. Väitöskirja. Vammala 1949. 391 s. Virallisen vastaväittäjän lausunnon mukaan. — Lakimies 1949, s. 532—549.

Kirj.: Livson, Mikael: Epävarsinainen laiminlyöntirikos. (Delictum commissivum per omissionem). Rikosoikeudellinen tutkimus. Väitöskirja. Vammala 1949. 235 s. Virallisen vastaväittäjän lausunnon mukaan. — Lakimies 1949, s. 549—557.

1950

Asianomistajan oikeus ja rikoksen tuottaman hyödyn konfiskointi. — Lakimies 1950, s. 790—801.

Erinäiset rikokset. 3. täyd. ja korj. painos. Suomalaisen Lakimiesyhdistyksen julkaisuja B-sarja n:o 35. Hämeenlinna 1950. 164 s.

Eräitä ehdollista rangaistustuomiota koskevia laintulkintakysymyksiä. — Lakimies 1950, s. 587—596.

Finsk kronik. — Nordisk Tidsskrift for Kriminalvidenskab 1950, s. 180—181, 252—254, 341—342.

Lagstiftningen angående unga lagöverträdare. Diskussionsinlägg — De nordiska kriminalistföreningarnas årsbok 1949—1950. Stockholm 1950, s. 199—204.

Neljäs pohjoismainen rikosoikeuskonferenssi. — Lakimies 1950, s. 275—279.

Om processbedrägeri enligt svensk och finsk rätt. — Festskrift tillägnad hans excellens riksmarskalken juris doctor Birger Ekeberg den 10 augusti 1950. Stockholm 1950, s. 294—301.

Professori Bruno A. Salmiala 60-vuotias. — Rikosoikeudellisia kirjoitelmia II. Bruno A. Salmialalle. Vammala 1950, s. 9—12.

Revision af lovgivningen om statsforbrydelser. Diskussionsindlæg. — De nordiska kriminalistföreningarnas årsbok 1949—1950. Stockholm 1950, s. 122.

Valoisa yksinäishuone. — Rikosoikeudellisia kirjoitelmia II. Bruno A. Salmialalle. Suomalaisen Lakimiesyhdistyksen julkaisuja A-sarja n:o 41. Vammala 1950. s. 61—75.

Kirj.: Anttila, Inkeri: Varsinaisesta epärehellisyysrikoksesta RL 38 luv. 1 §:n mukaan. Rikosoikeudellinen tutkimus. Vammala 1938. — Nordisk Tidsskrift for Kriminalvidenskab 1950, s. 376—378.

Kirj.: Ellilä, Reino: Tutkintavankeuden lukeminen rangaistuksen vähennykseksi Suomen oikeuden mukaan. Rikosoikeudellinen tutkimus. Väitöskirja. Vammala 1949. 391 s. — Nordisk Tidsskrift for Kriminalvidenskab 1950, s. 89—91.

Kirj.: Livson, Mikael: Epävarsinainen laiminlyöntirikos. (Delictum commissivum per omissionem.) Rikosoikeudellinen tutkimus. Väitöskirja. Vammala 1949. 235 s. — Nordisk Tidsskrift for Kriminalvidenskab 1950, s. 186—188.

Kirj.: Salovaara, Niilo: Rikoksen yrityksestä erityisesti n.s. kelvotonta yritystä silmällä pitäen. Väitöskirja. Vammala 1948. 272 s. — Nordisk Tidsskrift for Kriminalvidenskab 1950, s. 378—380.

1951

Allan Serlachius-Särkilahti. Muistosanoja. — Lakimies 1951, s. 379—397.

Finnland. — Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft 1951, s. 140—143.

Finsk krönika. — Nordisk Tidsskrift for Kriminalvidenskab 1951, s. 83—86, 181—182, 359—361.

Katkaiseeko vapausrangaistus sakkorangaistuksiin johtaneiden rikosten konkurrenssin? — Tidskrift, utgiven av Juridiska Föreningen i Finland 1951, s. 119—128.

La non-rétroactivité des lois pénales. — Rapports relatifs á la Finlande. Suomalaisen tiedeakatemian toimituksia B 69: 4. Helsinki 1951, s. 23—28.

Nopean korjauksen tarpeessa oleva epäkohta. — Lakimies 1951, s. 704—710.

Nuoria lainrikkojia koskeva lakiehdotus. — Defensor Legis 1951, s. 414—441.

Nuorisorikollisuuden vastustaminen kansalaistehtäväksi. — Uutta kylvöä 1951 n:o 2, s. 18—20, 30—31.

Oikeudesta aseen riisumiseen. — Lakimies 1951, s. 47—57. — Myös: Suomen Poliisilehti 1951 n:o 9, s. 243—247.

Om konfiskation av den fördel, som brottet medfört och målsägandes rätt till skadestånd. — De nordiska kriminalistföreningarnas årsbok 1950—1951. Stockholm 1951, s. 101—110, 117—118.

Parannus, mutta pahempaan päin. — Tidskrift, utgiven av Juridiska Föreningen i Finland 1951, s. 66—71.

Perinnöllisyys ja ympäristö luovat pohjan rikollisuudelle. — Terve lapsi 1951 n:o 1, s. 15—16.

Voiko osakeyhtiön hallituksen jäsen aiheuttamalla tahallisesti vahinkoa osakkeenomistajalle syyllistyä epärehellisyysrikokseen? — Defensor Legis 1951, s. 69—81.

Kirj.: Uitto, Jorma: Vankien ehdonalaiseen vapauteen päästäminen ja sen edellytykset. Rikosoikeudellinen tutkimus. Väitöskirja. Vammala 1950. 224 s. — Nordisk Tidsskrift for Kriminalvidenskab 1951, s. 95—96.

1952

Antti Tulenheimo (1879—1952). — Suomen kriminalistiyhdistyksen vuosikirja 1952—1955 n:o 18—21, s. 7—9.

Antti Tulenheino (4. december 1879—3. september 1952). — Nordisk Tidsskrift for Kriminalvidenskab 1952, s. 405— 407.

Asiantuntijalausunto ylijohtaja Veikko Vennamon ja hänen myötäpuoliensa toisen korvauslain mukaisen korvausasian yhteydessä tehdyistä valtiontalouden tarkastusviraston esityksistä. Helsinki 1952. 14 s.

Beskyttelse af en afdöds personlighed. Diskussionsindlæg. — Förhandlingarna å det XIX nordiska juristmötet i Stockholm den 23—25 augusti 1951. Stockholm 1952, s. 141—144.

Die Einziehung von scelere quaesita und die Rechtstellung des durch das Verbrechen verletzten von Standpunkt des nordischen Rechts. — Studi in memoria di Arturo Rocco II. Milano 1952, s. 69—89.

Epämääräinen rangaistustuomio. — Lakimies 1952, s. 324—332.

Finnland 1950. — Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft 1952, s. 532—536.

Finsk krönika. — Nordisk Tidsskrift for Kriminalvidenskab 1952, s. 474—475.

Garantier for rettssikkerheten ved administrative avgjörelser. Diskusjonsinnlegg. — Förhandlingarna å det XIX nordiska juristmötet i Stockholm den 23—25 augusti 1951. Stockholm 1952, s. 266—269.

Insemination. Diskussionsindlæg. — Förhandlingarna å det XIX nordiska juristmötet i Stockholm den 23—25 augusti 1951. Stockholm 1952, s. 98—102.

Periytyykö rikollisuus? — Terve lapsi 1952 n:o 4 s. 4 & 15, n:o 5 s. 6, 14.

Tidsobestämt frihetsberövande såsom reaktionsform mot lagöverträdare. — Nordisk Tidsskrift for Kriminalvidenskab 1952, s. 75—107.

Vaaralliset rikoksenuusijat. — Tidskrift, utgiven av Juridiska Föreningen i Finland 1952, s. 197—209. — Myös: Suomen Poliisilehti 1953 n:o 33, s. 45—50.

Salmiala, Bruno A. — Honkasalo, Brynolf: Sairaala-asiakirjojen juriidinen luonne. — Suomen lääkärilehti 1952 n:o 19, s. 761—775.

1953

Antti Tulenheimo (1879—1952). — De nordiska kriminalistföreningarnas årsbok 1951—1952. Stockholm 1953, s. XV—XVI.

Finnland 1951 und 1952. — Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft 1953, s. 69—71.

Finsk krönika. — Nordisk Tidsskrift for Kriminalvidenskab 1953, s. 74—76, 369—371.

Kanslianeuvos Erik Mandelin in memoriam. — Terve lapsi 1953 n:o 4, s. 3.

Lægelig, psykologisk og pædagogisk behandling af lovovertrædere. Diskussionsindlæg. — De nordiska kriminalistföreningarnas årsbok 1951—1952. Stockholm 1953, s. 266.

Lasten suojeleminen siveellisyysrikoksilta. — Terve lapsi 1953 n:o 2, s. 4—5.

Nuoria lainrikkojia koskeva lainsäädäntö. Keskustelupuheenvuoro — Suomen kriminalistiyhdistyksen vuosikirja 1950—1951. Helsinki 1953, s. 38—47.

Några centrala synpunkter på revisionen av lagstiftningen om farliga återfallsförbrytare. Diskussionsinlägg. — De nordiska kriminalistföreningarnas årsbok 1951—1952. Stockholm 1953, s. 205—207.

Rikoksesta saadun hyödyn konfiskoinnista ja asianomistajan oikeudesta vahingonkorvaukseen. — Suomen kriminalistiyhdistyksen vuosikirja 1950—1951. Helsinki 1953,s. 85—97, 108—110.

Strafgesetzbuch vom 4. 12. 1889 nach dem Stand v. 1. 1. 1953. Kapitel 11, 12, 16. Übersetzt von Brynolf Honkasalo. — Die strafrechtlichen Staatsschutzbestimmungen des Auslandes. Eine Sammlung der wichtigsten ausserdeutschen Gesetze. Hrsg. von Adolf Schönke. Bonn 1953, s. 23—27.

Suomen rikosoikeus. Yleiset opit III. Suomalaisen Lakimiesyhdistyksen julkaisuja B-sarja n:o 58. Hämeenlinna 1953. 370 s.

Tidsubestemt frihedsberøvelse som reaktionsform mod lovovertrædere. — De nordiska kriminalistföreningarnas årsbok 1951—1952. Stockholm 1953, s. 267—274.

Valoisasta yksinäishuoneesta vieläkin sananen. — Lakimies 1953, s. 106—113.

Blom, Olof — Paloheimo, Martti — Honkasalo, Brynolf: Rikokset, sensaatio ja lehdistö. — Kansan kuvalehti 1953 n:o 13, s. 4—5. Myös: Suomen lehdistö 1953 n:o 24, s. 39.

Honkasalo, Brynolf — Salmiala, Bruno A.: Eräitten sairaala-asiakirjojen juriidinen luonne RL 40 luv. 6 §:n 1 mom:n 1 kohtaa silmällä pitäen. — Defensor Legis 1953, s. 1—16.

Kirj.: Anttila, Inkeri: Nuori lainrikkoja. Porvoo—Helsinki 1952. 400 s. — Nordisk Tidsskrift for Kriminalvidenskab 1953, s. 378—379.

1954

Allmänpreventionens och individualpreventionens betydelse i brottslighetens bekämpande. Diskussionsinlägg. — Nordisk kriminalistisk årsbok 1952—1953. Stockholm 1954, s. 61—65.

Antti Agathon Tulenheimo. — Sitzungsberichte der Finnischen Akademie der Wissenschaften 1953. Helsinki 1954, s. 67—79.

Antti Agathon Tulenheimo. — Suomalainen tiedeakatemia. Esitelmät ja pöytäkirjat 1953. Helsinki 1954, s. 83—93.

Brottbalksförslaget. Brotten mot person. Diskussionsinlägg. — Nordisk kriminalistisk årsbok 1952—1953. Stockholm 1954, s. 113—116.

Das finnische Strafgesetzbuch vom 19. Dezember 1889. Übersetzt von Brynolf Honkasalo. Sammlung ausserdeutscher Strafgesetzbücher. Hrsg. vom Institut für ausländisches und internationales Strafrecht. Berlin 1954. 110 s.

Finsk krönika. — Nordisk Tidsskrift for Kriminalvidenskab 1954, s. 69.

Kriminalreportage. Diskussionsinlägg — Nordisk kriminalistisk årsbok 1952—1953. Stockholm 1954, s. 192—193.

Kuolemanrangaistus. — Tidskrift, utgiven av Juridiska Föreningen i Finland 1954, s. 274—285.

Miksi ihminen tekee rikoksen? — Suomen Poliisilehti 1954 n:o 5, s. 191—197.

Nuorisorikollisuudesta ja sen syistä. — Suomen lakimiesliiton X lakimiespäivien pöytäkirja 1959. Vammala 1959, s. 11—27.

Saakö henkilöä, joka saattaisi olla syytettynä jutussa, mutta jota ei ole siinä vastaamaan kutsuttu, kuulla todistajana. — Lakimies 1954, s. 481—487.

1955

De mänskliga rättigheterna, straffprocessen och frihetsberövandet. Diskussionsinlägg. — Nordisk kriminalistisk årsbok 1954. Stockholm 1955, s. 89—91.

Entisaikojen käräjäkirjureita. — Defensor Legis 1955, s. 48—52.

Finsk krönika. — Nordisk Tidsskrift for Kriminalvidenskab 1955, s. 178—179.

Kansalaisvapauksien takeet. — Tieteen päivät Helsingissä 7—9 tammikuuta 1954. Helsinki 1955, s. 110—126.

Katkaiseeko alioikeuden julistama alistettava tuomio reaalikonkurrenssin? — Lakimies 1955, s. 422—424.

Kirj.: Lakikirja. Toim. Y. J. Hakulinen. Helsinki 1955. 1131 s. — Lakimies 1955, s. 473—475.

Kirj.: Suomen laki. Toim. Erkki Ailio. Helsinki 1955. 1390 s. — Lakimies 1955, s. 956—959.

1956

Die Todesstrafe. — Sitzungsberichte der Finnischen Akademie der Wissenschaften 1955. Helsinki 1956, s. 89—102.

Finsk krönika. — Nordisk Tidsskrift for Kriminalvidenskab 1956, s. 175—177.

Haltuun uskottujen varain kavaltamisesta. — Tidskrift, utgiven av Juridiska Föreningen i Finland 1956, s. 263—268.

Konfiskation som følge af lovovertrædelse. Diskussionsindlæg. — Forhandlinger på det XX nordiske juristmøte i Oslo den 23—25 august 1954. Oslo 1956, s. 117—119.

Kuolemanrangaistus. — Suomalainen tiedeakatemia. Esitelmät ja pöytäkirjat 1955. Helsinki 1956, s. 137—148.

Kurin merkitys yksilön kasvattamiseksi yhteiskuntakelpoiseksi kansalaiseksi. Keskustelupuheenvuoro. — Suomen kriminalistiyhdistyksen vuosikirja 1952—1955. Helsinki 1956, s. 162—164.

L'orientation moderne des notions d'auter de l'infraction et de participation á l'infraction. — Revue internationale de droit pénal 1956, s. 200—204.

Moottoriajoneuvon konfiskointi liikennerikkomuksen seuraamuksena. — Defensor Legis 1956, s. 255—263. — Myös: Suomen Poliisilehti 1956 n:o 11—12, s. 546—549.

Oikeusjärjestyksen muuttuminen. — Suomalaisen kansanvallan kehitys. Toim. Pentti Renvall. Historian aitta 13. Porvoo 1956, s. 209—216.

Päänäkökohtia vaarallisia rikoksenuusijoita koskevan lainsäädännön uudistamisessa. Keskustelupuheenvuoro. — Suomen kriminalistiyhdistyksen vuosikirja 1952—1955. Helsinki 1956, s. 46—48.

Rikoksia koskeva uutispalvelu. Keskustelupuheenvuoro. — Suomen kriminalistiyhdistyksen vuosikirja 1952—1955. Helsinki 1956, s. 125—127.

Uusin kriminaalipoliittinen liike. — Toivo Mikael Kivimäki 1886. 5. 6. 1956. Juhlajulkaisu. Suomalaisen Lakimiesyhdistyksen julkaisuja C-sarja n:o 4. Vammala 1956 4:o, s. 129—142.

Yleisprevention ja erityisprevention merkitys rikollisuuden vastustamisessa. Keskustelupuheenvuoro. — Suomen kriminalistiyhdistyksen vuosikirja 1952—1955. Helsinki 1956, s. 83—88.

1957

Brottslighetens utveckling i Finland under de senaste årtiondena. — Nordisk Tidsskrift for Kriminalvidenskab 1957, s. 170—177.

Das finnische Strafrecht. — Das ausländische Strafrecht der Gegenwart II. Berlin 1957, s. 7—147.

Die Entwicklung der Kriminalität in Finnland während der letzten Jahrzehnte. — Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft 1957, s. 106—114.

Olemme parempia kuin luullaan. — Suomen kuvalehti 1957 n:o 27, s. 6—7.

Rikollisuuden kehitys Suomessa viimeisinä vuosikymmeninä. Lakimies 1957, s. 117—125. — Myös: Suomen Poliisilehti 1957 n:o 3, s. 107—110.

Tuktens betydelse för individens uppfostran till en duglig samhällsmedlem. Diskussionsinlägg. — Nordisk kriminalistisk årsbok 1955. Stockholm 1957, s. 10—11.

Honkasalo, Brynolf — von Bonsdorff, Gabriel: »Täyttä ymmärrystä vailla». — Terveydenhoitolehti 1957 n:o 69, s. 209—211.

1958

Kan man såsom påföljd för trafikförseelse konfiskera motorfordonet? — Nordisk kriminalistisk årsbok 1956. Stockholm 1958, s. 9—13.

Muistelmia kansakouluajalta. — Kodin kuvalehti — Terve lapsi 1958 n:o 12, s. 10—11.

Nuorisorikollisuudesta ja sen syistä. — Kodin kuvalehti — Terve lapsi 1958 n:o 3 s. 10—11 & 22, n:o 4 s. 6 & 12—13.

Oikeuden ja tahdonvapauden käsitteiden kehityspsykologinen arviointi. — Lakimies 1958, s. 116—124.

Otto Hjalmar Granfelt 1874—1957. — Nordisk kriminalistisk årsbok 1956. Stockholm 1958, s. XIII—XIV.

Perinnöllisyys vaiko ympäristö? — Lakimies 1958, s. 501—510.

Tapaus Mykle ja sen taustaa. — Kodin kuvalehti — Terve lapsi 1958 n:o 2, s. 12—14.

1959

Nuorisorikollisuudesta ja sen syistä. — Suomen Lakimiesliiton X lakimiespäivien pöytäkirja 1959. Vammala 1959, s. 11—27.

Om moderna strömningar inom kriminalpolitiken. — Nordisk kriminalistisk årsbok 1957. Stockholm 1959, s. 1—9.

Skattesvik som kriminalpolitisk problem. Diskussionsinlägg. — Nordisk kriminalistisk årsbok 1957. Stockholm 1959, s. 160—163.

1960

Finsk krönika. — Nordisk Tidsskrift for Kriminalvidenskab 1960, s. 365—367.

Karl Schlyter †. — Svensk Juristtidning 1960, s. 8—9.

Kriminalitetsutviklingen i Norge efter krigen — saerlig med tanke på ungdoms-

kriminaliteten. Diskussionsinlägg. — Nordisk kriminalistisk årsbok 1958. Stockholm 1960, s. 91—94.

Professori Bruno A. Salmiala 70-vuotias. — Lakimies 1960, s. 453—458.

Suomen rikollisuus. — Oma maa. VIII. Tietokirja Suomen kodeile. Toim. Edvin Linkomies. Porvoo 1960, s. 454—464.

Suomen rikosoikeus. Erityinen osa II. Suomalaisen Lakimiesyhdistyksen julkaisuja B-sarja n:o 104. Hämeenlinna 1960. 267 s.

Suomen rikosoikeus. — Oma maa. VII. Tietokirja Suomen kodeille. Toim. Edwin Linkomies. Porvoo 1960, s. 182—194.

Rikosoikeuden professorinvirka. Professori Brynolf Honkasalon 25. 11. 1959 päivätystä asiantuntijalausunnosta. — Lakimies 1960, s. 384—386.

Kirj.: Bibliographia iuridica fennica. Suomen lainopillinen kirjallisuus II. 1949—1958. Toim. Marjatta Seppälä—Esa Seppälä. Helsinki 1959, 456 s. — Lakimies 1960, s. 109—110.

1961

Kriminalistföreningen i Finland 25 år. — Nordisk kriminalistisk årsbok 1959. Stockholm 1961, s. 1—8.

Palovakuutuspetoksesta. — Lakimies 1961, s. 105—118. — Myös: Suomen vakuutuslakimiesten yhdistyksen julkaisuja n:o 17. Vammala 1965, s. 12—26.

Tuomarin asema ja tehtävä uudessa rikosoikeusjärjestyksessä. Lakimies 1961, s. 423—439.

1962

Kiristäminen. — Lakimies 1962, s. 435—488.

Suomen rikosoikeus. Erityinen osa III. Suomalaisen Lakimiesyhdistyksen julkaisuja B-sarja n:o 114. Hämeenlinna 1962. 290 s.

1963

Ulosotto-oikeuden järjestelmästä. — Lakimies 1963, s. 271—286.

1964

Erinäiset rikokset. Suomalaisen Lakimiesyhdistyksen julkaisuja B-sarja n:o 35. 4. täyd. ja korj. painos, Hämeenlinna 1964. 159 s.

Mathilda Wreden satavuotismuisto. — Lakimies 1964, s. 746—749.

Soimauksen todistettavuus kunnianloukkauksessa. — Defensor Legis 1964, s. 387—399.

Suomen rikosoikeus. Erityinen osa I.2. Varallisuusrikokset. Suomalaisen Lakimiesyhdistyksen julkaisuja B-sarja n:o 120. Hämeenlinna 1964. 292 s.

1965

Nulla poena sine lege. — Lakimies 1965, s. 733—743.

Suomen rikosoikeus. Yleiset opit I. Suomalaisen Lakimiesyhdistyksen julkaisuja B-sarja n:o 28. 2. painos, Helsinki 1965. 198 s.

Toisen irtaimen omaisuuden luvaton käyttäminen. — Lakimies 1965, s. 58—63.

Toisen irtaimen omaisuuden luvatonta käyttämistä koskevien lainkohtien tulkintaa. — Lakimies 1965, s. 957—968.

1966

Syyllisyydestä riippumaton seurausvastuu rikosoikeudessamme. — Lakimies 1966, s. 478—486.

Honkasalo, Brynolf — Ellilä, Reino: Rikosoikeuden yleiset opit pääpiirteittäin. Hämeenlinna 1966. 185 s.

1967

Elämä antaa ja ottaa. Oikeuselämässä harmaantuneen miehen kertomaa. Hämeenlinna 1967. 346 s.

Entisaikojen käräjäkirjureita. — Joulutunnelma 1967, s. 8—10.

Onko rangaistuksen yleisestävä vaikutus todistettavissa? — Lakimies 1967, s. 88—97.

Suomen rikosoikeus. Yleiset opit II. Suomalaisen Lakimiesyhdistyksen julkaisuja B-sarja n:o 34. 2. korj. painos, Helsinki 1967. 292 s.

1968

Eräitä ulosmittauksen tehostamiskeinoja koskevia kysymyksiä. — Juhlajulkaisu Tauno Tirkkosen 70-vuotispäivänä 2. 8. 1968. Suomalaisen Lakimiesyhdistyksen julkaisuja C-sarja n:o 8. Vammala 1968, s. 84—95.

1969

Suomen rikosoikeus. Yleiset opit III. Suomalaisen Lakimiesyhdistyksen julkaisuja B-sarja n:o 58. 2. painos, Hämeenlinna 1969. 318 s.

1970

Suomen rikosoikeus. Erityinen osa I, 1. Henkilöön kohdistuvat rikokset. Suomalaisen Lakimiesyhdistyksen julkaisuja B-sarja n:o 107. Hämeenlinna 1970. 175 s.

Vapausrangaistusten lajit

Professori *Inkeri Anttila*

Jos rikosoikeudelliset rangaistukset jaoitellaan sen mukaan, mihin oikeudellisesti suojattuun etuun ne kohdistuvat, vapausrangaistuksia olisivat kaikki rangaistavan henkilön toimintavapautta rajoittavat rangaistukset. Näin laaja vapausrangaistus-sanan käyttö ei nykyaikana kuitenkaan ole tavallista. Ainakin niissä maissa, joissa maastakarkoitusta tai maansisäistä karkoitusta ei käytetä eikä kotiarestiakaan tunneta, vapausrangaistukset ovat tulleet merkitsemään samaa kuin laitoksissa täytäntöönpantavat rangaistukset.

Kun nykyistä rikoslakia valmisteltiin 1800-luvun loppupuolella, oli vapausrangaistusten valta-asema Euroopassa kiistaton. Niillä nähtiin olevan monia etuja: niiden kohteeksi joutuminen sisälsi niin suuren pahan että se oli riittävän ankara rikoksen seuraamukseksi; ne voitiin sopeuttaa tapauksen yksilöllisten olosuhteiden mukaisiksi; niihin voitiin vieläpä yhdistää rikoksentekijän kasvattaminen ja parantaminen.[1] Suomessa erityisesti luopuminen Siperiaan karkoittamisesta lisäsi tarvetta kehittää kotimaassa täytäntöönpantavia laitosseuraamuksia.

Kuritushuone ja vankeus rikoslaissa

Rikoslakia valmisteltaessa oli ratkaistava, pitäisikö lakiin ottaa useampia vapausrangaistuksen lajeja. Vuoden 1875 komitea katsoi, että lajeja tarvittaisiin kolme, kuritushuone, vankeus ja aresti. Aresti olisi komitean mukaan soveltunut sekä sakon muuntorangaistusta suorittaville että sellaisille, jotka eivät tarvinneet erityistä vankilakasvatusta. Erityisen hyvin arestin katsottiin so-

[1] *Forsman, Jaakko,* Straffrättens allmänna läror, s. 269—270. Helsingfors 1893.

veltuvan sellaisten rikosten rangaistukseksi, joita ei ajan käsityksen mukaan pidetty häpeällisinä.[2]

Vuoden vuoden 1884 tarkastuskomitean mietinnössä vapausrangaistusten lajit oli kuitenkin vähennetty kahteen. Järjestelmän katsottiin täten muodostuvan selkeämmäksi ja yksinkertaisemmaksi. Myös valtiontaloudelliset näkökohdat puolsivat lajien vähentämistä. Ratkaisun seurauksena sai vankeusrangaistus ehdotuksessa eräitä aikaisemmin arestille ominaisia piirteitä ja erottui siten kuritushuonerangaistuksesta aikaisempaa selvemmin. Sakon muuntorangaistus ehdotettiin luonnollisesti nyt suoritettavaksi vankeutena.[3]

Jälkimmäisen ehdotuksen mukaisesti rikoslakiin tuli kaksi vapausrangaistuksen lajia, kuritushuone ja vankeus.

Rikoslain yleisessä osassa säädettyjen enimmäis- ja vähimmäisaikojen perusteella (RL 2: 2 ja 2: 3) olivat elinkautinen rangaistus ja pisimmät määräaikaiset rangaistukset aina kuritushuonetta, lyhimmät aina vankeutta. Mutta kuuden kuukauden ja neljän vuoden puitteisiin sijoittuvat vapausrangaistukset saattoivat olla joko kuritushuonetta tai vankeutta, sen mukaan kun asianomaisen rikoksen rangaistusasteikossa oli säädetty. Kuritushuone oli vankeutta ankarampi, mikä ilmeni mm. siinä, että rangaistuksia yhdistettäessä tai yhteenlaskettaessa vankeus oli muunnettava kuritushuoneeksi lyhentämällä siitä neljännes (RL 7: 5 ja RTA 2: 11). Kuritushuonerangaistuksen ankaruutta tehosti myös se, että siihen saattoi liittyä eräitä lisärangaistuksia.

Kumpaakaan rangaistuslajia ei ollut tarkoitettu varsinaisesti »kunniattomaksi tekeväksi rangaistukseksi»,[4] mutta kuritushuoneella oli kuitenkin vankeutta häpeällisempi leima. Juuri tästä syystä säädettiin rikoslaissa kaksintaistelusta, jota ajan käsityksen mukaan ei pidetty häpeällisenä, kuritushuonen sijasta poikkeuksellisen pitkä vankeusrangaistus; säännös säilyi rikoslaissa aina 1960-luvun loppuun.

Rikoslain säätäjien tarkoituksena oli erottaa kuritushuone ja vankeus toisistaan myös sisällöllisesti. Vaikka vankikasvatus sisällytettiin kaikkiin vapausrangaistuksiin, se liitettiin erityisesti kuritushuonerangaistukseen — näin siitäkin syystä, että vankien parantumisen ei uskottu voivan toteutua lyhyiden, enintään neljän vuoden pituisten vankeusrangaistusten puitteissa.[5] Kuritushuone-

[2] Förslag till strafflag för Storfurstendomet Finland mm., s. 9. Helsingfors 1875.

[3] Förslag till strafflag för Storfurstendomet Finland mm., s. 143. Helsingfors 1884.

[4] Ks. esim. *Serlachius, Allan,* Suomen rikosoikeuden oppikirja I, Yleiset opit, s. 192. Helsinki 1909.

[5] Ks. em. teos s. 195.

rangaistukselle oli kasvatustavoitteen toteuttamiseksi luotu ankara, yksityiskohtainen ja kaavamainen progressiivijärjestelmä: pitkä yksinäisyys alkuaikana, jako kolmeen luokkaan ja vangin oikeuksien vähittäinen lisääminen sitä mukaa kuin hän osoitti parantumisen merkkejä. Vankeusvangeille vastaavaa järjestelmää sovellettiin lievennettynä.

Kuritushuonevanki oli velvollinen tekemään pakkotyötä valtion hyväksi, kun taas vankeusvanki sai periaatteessa tehdä omaa työtään ja saada sen tuloista itselleen kolmanneksen. Kuritushuonerangaistuksen ankaruutta kuvasti se, ettei vanki rikoslain voimassaolon ensimmäisinä vuosikymmeninä saanut rangaistuksen täytäntöönpanon alkuvaiheessa edes pientä säästörahaa, vaan tämä tuli mahdolliseksi vasta hänen päästyään siirtymään alimmasta pakkoluokasta seuraavaan oppiluokkaan. Sama koski vuodesta 1925 vangeille maksettavaa työosuusrahaa aina vuoteen 1944 saakka.

Vaikuttaa ehkä yllättävältä, että rikoslain säätämisen yhteydessä annetussa RTA:ssa ehdonalainen vapaus ulotettiin koskemaan molempia rangaistuslajeja (RTA 2: 13). Kun vapauttaminen aina vuoden 1921 lainmuutokseen saakka edellytti vähintään kolmen vuoden pituista vapausrangaistusta, se tuli käytännössä pikemminkin kuritushuone- kuin vankeusvankien osaksi; jopa elinkautinen kuritushuonevanki saattoi päästä ehdonalaiseen vapauteen 12 vuoden vähimmäisajan kuluttua. Nämä ehdonalaista vapautta koskevat säännökset selittyvät sillä, että vapauttaminen liittyi kiinteästi progressiivijärjestelmään. Vapautumisen tuli olla parantuneen vangin etuna. Sitä koskevan päätöksen teki vuoteen 1921 saakka ensin senaatin oikeusosasto ja sitten korkein oikeus. Vasta vuonna 1921 valta siirtyi oikeusministeriölle.

Joitakin vuosikymmeniä rikoslain säätämisen jälkeen Suomen lainsäädäntöön lisättiin ehdollinen rangaistustuomio. Lainvalmistelukunnan vuonna 1911 valmistaman ehdotuksen mukaan se olisi koskenut ainoastaan vankeusrangaistuksia ja ylärajana olisi ollut kuusi kuukautta.[6] Hallituksen esityksessäkin ehdotettiin samoja rajoja, mutta eduskunnan lakivaliokunnan mietinnön mukaisesti vuonna 1918 annettu laki ulotti ehdollisen rangaistustuomion mahdollisuuden myös kuritushuonerangaistuksiin ja korotti ylärajan samalla yhdeksi vuodeksi.[7]

---

[6] Ehdotus asetukseksi ehdollisesta rangaistustuomiosta. Lainvalmistelukunnan mietintö 7. 11. 1911.

[7] *Voipio, P. J.*, Ehdollisen rangaistustuomion kehitys Suomessa, Lakimies 1959, s. 478—490.

Järjestelmän koventuminen ja eriytyminen 1930-luvulla

Itsenäisessä Suomessa tuli varsinkin kieltolain loppuvuosina korkeasta vankiluvusta melkoinen ongelma — olihan vankeja vuonna 1929 kokonaista 7 329. Kolmena perättäisenä vuonna tehtyjen yritysten jälkeen säädettiin vuonna 1930 laki vapausrangaistusten koventamisesta, joka toi järjestelmään vesileipävankeuden.[8]

Uusi rangaistusmuoto merkitsi todella pelkkää kovennusta niille, joiden rangaistusaika ei ravinnon vähentämisestä huolimatta lyhentynyt. Mutta suurimmalle osalle se merkitsi rangaistusajan lyhentymistä viidenteen osaan alkuperäisestä.

Mutta kovennuksia syntyi toista tietä. Periaatteessa varsin merkittävä uutuus oli vuonna 1932 säädetty laki vaarallisista rikoksenuusijoista, jolla järjestelmään tuotiin uutena seuraamusmuotona pakkolaitokseen eristäminen. Legalistisessa Suomessa ei eristämistä muodostettu tavallisen vapausrangaistuksen vaihtoehdoksi vaan sen jatkeeksi: eristettävä ei päässyt ehdonalaiseen vapauteen eikä vapautunut edes rangaistuksen loppuun suoritettuaan vaan joutui olemaan pakkolaitoksessa aina siihen saakka kunnes oli todettu, ettei hän enää ollut yleiselle tai yksityiselle turvallisuudelle vaarallinen. Järjestelmässä korostui ajan hengen mukainen usko luokittelun arvoon ja vaarallisuuden arviointiin. Eristämisajat olivat sangen pitkiä. Ehdonalainen vapaus pakkolaitoksessa oli mahdollista vasta kolmen vuoden kuluttua ja koevapauskin vasta kahden vuoden kuluttua rangaistuksen loppuun suorittamisesta. Vasta vuonna 1953 annetussa uudessa laissa vaarallisten rikoksenuusijain eristämisestä näitä määräaikoja lyhennettiin. Samalla kuitenkin myös pakkolaitokseen määräämisen edellytyksiä lievennettiin.

Erityisestävän suunnan toinen lempiajatus, vankien kasvattaminen ja parantaminen laitoksessa, liitettiin alusta pitäen erityisesti nuorten vankien käsittelyyn. Korostetusti tätä ajatusta ilmensi 1930-luvulla valmisteltu, vaikka vasta 1940 laiksi ehtinyt laki nuorista rikoksentekijöistä, jossa tuntuvasti kovennettiin nuorten laitosseuraamuksia. Nuorisovankilaan sijoitettavien kuritushuonevankien laitosaika piteni näet automaattisesti kahdella vuodella ja vankeusvankien vastaavasti yhdellä vuodella. Perusteluna oli nimenomaisesti pitkän kasvatusajan välttämättömyys. Kaavamista ajattelutapaa osoitti se, että kuritushuonevankien kasvatustarve aina katsottiin vankeusvankien kasvatustarvetta suuremmaksi. Järjestelmään kuuluva aikaistettu ehdonalaisen vapautumisen

[8] *Hannula, Ilari,* Vankeinhoitoon liittyvän lainsäädännön historiaa 1881—1975, Suomen vankeinhoidon historia, osa I, toim. Elina Suominen, s. 124. Helsinki 1981.

mahdollisuus ei juurikaan kompensoinut nuorisovankilalisän kovennusvaikutusta; vasta vuonna 1953 lakiin tehdyllä muutoksella lyhennettiin laitosaikoja ja vähennettiin kaavamaisuutta.

Päätöksenteon kannalta kahdessa edellä mainitussa laissa oli mielenkiintoisia eroja. Sekä pakkolaitokseen että nuorisovankilaan määrääminen oli uskottu varta vasten perustetulle uudelle erikoiselimelle, vankilaoikeudelle; pakkolaitoksen osalta tosin sillä varauksella, että asiaa käsitellyt yleinen oikeus oli päätöksessään todennut eristämisen mahdollisuuden. Vapauttamisessa menettely sen sijaan oli erilainen. Pakkolaitoksesta ehdonalaiseen vapauteen ja koevapauteen päästäminen kuuluivat tiukasti vankilaoikeudelle; samalle elimelle tuli kuulumaan vuoden 1953 lain mukaan myös pakkolaitosvangin siirtäminen avo-osastoon. Nuorisovangeista sen sijaan määräsivät vankeinhoitoviranomaiset. Vain käytännössä merkityksetön nuorisovangin lopullinen vapauttaminen oli jätetty vankilaoikeuden tehtäväksi.

Laitosrangaistukset 1940- ja 1950-luvuilla

Sotavuosien jälkeen tarvittiin Suomessa jälleen erityisiä toimenpiteitä korkean vankiluvun johdosta. Kun ehdonalaista vapauttamista koskevien säännösten lievennykset eivät riittäneet, toteutettiin jo sota-aikana suunniteltu uudistus: perustettiin työsiirtolat. Niihin pääsivät ensikertaiset enintään vuodeksi vankeuteen tuomitut tai sakon muuntorangaistusta suorittavat työkykyiset ja avolaitokseen soveltuvat vangit. Järjestelmän uskottavuutta tehostettiin sillä, että kurinpitorikkomus vei takaisin vankilaan, jossa vankeus jouduttiin suorittamaan alusta alkaen. Työsiirtolan perustamisen yhteydessä lakkautettiin vesileipävankeus.

Jos työsiirtolajärjestelmä olisi syntynyt jossakin suuressa maassa ja sitä olisi onnistuttu markkinoimaan suurilla kielillä, se olisi uutuudellaan herättänyt valtavaa huomiota. Siinähän luovuttiin monista siihen saakka selvinä pidetyistä rajoituksista. Uusista laitoksista jäivät pois muurit ja kalterit, vartijat ja vankipuvut. Vangeille, joita kutsuttiin työntekijöiksi, suoritettiin käyvän palkkatason mukainen palkka, josta vähennettiin majoituskustannukset. Vangit ostivat itse ruokansa ja alkoivat maksaa palkastaan veroa.

Mielenkiintoinen piirre työsiirtolajärjestelmässä oli myös se, että siitä kokonaan puuttui progressiivijärjestelmä ja perinnäisissä vankiloissa vielä tuohonkin aikaan tärkeäksi koettu vankikasvatus. Viitteen ajan käsityksistä antaa se, että työsiirtoloita koskevassa hallituksessa esityksessä uusia laitoksia

jouduttiin puolustelemaan sillä, ettei sinänsä tärkeää vankikasvatusta ehdittäisi tavallisestikaan vankilassa lyhytaikaisille vangeille antaa.[9]

Työsiirtolajärjestelmästä saatujen hyvien kokemusten jälkeen perustettiin maahamme vuonna 1954 vankisiirtolat, joihin vanki voitiin sijoittaa rangaistuksensa loppuajaksi. Vankisiirtolaan voivat päästä myös kuritushuonevangit.

Tosiasiallisesti uusi rangaistusmuoto syntyi vielä 1940-lopulla perustettaessa työleirit. Tällaiseen laitokseen sijoitettiin omalla suostumuksellaan vanki ehdonalaisen vapauden ensimmäisten kuukausien ajaksi. Työleirillä tapahtunut kurinpitorikkomus johti takaisin vankilaan.

Kaikki edellä mainittuja uusia laitoksia koskevat sijoituspäätökset oli uskottu oikeusministeriön vankeinhoito-osastolle.

Järjestelmän uudistaminen 1970-luvulla

Kriminaalipolitiikan osakseen saama huomio ja siihen liittynyt vilkas julkinen keskustelu 1960-luvun loppupuolella vaikuttivat rikosoikeudellisiin uudistuksiin vasta 1970-luvulla. Pakkolaitoksen käyttöä supistettiin ratkaisevasti. Kuritushuonerangaistus poistettiin ja vapausrangaistusten täytäntöönpano uudistettiin perusteellisesti.

Jo kymmeniä vuosia oli käytännössä todettu erojen kuritushuoneen ja vankeuden välillä jääneen rikoslaissa tarkoitettuja vähäisemmiksi. Varsinkin vankiluvun ollessa korkealla kahden rangaistuslajin erillään pitäminen oli miltei mahdotonta. Eri laitosrakennuksiin sijoittamisessa haluttiin yhä enemmän ottaa huomioon muita seikkoja kuin rangaistuksen laatu, esim. ikä, rangaistuksen pituus, vangin työkyky ja vangin ensikertaisuus. Oli myös vaikeaa nähdä että eri vankilajit eroaisivat toisistaan, kun sama henkilö tuli vankilaan milloin kuritushuone- milloin vankeusvankina ja kun rangaistuksia yhdistettäessä tai yhteenlaskettaessa vankeus jouduttiin joka tapauksessa muuntamaan kuritushuoneeksi. Eräs ero kahden lajin välillä menetti vähitellen merkityksensä, kun vankeusvangit eivät yleensä, lain heille sallimasta oikeudesta huolimatta, pystyneet järjestämään itselleen omaa työtä vaan tekivät käytännössä samaa valtion työtä kuin kuritushuonevangitkin. Mitä vähemmän uskottiin vankikasvatukseen ja progressiivijärjestelmän tehoon, sitä merkityksettömämmiltä vaikuttivat eri rangaistuslajeihin liittyvät yksityiskohtaiset rajoitukset. Mitä an-

[9] Hallituksen esitys 102/1945 vp.

karammaksi rangaistukseksi vapauden menettäminen sinänsä alettiin tunnustaa, sitä tarpeettomalta näytti erilaisten lisärajoitusten kytkeminen siihen.[10]

Aika alkoi siten olla kypsä kuritushuonerangaistuksen poistamiselle. Se tapahtui vuonna 1974, jolloin kaikki vangit samalla muuttuivat vankeusvangeiksi.

Samaan aikaan uudistettiin koko laitosrangaistusten täytäntöönpano. Uudessa järjestelmässä täytäntöönpanolaitokset jaettiin kahteen lajiin: vankiloihin ja avolaitoksiin.

Vankilasta poistettiin vanhahtava progressiivijärjestelmä. Perinnäisen työpakon sijaan tuli kaksi vaihtoehtoa: työvelvollisuus valtion lukuun tai oma siviilityö. Opiskeluoikeus saattoi vapauttaa vangin työnteosta kokonaan tai osaksi.

Avolaitos noudatti niitä periaatteita, jotka aikoinaan luotiin työsiirtoloita varten. Avolaitokseen sijoitetun vapautta rajoitetaan vain järjestyksen ja työkurin vaatimusten mukaan, sinne sijoitetut käyttävät omia vaatteitaan ja valtion lukuun tehtävästä työstä maksetaan käyvän palkkatason mukainen palkka. Kurinpitorikkomuksen johdosta vankilaan siirretylle luetaan avolaitosaika rangaistusajaksi ellei kysymys ole luvattomasta poistumisesta.

Vangin sijoitus joko vankilaan tai avolaitokseen määräytyy osaksi laissa olevien, osaksi vankeinhoito-osaston harkinnasta riippuvien perusteiden mukaan; samoin siirrot laitostyypistä toiseen.

Nykytilanne ja sen arviointia

Kuritushuonerangaistuksesta luopumisen katsottiin selkiinnyttävän ja yksinkertaistavan rangaistusjärjestelmää. Kuten jo lakivaliokunta huomautti lainsäädännön uudistamista käsiteltäessä,[11] yksilajisuuteen siirtyminen merkitsi kuitenkin yksilajisuutta ainoastaan tuomitsemisvaiheessa. Sijoituslaitoksenhan ratkaisee vasta täytäntöönpanoviranomaisen päätös. Osa sijoitusperusteista, kuten rangaistusajan pituus, on tosin määrätty jo laissa, mutta tämän lisäksi sijoituksessa on otettava huomioon lukuisia muita seikkoja, esimerkiksi vangin ikä, terveydentila, työkyky, sopeutuminen avolaitokseen ja karkaamisvaara.

---

[10] Ks. tästä lähemmin *Anttila, Inkeri,* Yksilajinen vapausrangaistus, Lakimies 1959, 770—778; Vapausrangaistuskomitean mietintö, Komiteanmietintö 1969: A 4, Helsinki 1969; Enhetligt frihetsstraff mm., Betänkande av strafflagberedningen, SOU 1953: 17. Stockholm 1953.

[11] Lakivaliokunnan mietintö 6/1974 vp., liittyen hallituksen esitykseen 239/1972 vp.

Eräät näistä perusteista ovat hyvinkin harkinnanvaraisia. Käytännössä asiaan täytynee vaikuttaa myös sen, onko avolaitospaikkoja saatavissa.

Lainsäädäntömme nykyistä kantaa voidaan perustella sillä, että vapausrangaistuksen täytäntöönpanon tulee vakiintuneen käsityksen mukaan kuulua vankeinhoitoviranomaisille eikä tuomioistuimelle. Sijoituspäätöksen jättämistä vankeinhoitoviranomaisille ei silti aina ole pidetty itsestään selvyytenä. Vuonna 1969 valmistuneen vapausrangaistuskomitean mietinnön mukaan tämän päätöksen olisi tehnyt tuomioistuin. Tosin tässäkin ratkaisumallissa oli jouduttu toteamaan, että monet sijoitukseen vaikuttavat seikat määräytyisivät joka tapauksessa muun kuin tapahtuneen rikoksen ja siitä tuomittavan rangaistuksen ankaruustason mukaan; tällaisia olisivat esimerkiksi sopeutuminen avolaitokseen ja karkaamisvaara. Komitea ehdottikin, että tarpeen vaatiessa vankeinhoitoviranomaisen tuli voida siirtää vanki työsiirtolasta vankilaan. Myös vankilaan tuomittu olisi voitu myöhemmässä vaiheessa siirtää sieltä avolaitokseen.[12]

Verrattaessa kahden vankeusrangaistusta suorittavan vangin olosuhteita rangaistuksen täytäntöönpanon aikana, ero avolaitoksen ja vankilan välillä muodostuu ainakin lainsäädännön mukaan suurimmaksi. Mutta myöskin kahden vankilassa rangaistusta suorittavan vangin asema on erilainen esimerkiksi sen mukaan, tekeekö hän valtion työtä, omaa työtään vai siviilityötä vankilan ulkopuolella tai onko hän mahdollisesti saanut luvan opiskeluun vankilan ulkopuolisessa oppilaitoksessa.

Nykyinen järjestelmä on epäilemättä joustava ja korostaa sitä periaatetta, että jo pelkkä vapaudenmenetys sinänsä riittää rangaistukseksi ja että jokaisen vangin laitosaika on pyrittävä aktiivisesti käyttämään hänelle laitostumisesta aiheutuvien haittojen vähentämiseksi. Ongelmaksi jää se, että monet yksittäisen vangin kannalta tarkoituksenmukaiset ja oikeaan osuneet toimenpiteet samalla vaikuttavat olennaisesti rangaistuksen todelliseen ankaruuteen. Joudutaan siksi harkitsemaan, missä määrin sijoituksissa ja muissa vangin olosuhteisiin vaikuttavissa päätöksissä on syytä korostaa yhdenvertaisuutta ja miten pitkälle vastaavasti voidaan mennä vangin yksilöllisten tarpeiden täyttämisessä. Johtaako esimerkiksi vähentynyt työkyky tai huono terveydentila kenties sellaisiin sijoituksiin, jotka koetaan muita vaihtoehtoja ankarammiksi? Miten vaikuttaa avolaitospaikkojen lukumäärä asianomaisena ajankohtana?

Siirryttäessä yksilajiseen vapausrangaistukseen jäi ehdottoman vankeuden ankaruuden tärkeimmäksi mittapuukşi rangaistusajan pituus. Nykyisin kuiten-

[12] Ks. em. komiteanmietintö s. 13—15.

kin vain harvat vangit suorittavat rangaistuksensa tuomiossa määrätyn pituisena. Kun miltei jokainen pääsee ehdonalaiseen vapauteen, tämä merkitsee, että todellisen laitosajan päättävät vankeinhoitoviranomaiset. Lain mukaan vapauttaminen tapahtuu, paitsi eräiden muodollisten, myös useiden harkinnanvaraisten kriteerien mukaan, joista monet on muotoiltu jo vuosikymmeniä sitten varsin tulkinnanvaraisin sanakäänteín. Vapauttamista koskeva päätöksenteko on nykyisin useimmissa tapauksissa asianomaisen vankilan johdon asiana. Sama viranomainen päättää myös, joutuuko vapautuva vanki valvontaan ja onko valvonta tällöin poliisivalvontaa vai muuta valvontaa. Jos ehdonalainen vapaus menetetään käytösrikkomuksen perusteella, tätä koskeva päätös on sekin vankeinhoitoviranomaisten tehtävänä.

Viime vuosina on usein ehdotettu luopumista ehdonalaisen vapauden järjestelmästä, jolloin jokainen vanki suorittaisi rangaistuksen sellaisena kuin se on tuomiossa määrätty. Jos ehdonalainen vapaus kuitenkin järjestelmässämme säilytetään, sen säännöstöä voitaisiin monessa kohdin selkeyttää ja ajanmukaistaa. Jo nykyisin vapauttaminen tapahtuu melko rutiininomaisesti ensimmäisenä mahdollisena ajankohtana; tästä voitaisiin laissa vakiinnuttaa vangille säännönmukainen oikeus. Lisärangaistuksen luonteisen pakkovalvonnan lopettamista ehdotti jo 1970-luvun alkupuolella avoseuraamuksia suunnitellut Kriminaalihuoltokomitea.[13]

Maamme laitosseuraamuksiin kuuluvat edelleen kymmeniä vuosia sitten luodut eristäminen pakkolaitokseen ja määrääminen nuorisovankilaan. Mutta näidenkin seuraamusten käyttö on vuosien mittaan kokenut merkittäviä muutoksia.

Kun laki vaarallisista rikoksenuusijoista säädettiin 1930-luvun alussa, lähdettiin erittäin pitkäaikaisista eristämisistä. Tämän vastapainoksi tahdottiin vangeille antaa eräitä sellaisia etuja joita ei ollut tavallisessa vankilassa: eristetyt saivat kustantaa itselleen tavallista parempaa ravintoa ja enemmän mukavuuksia. Jo ennen kuin muilla vangeilla oli lomaoikeus, he saattoivat päästä koevapauteen laitoksen ulkopuolelle, tosin vasta sen jälkeen kun heidän alkuperäinen rangaistusaikansa oli kulunut loppuun.

Eroa pakkolaitoksen ja tavallisen vankilan välillä vähensi alusta pitäen se, ettei Suomeen rakennettu erillistä pakkolaitosta. Sitä mukaa kuin olot tavallisessa vankilassa paranivat ja varsinkin sen jälkeen kun avolaitokset saivat alkunsa, ei pakkolaitosvankien pienillä erityiseduilla ollut mitään merkitystä. Koko pakkolaitos supistui 1970-luvun alussa tehdyn perusteellisen lain muutok-

[13] Kriminaalihuoltokomitean mietintö, Komiteanmietintö 1972: A 1, Helsinki 1972.

sen jälkeen vain muutaman väkivaltarikollisen säilytyspaikaksi. Nykyisin ei pakkolaitosvankeja säilytetä edes samassa laitoksessa vaan heidät voidaan sijoittaa eri laitoksiin.

Mutta olennaisin muutos on tapahtunut eristämisajan pituudessa. Nykyisin vapautetaan pakkolaitosvanki vankilaoikeuden päätöksellä tavallisimmin ensimmäisenä mahdollisena ajankohtana eli rangaistusajan päätyttyä. Eroksi pakkolaitosvangin ja muun vangin välille jää siten oikeastaan lähinnä se, että pakkolaitosvanki suorittaa rangaistuksensa alusta loppuun, kun taas muut vangit pääsevät säännönmukaisesti ehdonalaiseen vapauteen ennen rangaistusajan loppua. Pakkolaitosvanki suorittaa siis ns. reaalirangaistuksen; mutta silti häntä odottaa vielä pitkä koeaika ehdonalaisessa vapaudessa.

Toinen erityisseuraamus, nuorisovankilaan määrääminen eli nuorisovankeus, on sekin kokenut melkoisen muodonmuutoksen. Aikoinaan mittavaksi tarkoitettu ero nuorisovankilan ja tavallisen vankilan välillä ei oikeastaan koskaan toteutunut. Mutta vankien yleisten oikeuksien lisääntyminen on jopa kääntänyt tilanteen sellaiseksi, että muut laitokset ovat nuorisovankilaa vapaampia. Samaan aikaan tämän kehityksen kanssa on usko laitoskasvatuksen tarkoituksenmukaisuuteen kokenut haaksirikon. Ainoa etu nuorisovankilaan määrätyille on ollut se, että he ovat voineet sieltä vapautua jo suoritettuaan rangaistuksestaan kolmasosan; vähimmäisaika on kuitenkin jäänyt kuudeksi kuukaudeksi, vaikka se tavallisessa vankilassa on pudonnut 14 päivään.

Edellä olevasta kehityksestä on vankilaoikeus tehnyt omat johtopäätöksensä. Nuorisovankilaan määrätään nykyisin vain ne, jotka tätä tietä pääsevät aikaistettuun ehdonalaiseen vapauteen. Eduskunnassa parhaillaan käsiteltävässä laissa on puolestaan tarkoitus parantaa nuorisovankien oloja siten, että hekin voivat tulla sijoitetuksi avolaitokseen.[14] Erityisseuraamuksena nuorisovankeus on siten menettänyt merkityksensä.

[14] Lakivaliokunnan mietintö 8/1989 vp., liittyen hallituksen esitykseen 245/1988 vp.

Oliko vuoden 1889 rikoslainsäädäntö jo syntyessään vanhentunut?

Professori *Eero Backman*

Joulukuun 19 päivänä 1889 hyväksytyt rikoslaki, asetus rangaistusten täytäntöönpanosta ja asetus rikoslain voimaanpanosta, jotka saatettiin voimaan 14. 4. 1894 annetulla julistuskirjalla, perustuivat pitkäaikaiseen valmistelutyöhön. Jo vuonna 1859, jolloin ryhdyttiin toimiin säätyvaltiopäivien kutsumiseksi koolle, rikosoikeuden ja varsinkin sen seuraamusjärjestelmän täydellisen uudistamisen tarve oli useilla tahoilla pantu merkille.[1] Sitäkin aikaisemmin oli jo esiintynyt vaatimuksia rikosoikeuden kokonaisuudistuksesta.[2]

Viime vuosisadan lopun rikosoikeusreformi voidaan jakaa ajallisesti neljään vaiheeseen. Ensimmäisessä vaiheessa, joka huipentui 26. 11. 1866 annettuihin asetuksiin, vahvistettiin reformin yleiset perusteet ja uudistettiin pikaisinta muutosta vaatineet säännökset. Toisena vaiheena voidaan pitää vuonna 1865 asetetun ja 1875 työnsä valmiiksi saaneen komitean työtä.[3] Kolmantena vaiheena voidaan pitää komitean ehdotuksen kriittistä vastaanottoa ja vuonna 1880 asetetun ja mietintönsä vuonna 1884 jättäneen tarkistuskomitean työtä.[4] Ja neljäntenä vaiheena voidaan pitää poliittista päätöksentekoa, jossa saa-

---

[1] Ks. mm. *K. G. Ehrström,* Om principen för fängelsestraffets ordnande (1859) s. 76 ss., *K. F. Lagus,* Om dödstraffet (1859) s. 121 ja *J. Ph. Palmén,* Inbjudningsskrift att åhöra det föredrag, hvarmed professoren Karl Gustaf Ehrström kommer att tillträda sitt embete den 14 april 1860 s. 20 ss., *Blomstedt,* Rikoslakireformin ensimmäiset vaiheet... (Hist. Ark. 1964) s. 421 ss. ja *Kivivuori,* Suomen vahingonkorvauslainsäädännön kehitys I (1969) s. 144.

[2] *Blomstedt* m.k. s. 437 ja *Virtanen,* Työ- ja ojennuslaitokset irtolaislainsäädännön ja vankeinhoitotoimen kehityksen valossa 1800-luvun puolivälissä (Hist. Ark. 1943) s. 112 ss.

[3] Sen asettamisesta ja työn yleispiirteistä ks. *Kivivuori* m.t. s. 179 ss.

[4] Kolmannesta vaiheesta ks. *Kivivuori,* Rikoslain suunnittelun vaiheita 1875—1884, LM 1971 s. 10 ss.

tiin esimakua tulevasta konfliktista Suomen ja Venäjän välillä. Lainsäädäntöprosessin rinnalla käynnistyi 1860-luvun puolivälissä valtiotaloudellisestikin mittava vankiloiden rakennusohjelma.

Vuoden 1889 alkuperäisen rikoslainsäädännön opillinen tausta on selvä. Forsmanin mukaan »lakimme on läpitsensä laadittu n.s. klassillisen koulun hengessä ja sen periaatteiden mukaan: rangaistuksen tulla etupäässä olla tehdyn rikoksen oikeellinen sovitus; rangaistuksen aihe on ensi sijassa 'quod peccatum est' ja vasta toisessa 'ne peccetur', kaiken rankaisu-oikeuden perustuksena on inhimillisen tahdon vapaus, j.n.e. — kaikki opinkappaleita, joita kukin kriminaalitieteen alkeisiin tutustunut meillä hyvin tuntee.»[5] Rikoslakimme likeisimpiä ulkomaisia esikuvia olivat Ruotsin rikoslaki vuodelta 1864 ja Saksan vuoden 1871 StGB. Jälkimmäistä olen toisessa yhteydessä luonnehtinut seitsemän erilaisen kiinnekohdan avulla.[6]

1) Valtiofilosofisena taustana on klassinen liberalismi ja formaalinen oikeusvaltioteoria. Valtio on oikeusnormien sitomana velvollinen takaamaan yhteiskunnan jäsenille yksityisautonomian ja oikeusjärjestyksen antamat oikeudet, mutta yhteiskuntaa muuttavaa roolia sillä ei ole. Oikeusvaltiokäsityksen johdannaisena tunnustetaan rikosoikeudellinen legaliteettiperiaate eri aspekteineen.

2) Rangaistusteoriana on juristinen sovitusoppi. Rangaistuksen tehtävänä on toimia »als vergeltende Gerechtigkeit».

3) Rikosoikeus on luonteeltaan tekorikosoikeutta. Rangaistuksen kohteina ovat konkreettisesti määriteltävät teot ja laiminlyönnit. Ajatuksilla, mielenlaadulla yms. seikoilla on rikosoikeudellista merkitystä vain tekoihin liittyneinä subjektiivisina tekijöinä. Syyllisyyskäsite on yksilöllinen ja luonteeltaan yksittäistekosyyllisyyttä.

4) Rikosoikeuden tulkintaa ja rikoslainkäyttöä ohjaavat periaatteet in dubio mitius ja in dubio pro reo.

5) Rikosoikeuden perustana on indeterministinen ihmiskäsitys. Syyllisyysmoitteen edellytyksenä on tahdonvapaus.

6) Sovitusopin johdannaisena on nullum crimen sine poena.

7) Seuraamusjärjestelmän keskeisenä osana on vapausrangaistus. Rikoslainsäädännössä rangaistus määritellään latitudeina ja rikoslainkäytännössä täsmällisesti tuomioistuimen päätöksessä. Ns. epämääräinen rangaistustuomio on siis poissuljettu.

Klassisen rikosoikeusjattelun pohjalle rakentuivat kansallisten ja muiden vastaavien erityistekijöiden modifioimina monet muutkin Euroopassa 1800-luvulla säädetyt rikoslait: Ranska 1810, Baijeri 1813, Saksan muiden valtioiden rikoslait 1830- ja 1840-luvulla, Preussi 1851, joka oli pääasiassa Saksan vuoden 1871 StGB:n pohjana, Itävalta 1852, Tanska 1866 ja Belgia 1867.

[5] *Forsman,* Sveitsin uusi rikoslainehdotus, JFT 1898, s. 177—192, sitaatti s. 177—178.

[6] Ks. *Backman,* Rikoslaki ja yhteiskunta I (1976) s. 112.

Suomen vuoden 1889 rikoslaki oli viimeisiä sille rakentuneita rikoslakeja Euroopassa.

Uudet tuulet eurooppalaisessa kriminaalipolitiikassa olivat alkaneet puhaltaa jo 1870-luvulla. Vuonna 1882 Franz von Liszt julkaisi kuuluisan Marburgin yliopisto-ohjelman, josta tuli uuden liikkeen credo, toisin sanoen juuri silloin, kun Jaakko Forsman, Richard Idestam ja K. W. Sulin senaattoripäällystakkeinaan J. Ph. Palmén ja J. D. Dahl ns. tarkastuskomiteassa sorvailivat tulevan rikoslain pykäläehdotuksia.

Franz von Lisztin ajatuksia seurannutta suuntausta on yleensä kutsuttu sosiologiseksi rikosoikeuskouluksi. Nimitys on sikäli oikeutettu, että suuntaus tarkasteli oikeusnormeja nimenomaisesti kriminaalipolitiikan välineinä. Kriminaalipolitiikan perustaksi tarvitaan empiiristä tietoa rikollisuudesta ja sen syistä. Kriminaalipolitiikan perustehtävänä on mahdollisimman tuloksellisesti vastustaa rikollisuutta. »Tulosvastuun» toteuttaminen edellyttää tietoa kriminaalipolitiikan toimintaympäristöstä (= kriminologia) ja keinoja hankitun tiedon realisoimiseksi yhteiskunnallisessa todellisuudessa (= rikoslainsäädäntö ja oikeuslaitos eri osineen). Klassiseen rikosoikeuteen sisältynyt valtion pakkovallan itserajoituksen välttämättömyys jäi loitommalle. Oikeustieteellisen käsiteanalyysin tilalle sosiologinen rikosoikeuskoulu toi ihanteeksi luonnontieteistä metodiset vaikutteensa saaneen positivismin.[7] Tämän kirjoittajan nykyinen suhtautuminen sosiologiseen rikosoikeuskouluun on suunnilleen sama kuin Arthur Baumgartenilla. Tieteellismetodisessa mielessä se merkitsi edistysaskelta, joka kuitenkin valui hukkaan sen vuoksi, että suuntaus paljon selkeämmin kuin klassinen rikosoikeusajattelu muotoutui imperalististen suurvaltojen tarpeiden mukaan.[8]

Suomessa seurattiin uuden liikkeen syntyä ja nousua ainakin aluksi kauhulla. Forsman otti kritiikin kohteiksi muutamia Lisztin edeltäjiä ja kirjoitti:

> »Jokainen huomaa, että Kräpelinin ja hänen hengenheimolaistensa teoria julistaa suoraa perikatoa niille perusaatteille, joille tieteemme oikeusopin haarana perustuu. Ihmisen tahto on tavallisten kausaliteettilakien alainen: vapaa tahto ja tietysti siihen perustuva syyntakeisuus on olematonta kalua. Rangaistus ei perustu syyllisyyteen, koska semmoisesta oikeimmiten ei saata olla puhetta. Kuka ei huomaa, että nämä tämmöiset opit julistavat sotaa ei ainoastaan kriminaalitiedettä, vaan myöskin yleensä siveellistä maailman-järjestystä vastaan? Ilman todistuksetta lienee selvää,

[7] Uuden suunnan peruskatsomuksista on monia esityksiä, ks. esim. *Backman* m.t. s. 134 ss. ja siinä mainittu kirjallisuus.

[8] *Baumgarten,* Zur Methologie der Rechtswissenschaft (1953) teoksessa Rechtsphilosophie auf dem Wege (1972) s. 491—510 (kannanotto s. 500).

että jos ihmisen siveellinen syyntakeisuus lakkaa olemasta, niin lakkaa samalla eroitus hyvän ja pahan välillä, kumminkin niiden siveellisessä merkityksessä.»[9]

Forsmanin käsitys sosiologisen rikosoikeuskoulun luonteesta lientyi melkoisesti 1880-luvun kuluessa. Liikkeen järjestäydyttyä vuosikymmenen lopussa von Hamelin, von Lisztin ja Prinsin johdolla Internationale Kriminalistische Vereinigung -järjestöksi julkaisunaan vielä nykyisin elävä Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft oli tullut Forsmanille jälleen aihetta esitellä ja eritellä alan kansainvälisiä virtauksia. Forsman ei edelleenkään voinut hyväksyä liikkeen tieteenkäsitystä positivismeineen ja vaatimuksineen madaltaa rikosoikeustieteen ja yhteiskuntatieteen raja-aitoja. Sen sijaan uuden liikkeen käsitystä, että ajan eurooppalainen rikosoikeudenhoito oli tehottomuudessaan epätyydyttävää, Forsman selvitteli verraten hyväksyttävästi. Yleisesti ottaen liikkeen käytännöllisiä johtopäätöksiä vastaan Forsmanilla ei ollut paljonkaan sanottavaa. Näin ollen hänenkin käsityksensä mukaan rikoslainkäytön tuli entistä enemmän nähdä rikollisuus yhteiskunnallisena ilmiönä, rangaistuksen tarkoituksena tuli olla sovituksen ohella yhteiskunnan suojakeinona oikeudenloukkauksia vastaan, vankilauudistus oli saatava toteutettua ja oli luovuttava lyhytaikaisista vapausrangaistuksista. Forsman suuntasi sanansa tietyssä mielessä klassisen rikosoikeuskoulun kannattajille, joiden tuli ottaa oppia uuden liikkeen ajatuksista, ei asettua totaalisen torjuvalle kannalle.[10]

Tärkeimmät rikoslainsäädännölliset kysymykset, joissa sosiologisen rikosoikeuskoulun ajatukset erosivat klassisesta rikosoikeudesta, olivat uuden liikkeen pyrkimys välttää lyhytaikaisia vapausrangaistuksia, sakkorangaistuksen uudelleen muokkaus tarkoituksella ottaa huomioon rikkomuksen törkeyden ohella myös rikollisen maksukyky, ehdollisen rangaistuksen käyttöönotto, nuorten rikoksentekijöiden saaminen kasvattavan erityiskäsittelyn alaiseksi, rikoksen uusiminen yleinen huomioon ottaminen rikosoikeudellisessa arvostelussa, vaarallisten rikoksenuusijoiden ja taparikollisten sanktioiminen rangaistuksen ohella myös vapautta rajoittavilla turvaamistoimenpiteillä. Edelläkävijänä pohjoismaissa oli Norja, jonka vuonna 1902 säädetty rikoslaki jo perustui sosiologisen koulun ajatuksille. Sen ensimmäinen versio oli julkaistu lakiehdotuksena jo vuonna 1893 eli vuotta ennen kuin oma rikoslakimme tuli voimaan. Verraten pian rikoslain voimaantulon jälkeen Julius Grotenfelt selosti suomalaiselle lakimiesauditoriolle varsin laajasti ja perusteellisesti sekä sävyltään myö-

[9] *Forsman*, Nyky-ajan erisuuntaiset käsitykset rangaistuksen tarkoituksesta (1883) s. 41.

[10] *Forsman*, En ny internationel kriminalistisk förening, JFT 1889 s. 1—20.

täsukaisesti Norjan uuden ehdotuksen sisältöä.[11] Vaatimusta, että Suomessa olisi tullut ryhtyä uudelleen rikosoikeuden kokonaisuudistukseen, Grotenfelt ei sentään esittänyt, mutta jätti ajatuksen ilmaan.

Vuotta ennen kuolemaansa eli vuonna 1898 Jaakko Forsman julkaisi seuraavan yleisen arvioinnin vuoden 1889 rikoslaista:

> »Meidän uusi rikoslakimme on vasta neljä vuotta ollut käytännöllisessä voimassa — ja jo saattaa se monenkin mielestä tuntua vanhentuneelta. Jos olisikin jonkunlaista syytä arveluun sen vanhan-aikaisuudesta, niin eipä olisi se niinkään kummaa. Runsaasti 30 vuotta kului valmistustöihin, ennenkuin rikoslaki saatiin semmoisena kuin se meillä nyt on — ja viimeisiä vuosia tätä valmistusaikaa ei suinkaan voitu käyttää uusien tieteellisten tulosten omistamiseksi uuden lain hyväksi. Niinkuin tunnettu on, täytyi valmistuskauden viime vuosina ponnistaa kaikki voimat mikäli mahdollista saada säilytetyksi mitä valmistuskauden kahtena ensimmäisenä vuosikymmenenä oli saatu aikaan. Ei siis ole aivan outoa, jos uusi rikoslakimme ei seisoisi aivan sen tasalla mitä tiede ja kokemus rikoslainopin alalla viime aikoina ovat tuoneet näkyville kuuluville.
>
> Mutta syytös rikoslakimme vanhanaikaisuudesta menee epäilemättä laajemmalle kuin yhteen tai toiseen yksityiskohtaan, jossa se muka arveltaneen jääneen nykyajan tieteellisten tulosten ja kokemuksen jäljille. Rikoslakimme koko suunta ja perustus ei voi enään tyydyttää nykyajan kriminalistisia uudistajia.»[12]

Kirjoituksen jatko kuitenkin osoittaa, että sitaatti oli Forsmanille teesi, jota kirjoittaja koettelee tarkemmin, mutta huomaa sen vain eräiltä osin perustelluksi ja suhtautuu siihen verraten happamasti. Esimerkiksi IKV:n ohjelman saamiin konkreettisiin seurauksiin eri maissa hän oli selvästi pettynyt liikkeen edustajien suvaitsemattomuuden takia.[13] Ehdollisen rangaistuksen käyttöönottamiseen Forsman suhtautui myönteisesti.[14] Sen sijaan Forsmanin suhtautuminen vapaudenriiston sisältäviin turvaamistoimiin oli kriittinen eikä hän malttanut olla viittaamatta vastaavista laitoksista saatuihin huonoihin kokemuksiin 1500- ja 1600-luvulla eri maissa. »Tämä kaikki tietysti yhteiskunnan turvaamiseksi.»[15]

Vuosisadan vaihteen jälkeen sosiologisen rikosoikeuskoulun äänenpainot alkoivat voimistua maassamme. Julius Grotenfelt ja pian johtavaan asemaan kriminalistina tullut Allan Serlachius olivat selvästi uuden liikkeen miehiä. Ser-

[11] *Grotenfelt,* Förslag till allmän strafflag för Norge, JFT 1895 s. 43—63.
[12] *Forsman,* Sveitsin uusi rikoslainehdotus, JFT 1898 s. 177.
[13] *Forsman* m.k. s. 178.
[14] *Forsman* m.k. s. 180.
[15] *Forsman* m.k. s. 180—181.

lachius kylläkin oli maltillinen ja korosti usein, ettei klassisen rikosoikeuskoulun ja uuden liikkeen välinen ero suinkaan ollut »taivaanavara».[16]

Sosiologisen rikosoikeuskoulun ajatuksille perustuvaa rikosoikeuden kokonaisuudistusta ei Suomessa tapahtunut. Oikeusministeriön toimeksiannosta Allan Serlachius tosin laati ehdotuksen rikoslain yleiseksi osaksi ja luonnoksen erityiseksi osaksi, joista ainakin ehdotuksella rikoslain yleiseksi osaksi voisi olla tiettyä kantavuutta vieläkin. Ehdotuksen periaatteista voisi mainita esimerkiksi rangaistavien tekojen jaon rikoksiin ja rikkomuksiin (1: 2), legaliteettiperiaatteen (1: 3), kuolemanrangaistuksen jättämisen seuraamusten joukosta, sakon käytön vapausrangaistuksen oheisseuraamuksena (3: 5), päiväsakkojärjestelmän (3: 6, toteutui jo vuonna 1921), työlaitosseuraamuksen vapausrangaistuksen suorittamisen jälkeen kerjäämisestä tai irtolaisuudesta (4: 1), erityisen turvallisuuslaitoksen vaarallisia rikoksenuusijoita varten (4: 2), pakkohoitolan poikkeaville rikoksentekijöille (4: 6), huomattavan laajan valtuuden käyttöä ehdollista rangaistusta (5 luku), sosiaalisia näkökohtia painottavan käsityksen oikeuttamis- ja anteeksiantoperusteissa (6 luku), yhtenäisrangaistusperiaatteen konkurrenssitapauksissa (9 luku) jne.[17]

Sosiologisen rikosoikeuskoulun ohjelma toteutui kuitenkin pääasiassa erillisuudistusten välityksellä. Ensimmäisenä ehti ehdollinen rangaistustuomio, jota koskevat säännökset ehdittiin valmistella jo 1900-luvun alussa. Eduskunta hyväksyi 9. 10. 1908 yksimielisesti sitä koskevan toivomuksen ja kolmea vuotta myöhemmin lainvalmistelukunta sai ehdotuksen valmiiksi.[18] Lakiehdotus saatiin eduskuntaan kuitenkin vasta kansalaissodan päättymisen jälkeen kesäkuussa 1918 ja hyväksyttiin 18. 6. 1918. Päiväsakkojärjestelmä toteutettiin Suomessa vuonna 1921. Ensimmäinen vaarallisia rikoksenuusijoita koskenut eristämislaki säädettiin vuonna 1932. Rikoksen uusimista koskevissa säännöksissä siirryttiin ns. yleisen uusimisjärjestelmän kannalle vuonna 1939 säädetyllä rikoslain 6 luvun uudistuksella. Alaikäisten ja nuorten rikoksentekijöiden erityiskohtelu toteutettiin vuoden 1936 lastensuojelulailla ja vuoden 1940 lailla nuorista rikoksentekijöistä.

Sosiologinen rikosoikeuskoulu halusi perustaa kriminaalipoliittisen ohjelman rikollisuudesta saatavaan kokemusperäiseen tietoon. Tämän johdosta on erityisen kiinnostavaa, että nimenomaan kokemusperäinen tieto näyttää osoittavan ohjelman tärkeiltä osiltaan pahaksi erehdykseksi. Rikoksentekijöiden luo-

[16] *Serlachius,* Sananen nuorsaksalaisesta kriminalistikoulusta, LM 1903 s. 74 ss. ja *sama,* »Uudet taivaanrannat» rikosoikeudessa, LM 1911 s. 139 ss.

[17] Ehdotus uudeksi rikoslaiksi I. Yleinen osa (1920).

[18] Lvk 1911: 2.

kittelu muutamiin pääryhmiin (tilapäisrikolliset, taparikolliset, ammattirikolliset, nuoret, aikuiset, parannettavissa olevat, parantumattomat, parannusta kaipaamattomat rikolliset jne.) on osoittautunut kestämättömäksi kuten myös vaarallisuusprognosien tekeminen yksilötasolla. Lyhytaikaiset vapausrangaistukset ovat osoittautuneet mainettaan paremmiksi ainakin silloin, kun niillä korvataan pitkäaikaisia laitosseuraamuksia. Yleinen uusimisjärjestelmä on kumottu. Vaarallisten rikoksenuusijoiden eristäminen rajoittuu vakaviin rikoksiin, jotka osoittavat väkivaltaisuutta tai vaarallisuutta toisten hengelle tai terveydelle. Nuorten rikoksentekijöiden käsittelyssä erikoistoimet ovat pitkälti liudentuneet käytännössä ja ilmeisesti verraten pian myös lainsäädännössä. Sosiologisen rikosoikeuskoulun alkuperäisen kriminaalipoliittisen ohjelman ainoiksi kestäviksi hedelmiksi ovat muodostuneet päiväsakkojärjestelmä, jonka avulla voidaan oikeudenmukaisella tavalla ottaa huomioon lievän rikoksen moitittavuuden ohella myös tekijän taloudelliset olot, sekä ehdollinen rangaistus, joka on eräs mahdollisuus pyrkiä välttämään suljetun laitosseuraamuksen suuria kielteisiä vaikutuksia rikollisen uraputken alkupäässä oleviin henkilöihin.

On siis verraten varovaisesti suhtauduttava kysymykseen, oliko vuoden 1889 rikoslainsäädäntö jo syntyessään vanhentunut. »Vanhentuneisuus» voi tarkoittaa niin monia eri asioita ja uudet tuulet eivät aina ole pysyviä.

Edellä on ollut viittauksia siihen, että vuoden 1889 rikoslainsäädäntöä osoittautui mahdolliseksi täydentää verraten laajalla kriminaalipoliittisella ohjelmalla kajoamatta rikoslain perusrakenteisiin. Ja esimerkiksi Forsman teki eron tieteenkäsityksen ja käytännön kriminaalipoliittisen ohjelman välillä suhteessaan sosiologiseen rikosoikeuskouluun. Ilmeisesti on niin, että lainsäädäntö yhteiskunnallisessa käytännössä toimivana koneistona ja sitä legitimoiva oikeudellinen ideologia voivat elää jossakin määrin itsenäistä elämää toisiinsa nähden. Klassinen rikosoikeus oli kriisissä viime vuosisadan lopulla, mutta ilmeisesti lähinnä oikeusideologiana, ei välttämättä käytännön sovellutustensa vuoksi. »Vanhentuneisuus» on aina suhteellista, riippuvaista siitä, mihin verrataan ja mitkä ovat vertailemisen arvokriteerit.

Honkasalo ja totalitaaristen valtioiden rikosoikeusjärjestelmät*

Oikeustieteen lisensiaatti (väitellyt) *Dan Frände*

Johdanto

Brynolf Honkasalolla on rikosoikeuden tutkijana monia mielenkiintoisia piirteitä. Varsinaisen tiedemiehen uransa hän aloitti suhteellisen myöhään, siirryttyään siviiliprosessioikeuden alueelta rikosoikeuden tutkijaksi. Hänen rikosoikeusteoreettisesti merkittävin työnsä »Kausaalisuuskysymys rikosoikeudessa» ilmestyi samana vuonna kuin kansallissosialistit ottivat vallan Saksassa. Kansallissosialistisen valtakauden aikana Honkasalo julkaisi monia, hyvin erilaisia aiheita käsitelleitä rikosoikeudellisia tutkimuksia.

Yritän tässä kirjoituksessa Honkasalon tekstien avulla kuvailla hänen suhtautumistaan voimassa olleeseen rikosoikeuteen tuon ajan voimakkaissa totalitaarisissa valtioissa eli Adolf Hitlerin Saksassa, Benito Mussolinin Italiassa ja Josef Stalinin Neuvostoliitossa.

Rikosoikeutta tuskin tarvitsee määritellä tässä yhteydessä mutta lienee tarpeellista selvittää, mitä »totalitaarisella» tarkoitetaan. Käsite on toisen maailman sodan molemmin puolin Euroopassa käydyn valtapoliittisen ja ideologisen taistelun tulos ja mm. tästä johtuvan voimakkaan arvovärittеisyyden vuoksi sille on vaikeaa antaa tarkemmin määriteltyä sisältöä. Suuresti epäröiden[1] olen päätynyt käyttämään käsitettä peittämään kaikki yllä mainitut keskeiset poliittiset järjestelmät, joita Honkasalo on käsitellyt 1930- ja 1940-luvuilla. Ky-

---

* Suomentanut varatuomari *Tarja Pellinen*.

[1] Tässä kirjoituksessa näen totalitarismi-käsitteen käyttämisessä ongelmallisimpana sen, että stalinismilla, fasismilla ja kansallissosialismilla saatetaan ymmärtää olleen yhtenevä ideologia. Samankaltaisuudet löytyvät kuitenkin toiselta tasolta.

symys on järjestelmästä, jonka päämääränä oli tietyn maailmankatsomuksen toteuttaminen kaikilla yhteiskunnan alueilla.[2] Päämäärän toteuttaminen tapahtui modernissa valtiossa olevien resurssien maksimaalisella hyväksikäyttämisellä. Tämän integraation enemmän tai vähemmän välttämättömänä seurauksena käytettiin totalitaarisissa järjestelmissä pakkotoimenpiteitä sellaisia ryhmiä kohtaan, joiden luultiin tai tiedettiin vastustavan uutta maailmankatsomusta. Poikkeavat leimattiin järjestelmän vihollisiksi.

Tämän kirjoituksen voi ehkä sanoa käsittelevän liberaalin rikosoikeuden vaihtoehtoa ja samalla voidaan jälleen kerran konkreettisesti huomata, että vapaamielisyys ei aina ole niin vapaamielistä.[3]

Yleisistä samankaltaisuuksista huolimatta poikkesivat maailmankatsomukset näissä kolmessa maissa toisistaan. Suurimmat erilaisuudet ilmenivät toisaalta stalinismin ja toisaalta fasismin ja kansallissosialismin välillä, vaikka myös kahdessa viimeksi mainitussa järjestelmässä oli merkittäviä mielipide-eroja.[4] Italialaisen fasismin ideologia oli rakennettu suhteellisen väljäksi ja sitä käytettiin poliittisten taisteluiden välineenä. Keskeisimpänä ajatuksena oli kaiken yläpuolella oleva, auktoritatiivisesti hallittu moraalinen valtio. Valtio ja kansa historiallisena kokonaisuutena merkitsi tässä yhteydessä enemmän kuin vaikeasti tunnistettava italialainen rotu. Toinen tämän ideologian usein painotettu piir-

[2] Näin *Draht* 1974 s. 340. Tämänkaltainen käsitteenmääritys tarkoittaa samalla myös sitä, että monet nykyiset ja jo historiaan kuuluvat valtajärjestelmät on luokiteltava totalitaarisiksi. Tähän ryhmään kuuluu mm. joitakin nykypäivän teokraattisesti johdettuja valtioita. Sen sijaan Neuvostoliittoa ei enää lueta totalitaariseksi valtioksi. Yksittäisiä valtioita ja niiden valtajärjestelmiä koskevat politologiset tutkimukset saavat tuskin lainkaan apua totalitarismin käsitteestä. Esimerkiksi »poliittisen kulttuurin» käsitteellä on paljon suurempi merkitys. Ks. *Tucker* 1987 s. 1—11.

[3] Meitä siis viime kädessä pakotetaan etsimään todellisia mahdollisuuksia luoda liberaali rikosoikeus, jossa liberaalisuus tarkoittaa vapautta ja oikeutta itsensä toteuttamiseen. Sen, joka kieltää tämän mahdollisuuden, täytyy johdonmukaisuuden nimessä asettautua vallitsevan ja yleisesti esiintyvän rikosoikeudellisen ajattelun ulkopuolelle. Ks. tämänsuuntaisesti tehdystä tutkimuksesta *Minkkinen* 1989.

[4] Käytän tässä tietoisesti kansallissosialismia ja fasismia itsenäisinä käsitteinä. Erityisesti marxistilaisesti sävyttyneessä kirjallisuudessa on käytäntönä käyttää fasismia yleiskäsitteenä, johon myös kansallissosialismi sisältyy. Fasismi nähdään tuolloin usein imperialismin radikalisointina. Näin esim. *Staats- und Rechtstheorie* 1980 s. 166—173. Ongelmallisena tässä näen lähinnä kansallissosialismin voimakkaan antisemitismin. Eräänä mahdollisuutena on tämän piirteen jättäminen kokonaan fasismin kuvauksen ulkopuolelle; näin on esimerkiksi tehty yllä mainitussa itäsaksalaisessa teoksessa. Toinen mahdollisuus on selittää antisemitismi enemmänkin fasismin jonkin yleisen ominaisuuden konkretisoitumiseksi. Ks. jäljempänä viite 9. Tähän liittyen ja yrityksistä »pelastaa» fasismi yläkäsitteeksi, ks. *Friedländer* 1986.

re oli sen korporatiivisuus eli pohjimmiltaan pakolla toteutettu yhteistyö työntekijöiden ja työnantajien välillä.[5]

Myös Roccon rikoslaiksi kutsuttu, vieläkin Italiassa voimassa oleva rikoslaki säädettiin vuonna 1930. Lakia on yleisesti luonnehdittu suhteellisen neutraaliksi suhteessa fasismiin. Selvimmin uusi maailmankatsomus näkyy erityisissä rikoksissa. Mahdollisimman selkeän yleisen osan säätäminen voidaan kenties tulkita pyrkimykseksi antaa valtiolle ylivoimaisen vahva asema taistelussa rikollisuutta vastaan.[6]

Edelliseen verrattuna oli saksalaisen kansallissosialismin ajatukset huomattavasti kiinteämpi kokonaisuus. Lähtökohtana oli näennäistieteellisin perustein muodostettu rotuoppi, jonka mukaan germaani ja arjalainen Saksan kansa oli muita kansoja parempi ja ylivoimaisempi. Luonto, kohtalo tai jokin korkeampi voima oli määrännyt saksalaisen kansan hallitsemaan muita rotuja sekä hankkimaan itselleen enemmän elintilaa. Juutalaisten rotu oli erityisen huonoa ja tästä syystä sitä vastaan oli taisteltava kaikin keinoin.[7] Kansan yhteisyyden painottamisen voi lähinnä nähdä luonnollisena seurauksena rotuajattelusta.[8] Yksilöllisten toivomusten ja intressien tulisi aina väistyä kansan etujen tieltä: »Gemeinnutz vor Eigennutz». Voimakas kansa ei tyytynyt enemmistövaaleihin ja demokratiaan vaan sensijaan valtiolla tuli olla auktoritatiivinen johto, jonka toimintaa ohjaili nerokas johtaja Adolf Hitler.[9]

---

[5] Nolten mukaan on »die Geschichte des Faschismus... die einzige angemessene Darstellung seiner Doktrin», *Nolte* 1984 s. 308. Mussolini ei koskaan kirjoittanut mitään laajempaa selostusta poliittisista aatteistaan. Hän kirjoitti kuitenkin (yhdessä eräiden toisten henkilöiden kanssa) vuonna 1932 artikkelin fasismista Enciclopedia Italianassa. Tämä artikkeli on julkaistu saksaksi Ernst Nolten toimittamassa antologiassa »Theorien über den Faschismus». (1984, 5. painos)

[6] Näin *Fiandaca—Musco* 1983 s. 13—14.

[7] Jo Hitlerin kirjasta »Mein Kampf» ilmenee ajatuksia, jotka johtivat kohti »Endlösung der Judenfrage». Ks. tästä esim. *Mommsen* 1983 ja *Losemann* 1984 s. 18.

[8] Saksalainen rotuun perustuva kansanyhteisyys ei vain suojaisi muihin rotuihin sekoittumiselta, vaan myös selvä »rotuhygienia» kuului ideologiaan. Esimerkiksi sterilisoimisen avulla vähempiarvoisia saksalaisia estettäisiin huonontamasta saksalaista rotua. Nämä aatteet saavuttivat jonkinlaisen lakipisteen vuosina 1940—1941, jolloin n. 70 000 mielisairaaksi luokiteltua henkilöä surmattiin. Ks. *Diesselhorst* 1989.

[9] Broszat on esittänyt kansallissosialistisen maailmankatsomuksen yhteenvetona seuraavaa: »Dabei lässt sich dann unschwer aufzeigen, dass ein fanatischer Antisemitismus und Antibolschewismus sowie das aussenpolitische Ziel der Gewinnung neuen Lebenraumes im Osten, eingebettet in ein darwinistisch-heroisches Geschichtsbild mit der Leitvorstellung ewigen Kampfes und der Auslese des Stärkeren, die einzigen stabilen Weltanschauungsinhalte darstellen, an denen Hitler konsequent festgehalten hat». *Broszat* 1970 s. 399—400.

Erityisesti Ernst Nolten vuonna 1987 julkaistun kirjan »Der europäische Bürgerkrieg

Heti vallan ottamisen jälkeen oli selvää, etteivät kansallissosialistit halunneet antaa juristien olla uuden järjestelmän ulkopuolella. Tällä oli vaikutusta sekä tieteeseen että oikeuskäytäntöön. Samanaikaisesti aiheutui rotuerottelu-, kansallisuus- ja johtajaperiaatteen painottamisesta vaikeaa tasapainoilua, koska näiden periaatteiden välillä vallitsi kollisio. Bernd *Rüthers* kuvailee kansallissosialistien suhtautumista vanhaan oikeusjärjestykseen seuraavasti. Ensiksi doktriini ja oikeuskäytäntö sovitetaan uuteen oikeusasteeseen eli kansallissosialistiseen maailmankatsomukseen. Toiseksi kumotaan vanha muodollinen laki ja sen tilalle omaksutaan johtajan tahto, järkevät kansanyhteisyyden vaatimukset[10], puolueohjelma jne. Kolmanneksi muutettiin metodiopetus ja laintulkinta keinoiksi toteuttaa rasistis-kansallinen maailmankatsomus.[11] Rikosoikeudessa uusien periaatteiden toteutuminen ilmeni monilla eri tasoilla. Erityisesti ne voi nähdä lainsäädännössä ja uudistusehdotuksissa. Myös rikosoikeusdoktriini kuvastaa uutta poliittista asetelmaa.[12] Huolimatta useista ehdotuksista[13] ei uutta rikoslakia onnistuttu saamaan aikaan. Sen sijaan annettiin lukuisia rangaistusmääräyksiä, joilla oli vaihteleva sisältö ja merkitys.[14]

Nyt puheena olevan ajan neuvostovenäläistä rikosoikeutta on tarkasteltava bolsevistisen vallankumouksen luomaa maailmankuvaa vastaan. Tsaarinvenäjän säätyajattelun oli korvannut kommunismin aate. Proletariaatin diktatuurin avulla pyrittiin saavuttamaan luokaton ja valtioton kommunistinen ideaaliolotila. Uusien aatteiden puolesta käyty taistelu, samoinkuin taistelu si-

---

1917—1945. Nationalsozialismus und Bolschewismus» jälkeen on Saksan Liittotasavallassa ahkerasti keskusteltu antisemitismin ja antikommunismin välisestä suhteesta kansallissosialistisessa liikkeessä. Nolten idea, että Hitler taisteli etupäässä kommunismin uhkaa vastaan ja että juutalaisvainot voi lähinnä tulkita yleiseksi vihaksi intellektuelleja kohtaan, on kohdannut suurta vastustusta. Ks. esim. *Schieder* 1989, erityisesti s. 96—97. *Nybom* 1989 käsittelee näitä ja muita ns. historioitsijariitaan kuuluvia aspekteja. Myös Harald Ofstad haluaa kirjassaan »Vårt förakt för svaghet» vähentää antisemitismin merkitystä kansallissosialistisessa maailmankatsomuksessa. Sen sijaan hän näkee liikkeen perustavaa laatua olevana teemana »föraktet för vad den betraktar som svaghet». Ks. *Ofstad* 1987 s. 155.

[10] Ks. *Rückert* 1986 »das gesunde Volksempfinden» -käsitteestä ja sen mahdollisista juurista historialliseen oikeuskouluun.

[11] Näin *Rüthers* 1988 s. 22—54. Sama kirjailija on käsitellyt myös kansallissosialistista oikeuskäsitystä teoksissa »Die unbegrenzte Auslegung» (kolmas painos 1988) ja »Wir denken die Rechtsbegriffe um... Weltsanschauung als Auslegungsprinzip» (1987).

[12] Ks. erityisesti *Marxen* 1975 s. 167—246 ja *Lüken* 1988 s. 47—180.

[13] Perusteellisimmin valmisteltu ehdotus »Entwurf eines deutschen Strafgesetzbuches» on peräisin vuodelta 1939. Ks. uudistusehdotuksista esim. *Schreiber* 1989.

[14] Ks. *Lüken* 1988 s. 180—284, jossa on laajoja selostuksia Kolmannen valtakunnan yksittäisistä laeista.

säisiä ja ulkoisia vihollisia vastaan, heijastui myös rikosoikeuteen. Vuonna 1917 annettiin mm. Reisnerin oikeusintuition innoittamana ensimmäinen tuomioistuindekreetti, jonka mukaan vanhaa rikosoikeutta sai käyttää sillä edellytyksellä, että se ei ollut ristiriidassa neuvostovallan, vallankumouksellisen oikeustajunnan tai puolueohjelman kanssa.[15] Pian kuitenkin huomattiin, ettei oikeutta voitu saavuttaa pelkästään puolueohjelmaan ja vallankumouksellisten oikeustajuntaan nojautumalla. Jo vuonna 1919 julkaistiin rikosoikeuden johtavat periaatteet ja vuonna 1922 säädettiin ensimmäinen varsinainen rikoslaki. Vuosien 1926—1935 välisenä aikana säädettiin sitten omia rikoslakeja eri neuvostotasavalloille. Jotkut tämän rikosoikeuden piirteet ansaitsevat maininnan. Ensinnäkin valtaa pitävien taholta saattoi reaktion aiheuttaa ainoastaan yhteiskuntavaaralliseksi katsottu teko. Yhteiskuntavaarallisuudella taas tarkoitettiin uhkaa neuvostoyhteiskunnan ja sen oikeusjärjestyksen perusteita vastaan. Nämä perusteet olivat taas työläiset ja talonpojat luoneet tavoitellessaan kommunismia. Käytännössä meneteltiin siten, että selvitetyn teon jälkeen pidettiin yhteiskuntavaarallisuutta ensimmäisenä rikoksen edellytyksenä. Tämän kaltaisella menettelyllä näyttää olleen vaikutusta myös legaliteettiperiaatteeseen siten, ettei praeter legem -kieltoa eikä myöskään analogiakieltoa noudatettu. Vielä voi mainita, että vuoteen 1934 saakka ei rikoksen seuraamuksia kutsuttu rangaistuksiksi vaan yhteiskunnan suojelutoimenpiteiksi. Tässä heijastuu epäusko rangaistuksen mahdollisuuksiin vastata rikoksentekijän syyllisyysastetta. Tästä epäilystä ilmeisesti kuitenkin luovuttiin 1930-luvun puolessa välissä.[16]

Italialainen ja neuvostoliittolainen rikosoikeus ovat selvästi suhteellisen vähämerkityksisiä Honkasalon tuotannossa. Hän ei viittaa näitä järjestelmiä edustaviin yksittäisiin tiedemiehiin ja järjestelmiä kommentoidessaan hän käyttää aina saksalaisia käännöksiä. Hänen suhteensa saksalaiseen rikosoikeuteen on kokonaan toisenlainen. Paitsi suhteellisen seikkaperäisiä kommentaareja ajankohtaisista saksalaisista lainsäädäntöprojekteista, näyttää Honkasalo seuranneen kansallissosialistista rikosoikeusdogmaattista kirjallisuutta. Tästä syystä olen myös verrannut Honkasalon dogmaattisia töitä natsisaksalaisiin mielipiteisiin. Sitävastoin ainoastaan selostan hänen suhtautumistaan neuvostoliittolaiseen ja italialaiseen rikosoikeuteen.

---

[15] Reisnerin merkityksestä tämän dekreetin muotoiluun, ks. *Fogelklou* 1978 s. 18.

[16] Ks. *Makepeace* 1980 s. 58—184, jossa on kuvaus neuvostovenäläisen rikosoikeuden kehittymisestä 1930-luvun loppuun saakka. Nykyisen rikosoikeuden eroavuuksista vallankumouksen jälkeiseen rikosoikeuteen, ks. *Reuter* 1989, erityisesti s. 150.

Honkasalon vuosina 1933—1945 julkaisemien tieteellisten kirjoitusten ryhmittelyä

Tämän kirjoituksen kannalta merkityksellisen kirjallisuuden voi jakaa joihinkin suurempiin kokonaisuuksiin katsauksen tekemisen helpottamiseksi. Ensimmäiseksi ryhmäksi voi ottaa ne työt, jotka koskettelevat rikosoikeuden peruskysymyksiä, eli tarkemmin sanottuna oikeuslähdeoppia ja rikosoikeudellisen vastuun ulottuvuutta. Jo mainitun kausaalisuutta koskeneen työn lisäksi on Honkasalo käsitellyt legaliteettiperiaatetta[17], blankolainsäädäntötekniikkaa[18] ja laiminlyöntiä[19]. Toisen ryhmän kirjoituksissa on otettu esille rikoksen syitä ja rikosoikeusjärjestelmän perusteita käsitteleviä aiheita, kuten esimerkiksi hyvitystä, rikollisuuden syitä yksilön ja yhteiskunnan kannalta, nuorisorikollisuutta, sodan vaikutusta rikollisuuteen jne.[20] Tämän työn kannalta tärkeitä ovat rotuhygieniaa koskevat kirjoitukset. Honkasalo käy keskustelua lähinnä sterilisoinnista ja abortista.[21] Kahdella Saksan ja Neuvostoliiton oikeuskehitystä kuvailevalla ja selittävällä artikkelilla on myös oma merkityksensä.[22] Tähän ryhmään kuuluu läheisesti Suomen rikosoikeusjärjestelmän kehitystä koskevat työt. Näistä voi erityisesti mainita Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft-lehdessä julkaistut artikkelit. Muut kirjoitukset voi luokitella joko seuraamusjärjestelmää tai yksittäisiä tulkintakysymyksiä käsitteleviksi.[23]

Kokonaisuudessaan voi Honkasalon tuotantoa tuona aikana pitää laajana ja myös suhteellisen korkealuokkaisena.[24]

Lisäksi voi vielä mainita hänen vuonna 1967 julkaistuun omaelämäkertaansa sisältyvät poliittiset kannanotot. Menneen ajan ja 1960-luvun opiskelijaelämää selostaessaan hän mm. määrittelee oman kantansa oikeistolaiseen Isänmaalliseen kansanliikkeeseen: »En ollut mainittua kansanliikettä koskaan äänestänyt enkä edes kannattanut». (*Honkasalo* 1967 s. 124) Lausumaa tulee tarkastella yhtäaikaa sen tosiasian kanssa, että hän oli voimakkaasti katsonut liik-

[17] Honkasalo 1937.

[18] Honkasalo 1943 a.

[19] Honkasalo 1942.

[20] Ks. esim. *Honkasalo* 1937 b, 1935 a ja 1943 b.

[21] Ks. esim. Honkasalo 1935 ja 1936.

[22] Honkasalo 1937 a ja 1943.

[23] Honkasalo on mm. ottanut mielenkiintoisella tavalla kantaa asettaessaan kysymyksenalaiseksi eräiden sodanaikaisten päätösten laillisuuden, ks. *Honkasalo* 1942 a.

[24] Omasta mielestäni esim. blankettisäännöksiä koskeva artikkeli on säilyttänyt suurelta osin merkityksensä.

keen purkamisyrityksen olleen lain kanssa ristiriidassa. Viimeksi mainittu kannanotto oli nimittäin tietyissä piireissä ilmeisestikin ymmärretty todisteeksi Honkasalon myötämielisyydestä tätä liikettä kohtaan.[25] Samassa yhteydessä Honkasalo tuo painokkaasti ilmi epäluulonsa ammattipoliitikkoja kohtaan: »Tyypilliselle puoluemiehelle on useinkin ominaista rajoittunut näköpiiri ja intohimoinen itsepäisyys puolue-etujen valvomisessa». (*Ibidem* s. 125)[26] Jäljempänä samassa kappaleessa Honkasalo täsmentää suhdettaan sosialismiin. Hän tuntee sinänsä sympatiaa niitä käytännöllisiä tuloksia kohtaan, joita työväenliike on saavuttanut kamppailussaan tyydyttävämpien olosuhteiden puolesta. Samanaikaisesti hän kuitenkin suhtautui torjuvasti liikkeen marxistis-materialistiseen ideologiseen perustaan. (*Ibidem* s. 128) Lopputoteamuksena edellisestä voi sanoa Honkasalon ainakin itse pitäneen itseään täysin epäpoliittisena.[27]

Honkasalon suhde neuvostoliittolaiseen ja italialaiseen rikosoikeuteen

Vuonna 1937 ilmestyneessä kirjoituksessa »Nulla poena sine lege» on Honkasalon kantana se, että sosialismi sinänsä suhtautuu suhteellisen myötämielisesti yksityisen henkilön vapauden takaamiseen suhteessa valtiovaltaan. Tähän hän katsoo sisältyvän myös legaliteettiperiaatteen. Tämän periaatteen hylkääminen Neuvostoliitossa johtuu Honkasalon mukaan leninistiläisestä valtiokäsityksestä. (*Honkasalo* 1937 s. 25) Tässä marxismin muodossa valtio ei ole muuta kuin köyhälistön keino kumota ja hävittää muut yhteiskuntaluokat. Valtion olemassaolon tarkoituksena on kommunistiseen yhteiskuntaan päätyminen, jolloin valtio lakkaa olemasta. Kuitenkaan käsite »proletariaatin diktatuuri» ei anna oikeaa kuvaa tilanteesta, koska työväenluokalla ei ole todellista valtaa (*Ibidem* s. 25—26), vaan se on kommunistisella puolueella ja sen kes-

[25] Ks. *Honkasalo* 1938. Honkasalon mukaan IKL:n puolustaminen aiheutti sen, että vasemmisto vaati hänen eroamistaan yliopistovirastaan. Ks. *Honkasalo* 1967 s. 256—257. Voidaan keskustella, voiko Isänmaallista Kansanliikettä pitää fasistisena tai kansallissosialistisena. Djupsund-Karvonen pitää arvelua liikkeen fasistisesta ideologiasta oikeaan osuneena, *Djupsund—Karvonen* 1984 s. 13—20. Uola taas on pitänyt fasististen tekijöiden merkitystä vähäisenä suomalaiskansallisten ajatusten rinnalla, *Uola* 1982 s. 117—118.

[26] Honkasalon puheet puoluepolitiikan puutteista ja hänen IKL:ää kohtaan tuntemansa myötämielisyyden kieltäminen olivat joko tahallisesti tai tahattomasti hieman ristiriitaisia keskenään, koska puoluepolitiikan halveksunta muodosti keskeisen osan liikkeen ideologiasta. Ks. *Uola* 1982 s. 60—61.

[27] Omaelämäkerrassaan hän on myös nimenomaisesti käyttänyt ilmaisua »täysin epäpoliittinen». *Honkasalo* 1967 s. 256.

kuskomitealla. Honkasalo kuvaa tätä valtaa rajoittamattomaksi. Tie kommunismiin on täynnä välitavoitteita. Honkasalo mainitsee työväenluokkaan kuulumattomien yhteiskuntaluokkien hävittämisen sekä nep-järjestelmän. (*Ibidem* s. 26) Neuvostovaltio ei tunnusta olevansa sidottu minkäänlaisiin oikeusperiaatteisiin. *(Ibidem)* Kamppailu kommunismin puolesta vaatii oikeudellisesti suojattujen intressien täydellistä joustavuutta. Honkasalon mielestä neuvostoliittolainen rikosoikeus ei täten suojaa perinteisiä oikeushyviä vaan vain valtion intressin mukaisesti kulloinkin tarpeellisiksi katsottuja etuja. Hänen mielestään tämän väittämän oikeellisuus tulee todistetuksi sillä, miten rikosoikeudellisia seuraamuksia järjestelmässä käytetään. Ne eivät perustu hyvitysajatukseen, vaan ne ovat ainoastaan yhteiskunnallisia suojelutoimenpiteitä, joilla on joko yleis- tai erityisestävä tarkoitus. (*Ibidem* s. 27) Honkasalo ei jatka tässä keskustelua rangaistuksen asemasta neuvostojärjestelmässä vaan käsittelee suojelutoimenpiteiden riippuvuutta muodollisesta lainsäädännöstä. Honkasalon mielestä tällaista riippuvuutta ei ole; toisin sanoen tässä järjestelmässä ei noudateta nulla poena sine lege -periaatetta. (*Ibidem* s. 29) Sensijaan turvaamistoimenpiteitä voidaan käyttää aina, kun toiminta tai mielipiteet vaarantavat sosialismin kehittymistä kommunismiksi. (Hän siteeraa tässä vuoden 1926 rikoslain saksalaista käännöstä.) Honkasalo palaa bolsevistiseen rikosoikeuteen vuonna 1943 Defensor Legis -lehdessä julkaistussa artikkelissaan. Pitäen lähtökohtanaan teesiä, että rikosoikeus on politiikan paras ilmapuntari, hän tutkii, kuinka poliittinen järjestelmä vaikuttaa rangaistuksen tarkoitukseen, rangaistuksen edellytyksiin, suojeluobjektiin sekä laillisuusperiaatteeseen. Hän toistaa tässä osittain sen, minkä hän on sanonut jo vuonna 1937, etenkin valtion ratkaisevasta osuudesta luokkataistelussa. Uutta on sensijaan se, että rikosoikeusjärjestelmästä on tyystin poistettu rangaistus-nimitys, koska tällä tavoin on haluttu välttää sanan eettistä dimensiota. (*Honkasalo* 1943 s. 163) Lisäksi Honkasalo näkee yksilöllisen yhteiskuntavaarallisuusvaatimuksen todisteena siitä, että syyllisyyttä ei enää pidetä yleisenä rikoksen edellytyksenä. Lukijalle ei kuitenkaan selviä täysin se, miten tämä sovitetaan yhteen tahallisuus- ja tuottamusvaatimusten kanssa. Honkasalo näyttää ymmärtävän neuvostoliittolaisen järjestelmän rakentuvan ideologisten fantasioiden varaan ja perustelee tätä erityisesti sillä, ettei uusien olosuhteiden myötä rikollisuus ole lainkaan vähentynyt. Hän ennakoi paluuta vanhaan sovitusnäkökohtiin, syyllisyyteen ja rangaistukseen perustuvaan järjestelmään. (*Ibidem* 1943 s. 167)

Kokonaisuutena tarkasteltuna ei Honkasalon kuvausta neuvostoliittolaisesta rikosoikeudesta voi ymmärtää erikoisen suureksi ilmaukseksi järjestelmän tuntemisesta tai marxilais-leniniläiseen ajatteluun perehtyneisyydestä. Eniten huo-

miota herättää tietysti hänen tietämättömyytensä rangaistus-nimityksen uudelleen käyttöönottamisesta jo vuonna 1934.[28] Toinen esiintuleva piirre on rikosoikeuden keskeisen aseman painottaminen luokkataistelussa. Tämä sosialismin vihollisia vastaan käytävä taistelu kuvataan kovaksi ja terroristiseksi; leninismi on täysin antiliberalistista ja puolueen ja valtion tehtävänä on murskata ne yhteiskuntaluokat, jotka ovat kommunistisen yhteiskunnan muodostumisen tiellä. (*Ibidem* 1943 s. 170) Kun yhteiskuntasuojeluaate epäonnistui taistelussa rikollisuutta vastaan, hävisivät myös sitä kannattaneet teoreetikot ja kriminaalipoliitikot näyttämöltä. (*Ibidem* s. 167)[29] Honkasalon mielestä luokkataistelun kokonaisluonne vahvistuu siitä, että liberalismin tärkeimmät vapauden säilyttämisen takeet puuttuvat neuvostoliittolaisesta rikosoikeudesta. Näihin hän lukee mm. legatileettiperiaatteen, syyllisyysvaatimuksen, vaatimuksen rangaistuksen suhteellisuudesta rikoksen törkeyteen, tekorikosoikeuden sekä valtiovallasta riippumattoman tuomarikunnan.

Vaikka Honkasalo pyrkikin kirjoituksissaan objektiivisuuteen, ei hänen niissä esittämäänsä voi oikeastaan käsittää muutoin kuin että hän ei hyväksy neuvostoliittolaista järjestelmää eikä myöskään sen rikosoikeutta. Honkasalo ei ilmeisesti lainkaan tuntenut ymmärtämystä »taloudellista materialismia» kohtaan.

Neuvosto-oikeuteen verrattuna on fasistinen rikosoikeus saanut vain vähän huomiota osakseen eikä esitetyt kannanotot anna riittävästi kiinnekohtia, jotta Honkasalon suhde fasismiin voitaisiin määritellä. Ainoastaan legaliteettiperiaatetta käsittelevässä kirjoituksessaan vuodelta 1937 hän koskettelee lyhyesti tätä asiaa. Huolimatta fasismin läheisestä yhteydestä kansallissosialismiin, eroavat ne Honkasalon mielestä toisistaan suhteessaan oikeuteen; tällä on merkitystä myös legaliteettiperiaatteeseen. Fasismissa nimittäin ymmärretään muodollinen lainsäädäntö ja oikeus synonyymeiksi. Lain ulkopuolisia sitovia oikeuslähteitä ei ole olemassa. Tämä johtuu taas siitä, että fasismi ei anna kansalle sinänsä mitään arvoa; ainoastaan valtio kykenee luomaan kansakunnan, jolla on tahto ja tieto. Täten Italian fasismissa on voimassa sekä praeter legem -kielto että analogiakielto. (*Honkasalo* 1937 s. 36—37).

---

[28] Ks. *Mamut* kirjassa *Pasukanis* 1985 s. 232.

[29] Honkasalo tuskin oli vuonna 1943 tietoinen, että Jevgeni Pasukanis, joka oli yksi rangaistuskäsitteen vastustajista, joutui Stalinin puhdistustoimenpiteiden uhriksi vuonna 1937. Ks. *Scheinin* 1988 s. 116.

Honkasalon suhde kansallissosialistiseen rikosoikeuteen

Urpo *Kangas* toteaa eräässä kansallissosialismia ja Suomen oikeusdogmatiikkaa käsitelleessä tutkimuksessaan, että Honkasalon selostukset kansallissosialistisesta rikosoikeudesta olivat ilmeisen kriittisiä ja että saksalaisten ehdotusten takana olleet ajatukset poikkesivat täysin hänen omasta rikosoikeudellisesta maailmankuvastaan. (*Kangas* 1985 s. 50) Tämä kannanotto kaivannee kuitenkin ainakin joitakin lievennyksiä.

Lienee parasta aloittaa tarkastelu niistä Honkasalon kirjoituksista, joissa hän nimenomaisesti tekee selkoa Saksassa vallinneesta tilanteesta. Vuodelta 1937 peräisin olevassa artikkelissa »Saksan rikoslakireformi» Honkasalo käsittelee joitakin toteutettuja ja suunnitteilla olleita Saksan rikoslakia koskeneita uudistushankkeita. Osoituksena Honkasalon perehtyneisyydestä saksalaiseen kirjallisuuteen voidaan pitää sitä, että hän luettelee ilmeisesti lähes kaikki ne rikosoikeutta koskeneet ehdotukset, jotka oli tehty neljän kansallissosialistisen vuoden aikana. Ryhtyessään selostamaan ehdotusten sisältöä hän toteaa aluksi, että Saksan oikeus nojautui täysin kansanyhteyteen ja siitä johtuviin intresseihin. (*Honkasalo* 1937a s. 428) Yksilöllä ei ole mitään merkitystä. Kaikki mikä palvelee kansan etua on myös oikeudenmukaista. Tämänkaltainen materiaalinen oikeudenmukaisuusteoria edellyttää kuitenkin, että otetaan huomioon ainoastaan se kansanosa, joka on omaksunut kansallissosialistisen maailmankatsomuksen. Tällä tavoin oikeus, etiikka ja hyvä tapa ovat hyvin lähellä toisiaan. Honkasalon mielestä tämä ei kuitenkaan ole mahdollista liberaaleissa valtioissa »joissa varsin erilaiset poliittiset tendenssit tahtovat käydä kansakunnan edun mukaisesta». *(Ibidem)*

Kansan merkityksen korostaminen vaikuttaa Honkasalon mielestä voimakkaasti rikosoikeudelliseen oikeuslähdeoppiin. Tuomarin ei tulisi jyrkästi ottaen olla sidottu mihinkään muodollisiin lainsäännöksiin pyrkiessään toteuttamaan kansan intressejä. Täydellistä vapautta ei kansallissosialistinen johtaja-ajattelu kuitenkaan hyväksy. Näiden kahden periaatteen välisen kollision Honkasalo katsoo ilmenevän vuonna 1935 uusitusta StGB 2 §:stä. Uusi sanamuoto tarkoittaa, että oikeusanalogian mukainen rankaiseminen on mahdollista. Rankaisuvaateen tulee perustua paitsi kansan terveeseen oikeustajuun myös jonkin rangaistussäännökseen perusajatukseen. Nämä vaatimukset Honkasalo näkee tietynlaisena yksilön vapauden suojana. Kuitenkin perustana on johtajaperiaate, josta johtuen suojan merkitys aktualisoituu silloin kun joku johtaja vaatii rankaisemista ilman lakiin perustuvaa tukea. (*Ibidem* s. 432)[30]

[30] Honkasalon epäilys osoittautui olevan enemmän kuin oikeutettu. Kuten tunnettua,

Interdeterminismi saksalaisen rikosoikeuden yhtenä merkittävänä teemana on Honkasalon mukaan selityksenä käyttöön otetun rikoslain useille muutosesityksille. Rikoksen tekeminen perustuu ihmisen tahtoon: »Schwäche ist die Aufgabe stark zu werden». Tästä syystä rangaistuksen päämääränä on lähinnä sovitus mutta lisäksi painotetaan kansan elinehtojen suojaamista sekä kansan elämänhalun voimistamista. (*Ibidem* s. 433) Tämä tahdon painottaminen vaatii oikeudenmukaista sovitusta ja kansan intressien suojaamista siten, että rikosoikeus sidotaan epäsosiaaliseen mieleen eikä teon seurauksiin. Tästä on seurauksena rikosoikeuden soveltamisalan merkittävä laajentuminen. Yritys tulisi mm. rinnastaa täytettyyn tekoon ja valmistelu tulisi säätää rangaistavaksi entistä laajemmin. Erilaisiin osallisuusmuotoihin tulisi myös suhtautua ensisijaisesti samalla tavoin. Kolmantena saksalaisen rikosoikeuden huomionarvoisena piirteenä Honkasalo mainitsee ankaruuden. Rikosoikeudellisten reaktioiden tulee olla niin voimakkaita, että rikollinen tahto lopulta murretaan. Honkasalo lopettaa kirjoituksensa tulevan rikoslain erityisen osan kuvauksella. Oikeushyvän käsitteestä on siinä luovuttu kansakunnan elinintressien hyväksi. (*Ibidem* s. 441)

Jo aikaisemmin mainitussa artikkelissa vuodelta 1943 on kansallissosialismia käsitelty vähemmän kuin bolsevismia. Honkasalo kiinnittää huomiota siihen, että saksalainen rikosoikeus on luopunut determinismistä ja erityisestävyysajattelusta. Sensijaan kansan taistelu korkeampien aatteiden puolesta vaatii uskoa ihmisen vapaaseen tahtoon ja sovitus on otettu taas järjestelmän osaksi. Sovitus ja yleisestävyys on mahdollista yhdistää mutta ei sovitusta ja erityisestävyyttä. Tämän vuoksi täytyy kansallissosialismin Honkasalon mukaan ottaa käyttöön kaksijakoinen järjestelmä, jossa myös yhteiskunnan suojeleminen on mahdollista ilman syyllisyyden huomioonottamista. Honkasalon mukaan Saksassa ei uskota rikoksentekijöiden resosialisoinnin mahdollisuuksiin. Tämä johtuu mm. siitä, että biologiset tutkimustulokset painottavat yksilöllisesti määräytyviä perintötekijöitä. (*Ibidem* 1943 s. 169) Rikosoikeudellisten sanktioiden edellytykset Honkasalo kytkee jälleen tahtoteoriaan, josta johdonmukaisena seurauksena on hyvin laaja rangaistusjärjestelmä. Tämä estetään kuitenkin siten, että kansallissosialismi pitää oikeutta kansan moraalikäsityksen ilmauksena. Jos tämä moraaliyhteys puuttuu, ei rangaistuksesta muodostu kasvattavaa ja auktoriteettivaltaa edistävää. Honkasalon mukaan on kansallissosialistinen rikosoikeus täten pakotettu pitämään yllä suhteellisuutta rikoksen ja rangaistuksen välillä sekä luomaan sellaisia kriminalisointeja, joi-

---

toimi kansallissosialistinen poliisi kuten toinen tuomioistuin muuttaen järjestelmälle epäedullisia päätöksiä.

den mukaisesti kansalaiset voivat toimia. (*Ibidem* s. 173) Kuitenkaan ei rikostunnusmerkistöillä ole samanlaista merkitystä kuin liberaaleissa valtioissa. Sen sijaan huomiota kiinnitetään tahallisuuteen, huolimattomuuteen ja moitittavuuteen perustuvaan syyllisyyteen.

Tuskin voi kieltää, etteikö saksalaista ja neuvostoliittolaista rikosoikeutta ole käsitelty eri tavoin yllä referoiduissa kirjoituksissa. Kansallissosialismi ja sen rikosoikeus kuvataan yleisesti ottaen positiivisemmin. Sitä ei ole kuitenkaan pidettävä merkkinä siitä, että Honkasalo nimenomaisesti halusi asettua joidenkin kansallissosialististen ehdotusten tai jo tehtyjen ratkaisujen puolustajaksi. Mutta neuvostoliittolaiseen oikeuteen verrattuna ei kansallissosialismi ole samalla tavoin eliminoinut yksityisen henkilön suojaa valtiota kohtaan. Tästä voi mainita muutamia konkreettisia esimerkkejä. Honkasalon mukaan ei legaliteettiperiaatteella ole mitään merkitystä neuvostoliittolaisessa järjestelmässä, koska jokaisesta yhteiskuntavaaralliseksi katsotusta teosta voidaan tuomita rangaistus. Saksalaisessa järjestelmässä pidetään oikeusanalogiavaatimuksen myötä yllä tiettyä yhteyttä kirjoitettuun rikosoikeuteen. Neuvostoliiton järjestelmässä voi puolue kohdistaa rangaistuksen mihin tekoon hyvänsä. Kansallissosialismissa kansan moraalikäsitys estää liian laajan rikosoikeuden soveltamisen. Kommunistipuolueen ottaessa vallan se pyrki Honkasalon mukaan eliminoimaan kaikki tätä järjestelmää vastustavat luokat. Sen sijaan hän ei mainitse missään kansallissosialismin rasistista perusnäkemystä, jonka pääasiallisen toteutuksen kohteena olivat juutalaiset. Honkasalo ei ole voinut olla tietämätön Saksassa voimistuvasta antisemitistisyydestä, koska esimerkiksi »Blutschutzgesetz» vuodelta 1935 laskettiin kuuluvaksi juuri rikosoikeuteen.[31] Erityisesti viimeksimainittu seikka antaa aiheen kysyä: Miksi Honkasalo vaikeni kansallissosialismin perustana olevasta rasismista?

[31] Torvinen kertoo seuraavanlaisesti suomalaisten tietämyksestä: »Keskitysleireistä ja myös juutalaisten surmaamisesta tiedettiin Suomessa tiedonvälitystä seuraavissa piireissä, tuhoamisleireistä ei». *Torvinen* 1984 s. 181. Honkasalon lähteenään käyttämästä rikosoikeuskomission ehdotuksesta kävi ilmi, että arjalaisten ja juutalaisten väliset sukupuolikontaktit olisivat myös vastaisuudessa rangaistavia. Ks. *Gürtner* 1936 s. 112. Lisäksi voi mainita kirjan »Saksan tie», josta on ilmestynyt toinen painos vuonna 1941. Jaksossa »Kansallissosialistinen rotuajatus» tulee myös juutalaisten asema esille: »Kun kansallissosialistisen valtion täytyi torjua juutalaisten valtapyrkimykset Saksan maaperällä, niin se on puhtaasti sisäpoliittinen Saksan kansan asia, kansan, joka ei enää voinut nähdä sitä, että täydellisesti vieras ja saksalaiseen olemukseen erittäin epäymmärtämyksellisesti suhtautuva kansanheimo entisten poliittisten virheiden takia hallitsi sitä». *Gross* 1941 s. 164. Myös suomalaisen lukijakunnan tavoittaneessa vuonna 1941 ilmestyneessä kirjassa »Warum Krieg mit Stalin? Das Rotbuch der Anti-Komitern» esitetään sota Neuvostoliittoa vastaan ikäänkuin kahta viholista, kansainvälistä juutalaisuutta ja marxismia vastaan käytäväksi taisteluksi.

Hiljaisuuden voi selittää lähinnä kahdella eri tavalla. Ensimmäisen ja todennäköisimmin oikean vaihtoehdon mukaan Honkasalo ei pitänyt rasismista eikä antisemitismistä mutta piti niiden mainitsemista ja vastaavasti kritiikin esittämistä asiaan kuulumattomana. Ainakin 1940-luvun hiljaisuuden voi selittää myös ulkopoliittisilla syillä. Toinen, hieman epäsuotuisampi vastaus olisi se, että Honkasalo olisi ollut rasismille myötämielinen mutta olettaen kotimaisten lukijoiden suhtautuvan vastenmielisesti tällaisiin ajatuksiin, hän ei koskettellut koko kysymystä.

Seuraavassa aion Honkasalon eugeniaa koskevien kirjoitusten ja niiden kirjoittamisen aikoina vallinneita olosuhteita taustana pitäen tutkia, onko olemassa mitään perusteita pitää Honkasaloa rasismille myötämielisenä. Vuonna 1929 antoi tylsämielisten y.m. sterilisoimista koskevaa kysymystä harkitsemaan asetettu komitea mietintönsä. (*Komiteanmietintö* 1929: 5) Seikkaperäisten perusteluiden tukemana komitea ehdotti mm. »heikkomielisten ja mielisairaiden» sterilisoimisen sallimista.[32] Toimenpiteisiin ryhdyttäisiin kuitenkin vain sellaisissa tapauksissa, joissa siihen on annettu suostumus: »Komitea onkin ehdottomasti sitä mieltä, ettei toistaiseksi ole riittäviä perusteita pakollisen sterilisoimisen käyttöön ottamiselle». (*Ibidem* s. 50) Komitean esittämät perustelut sterilisoimisen puolesta perustuvat vahvasti rotuhygienisiin käsityksiin. Yhteiskunnan velvollisuutena on »tehdä kaikkensa, jotta tulevilla sukupolvilla syntyessään olisi hyvät perintöaineet». (*Ibidem* s. 6) Tällaisille perintötekijöille voi komitean mielestä antaa yhteiskunnan näkökulmasta erilaisia arvoja. Lahjakkaat ja ahkerat ovat arvokkaampia kuin heikkomieliset ja rikolliset. Myös eri rotujen ja kansojen välillä on olemassa eroja jaettaessa ihmisiä arvokkaisiin ja ala-arvoisiin. Esimerkkinä mainitaan neekerirotu. Valkoiseen rotuun verrattuna siinä on vähemmän lahjakkaita yksilöitä mutta myös vähemmän heikkomielisiä yksilöitä. (*Ibidem* s. 7) Tietyn rodun sisällä taistelun elämästä ratkaisee arvokkaiden ja ala-arvoisten yksilöiden määrän suhde. Primitiivisissä olosuhteissa luonnonvalinta vähentää ala-arvoisten lukumäärää. Länsimaisissa kulttuurivaltioissa ei tällaista valintaa ole. Kun vielä arvokkaiksi luettavien ihmisten ryhmässä useimmiten on vain kaksilapsisia perheitä, aiheutuu tästä ala-arvoisten lukumäärän lisääntyminen. (*Ibidem* s. 8) Jotain tulee siis tehdä rodun degeneroitumisen estämiseksi. Valistuksen lisäksi komitea katsoo, että käytettävissä on kolme muuta keinoa: avioliittojen estäminen, eristäminen ja sterilisoiminen. Viimeksimainittu tulisi lain säännöksin sallia Suomessa, koska avioesteet ovat suhteellisen tehottomia ja eristäminen on liian kallista. Ste-

[32] Ilman tällaista määräystä sterilisaatiota on mietinnön mukaan pidettävä toimenpiteenä, johon henkilö ei voi antaa suostumustaan. Ks. s. 20—21.

rilisaatiota perustellaan rodun puhtaana pitämisen lisäksi myös humanitäärisillä ja rikoksia estävillä argumenteilla. Viimeksi mainitulla tarkoitetaan sitä, että toimenpide alentaa tai estää liiallista seksuaalisuutta, joka ilmenee rikollisena toimintana. (*Ibidem* s. 42—43)

Kokonaisuudessaan voi mietinnön sanoa kuvastavan vain piilevää rasismia. Sitä vastoin rodun sisällä tehtävät arvotukset on hyväksytty. Kriteereinä käytetään lähinnä lahjakkuutta, taloudellista menestymistä ja rikoksettomuutta.

Helsingissä vuoden 1934 tammikuussa pidetyllä Rikollisuuden vastustamisviikolla Honkasalo puuttuu esitelmässään tähän keskusteluun. Hän yhtyy suhteellisen pitkälle sterilisoimiskomitean ehdotuksiin ja perusteluihin. Tämän seurauksena hän puhuu myös »rodun rappeutumisesta» ja »ala-arvoisten yksilöiden syntymisestä». Lisäksi hän viittaa Saksan sterilisoimislakiin vuodelta 1933. Esitelmänsä lopuksi Honkasalo asettaa kuitenkin kyseenalaiseksi komitean esittämän vapaaehtoisuusvaatimuksen. Hänen mielestään on itsestään selvää, että lähtökohtana tulee olla mahdollisuus pakkotoimenpiteisiin; »yhteiskunnan yksinään on määrättävä ne toimenpiteet, jotka sen suojelemisen ja terveen kehittämisen kannalta ovat välttämättömät». (*Honkasalo* 1935 s. 226) Samanaikaisesti täytyy ottaa huomioon kansan oikeustajunta, joka voi mahdollisesti pakottaa joihinkin poikkeamisiin pakkoon perustuvasta toiminnasta. Esitelmässään Honkasalo jättää kuitenkin tämän kysymyksen avoimeksi mutta jo saman vuoden syksynä hän ottaa tähän kantaa. Hän saa nimittäin tehtäväkseen kirjoittaa hallituksen esityksen eduskunnalle sterilisoimislaiksi.[33] Suurelta osin ehdotus on yhteenveto 1929 vuoden mietinnöstä ja hänen sterilisaatiota koskeneesta em. julkaistusta esitelmästään. Toisin sanoen, ehdotetut toimenpiteet perustuvat etupäässä rodun sisällä tapahtuvaan arvokkaiden ja ala-arvoisten yksilöiden luokitteluun. Ehdotuksessa ei mainita kuitenkaan mitään muista roduista. Lisäksi voi huomata Honkasalon tässä ehdottavan, että sterilisoinnin tulee voida tapahtua vastoin asianomaisen tai hänen holhoojansa tahtoa. Pakon käyttöä perustellaan utilitaristisesti eli yhteiskunnan hyödyn katsotaan joskus vaativan pakkotoimenpiteitä. (*HE* 1934: 12 s. 18) Ehdotuksen mukaisesti säädetty uusi sterilisoimislaki astui voimaan vuonna 1935.

Miten nämä mielipiteet rotuhygieniasta ja ala-arvoisista ihmisistä on ymmärrettävä? Onko kysymys kansallissosialistisen rotuopin hyväksymisestä? Mielestäni vastaus näihin kysymyksiin on kielteinen. Yllä selostettuja rotuhygieniaan perustuvia aatteita ei voi missään olosuhteissa ymmärtää erityisen kansallissosialistisiksi. Sen sijaan tässä voi huomata piirteitä eurooppalaisesta

[33] Ks. *Honkasalo* 1934 s. 369—370.

ja amerikkalaisesta ilmiöstä, jolla on juurensa perinnöllisyystutkimuksessa ja darwinismissa.[34] Kuluvan vuosisadan ensimmäisillä vuosikymmenillä oli Euroopassa ja USA:ssa vahva usko ihmisrodun jalostamisen mahdollisuuksiin. Vaikka kansallissosialistit todellisuudessa käyttivätkin radikaalilla tavalla hyväkseen näitä ajatuksia, ei se kuitenkaan oikeuta leimaamaan kaikkia näitä ajatuksia kannattaneita kansallissosialistiseksi.[35] Kokonaan toinen asia on sen sijaan se, että arvoluokittelua on pidettävä erittäin epämoraalisena.[36] Lopputoteamukseksi tuleekin se, että Honkasalon kannanottoja sterilisaatioon tuskin voidaan pitää kansallissosialistisen rasismin hyväksymisenä.[37]

Tehtäessä materiaalisia vertailuja lienee syytä aloittaa rangaistuksen perustaa ja rikollisuuden syitä koskevilla kysymyksillä.

Ainakin Honkasalon tulkinnan mukaan kansallissosialistinen rikosoikeus perustui tahdon vapauteen.[38] Honkasalo on kuitenkin tästä asiasta päinvastaista mieltä. Hänen mukaansa ihmisen tahto on asetettu yleisen syyn ja seurauksen lain alaiseksi ja ilman uskoa tähän olisi kaikki rikollisuuden syitä koskeva tutkimus mahdotonta.[39] Kysymyksen rikoksen ja rikosoikeusjärjestelmän tarkoituksesta ja oikeutuksesta Honkasalo otti esille virkaanastujaisesitelmässään 17. 2. 1937. Mainitussa esitelmässä »Sovitusrangaistuksen soveltuvuus krimi-

[34] Ks. *Hietala* 1985, jossa on seikkaperäinen kuvaus rotuhygienian ajatuksista. Eugeniikan historiallisesta taustasta ks. *Garland* 1985 s. 131—158 ja *Radzinowics—Hood* 1986 s. 316—338.

[35] *Hietala* 1988 s. 108—109: »Eugeniikka tai rotuhygienia -sanat ovat saaneet huonon jälkikaiun kaiken sen jälkeen, mitä tapahtui Hitlerin saksassa. Tämä lienee syynä siihen, että on kestänyt meidän päiviimme, ennenkuin aluetta on alettu tutkia ja tarkastella laajemmin ja perusteellisemmin.»

[36] Ei ole lainkaan hämmästyttävää, että Saksan liittotasavallassa on säädetty laki vahinkojen korvaamiseksi niille, jotka joutuivat 1930—1940 luvuilla sterilisaation kohteiksi. Merkille pantavaa on kuitenkin, että laki tuli voimaan vasta 1988. Ks. tästä *Ganssmüller* 1988.

[37] Tästä voi panna merkille, että Honkasalo edellä selostettuna aikana julkaistuissa aborttia käsitelleissä kirjoituksissa ensisijaisesti vastustaa aborttimahdollisuuksien laajentamista siitä seuraavin sikiönlähdettämisen rangaistavuuden rajoituksin. Abortin perusteena hän hylkää mm. sen rotuhygieniaan kuuluvan seikan, että jälkeläisissä ehkä on psyykkisiä tai fyysisiä vajavaisuuksia. Ks. *Honkasalo* 1936 s. 190—191. Tätä kannanottoa hän kuitenkin tarkentaa sittemmin hyväksyessään abortin sterilisaation yhteydessä. Ks. *Honkasalo* 1942—43 s. 28.

[38] Ks. *Honkasalo* 1937 s. 432—433 ja *Honkasalo* 1943 s. 167—177. Mahdollisesti voi sanoa, että kansallissosialistisen rasismin olisi pitänyt tuottaa deterministinen rikosoikeus; huonommat yksilöt ja rodut tulevat perintötekijöiden vuoksi päätymään rikollisuuteen. Vrt. *Lüken* 1988 s. 137—138.

[39] Näin esim. *Honkasalo* 1935 a s. 1.

naalipoliittisiin tarkoituksiin» hän pohtii kysymystä, miksi rangaistusta käytetään. Hän antaa kysymykseen kaksi vastausta: sovitus ja preventio. Esitelmän ajatuksena oli näyttää sovituksen ja prevention välinen läheinen yhteys rangaistusta määrättäessä. Kriminaalipolitiikan kehittymiselle on rikosten ennakolta tapahtuva ehkäiseminen ja samoin myös tarkoituksenmukaisuus ratkaisevaa. Mutta jollei sovitusta oteta huomioon, niinkuin Honkasalo lähinnä asian ymmärtää, oikeudenmukaisena suhteena rangaistavan teon ja todellisen rangaistuksen välillä, ei uudistuksilla ole onnistumisen mahdollisuuksia. Rangaistuksen ja muiden tiettyyn päämäärään pyrkivien toimenpiteiden täytyy olla sellaisia, että niillä on kansan oikeustajunnan tuki takanaan. Sovitusperiaatteen mukaisella rangaistuksella on tällainen voimakas tuki laajoissa kansankerroksissa. Sovitukseen perustuva rikosoikeus näyttää siten tarkoituksenmukaisimmalta.[40] Samalla Honkasalo ottaa myös kantaa pariin kiusallisen vaikeaan kysymykseen. Ensimmäinen koskee sovituksen määräämistä. Hänen vastauksensa mukaan tuomion perustana on oltava kansan oikeustaju. On myös olemassa absoluuttinen suhteellisuus, minkä rajoja ei voida järkevästi kuvailla, mutta jotka tulevat näkyviin heti niiden yli astuttaessa. Toinen kysymys koskee rikoksen ja rangaistuksen välisen suhteen kehittymisen mahdollisuuksia sekä rangaistusten täytäntöönpanoa. Honkasalo tarkoittaa tällä sitä, että kansan oikeustajunta voi muuttua uusissa olosuhteissa ja uusiin päämääriin pyrittäessä. Muutokset tapahtuvat kuitenkin hitaasti.

Jos edellä selostettua vertaa kansallissosialistiseen rikosoikeuteen, voi todeta sekä erilaisuuksia että yhtäläisyyksiä. Oikeustajunnan painottamisella oikeusjärjestyksen tehokkuuden perustana on vertailukohtansa kansallissosialismissa. Kuitenkin on ymmärrettävä Honkasalon ilmeisestikin tarkoittaneen sitä oikeustajuntaa, joka todellisuudessa on kansan keskuudessa. Sitävastoin hän sanoo nimenomaisesti, että käsite »gesundes Volksempfinden» koskee ainoastaan niitä, jotka ovat omaksuneet kansallissosialistisen maailmankatsomuksen.[41] Rangaistuksen perustan ja tarkoituksen suhteen täytyy Honkasalo mm. deterministisen lähtökohtansa vuoksi katsoa preventioajatuksen kannat-

[40] Esitelmän loppulauseen Honkasalo on muotoillut seuraavanlaiseksi: »Tarkoituksenmukaisuuden aate on eteenpäin vievä voima. Se johtaa yhä uusiin reformivaatimuksiin kriminaalipolitiikan alalla. Oikeellisuuden aatteella on rajoittava merkitys. Se asettaa eetillisen katsantokannan mukaisia rajoja, joiden ulkopuolelle lainsäätäjä ei saa mennä, jos hän tahtoo tehdä uudistuksensa elinvoimaiseksi ja hedelmää tuottavaksi. Ensiksimainittu aate on moottori, viimeksimainittu aate regulaattori, joita varsin hieno mekanismi yhdistää toisiinsa.» *Honkasalo* 1937 b s. 57.

[41] Näin *Honkasalo* 1937 s. 27.

tajaksi ja sovituksella on vain etäisempi, ennalta estävyyttä tukeva vaikutus.[42] Miten hyvänsä kansallissosialistisen käsityksen rangaistuksen perusteesta ja tarkoituksesta kuvaileekin, ei sen voi katsoa yhtenevän Honkasalon ajatusten kanssa.[43]

Edellä tuli esille, että Honkasalo katsoi StGB 2 §:n vuonna 1935 tehdyn muutoksen merkinneen oikeusanalogian hyväksymistä rikosoikeudessa. Itse hän puolusti innokkaasti lainanalogian eli rangaistussäännöksen sanamuodon ulkopuolella tapahtuvan lainsoveltamisen hyväksymistä. Sensijaan hän ei hyväksynyt oikeusanalogiaa. Näin laajalle rikosoikeuden soveltamiselle ei missään liberaalissa valtiossa ole mitään perusteita.[44]

Viimeisenä vertailukohteena otan esille Honkasalon laiminlyöntiä koskevan artikkelin »Rangaistava laiminlyönti nykyajan rikosoikeudessa» vuodelta 1942. Saksalaista doktriinia pidetään tässä asiassa nykyaikaisimpana. Honkasalon perusajatuksena lienee yhteiskuntakehityksen ja laiminlyönnin rangaistavuuden riippuvuus toisistaan. Hänen mukaansa uusi yhteiskuntasuuntaus tulee selvimmin ilmi epävarsinaisten laiminlyöntirikosten alueen laajenemisen yhteydessä. Uutena Honkasalo näkee yhteishyvän lisääntyvän painottamisen yksilöllisen vapauden kustannuksella. (*Honkasalo* 1942 s. 275) Näin on asianlaita kansallissosialistisessa Saksassa. Mutta myös Suomessa kehitys kulkee samansuuntaisena. Konkreettisesti vaikuttaa lisääntyvä solidaarisuus epävarsinaisiin laiminlyöntirikoksiin siten, että toimintavelvollisuuden ei tarvitse pohjautua mihinkään muodolliseen juridiseen perusteeseen. Honkasalon mukaan tällaisen velvollisuuden olemassaolo ratkaistaan yleisen oikeustajunnan nojalla. Tätä on kutsuttu myös sosiaalieettiseksi arvioinniksi.[45] Tämän väittämän peruste on tyyppiä »näin täytyy olla, koska muutoin yhdenvertaisuusperiaatetta loukataan». Tämän päivän yhteiskunnassa tätä ei tunnuta voitavan hyväksyä. Honkasalo kieltää myös, että kysymys olisi jostakin erityisestä kansallissosialistisesta ajatusmallista.[46]

---

[42] Honkasaloa on tässä pidettävä suhteellisen modernina. Ks. tukea tälle esim. *Roxin* 1987 erityisesti s. 373.

[43] Mielestäni kansallissosialistit säätivät oikeutta pyrkimättä suhteellisuuteen rikoksen ja rangaistuksen välillä. Ne, jotka eivät antaneet drakonisen rangaistusuhan pelästyttää itseään saivat kokea täysin konkreettisesti, että rangaistuksen tehtävänä oli rikollisten vaarattomaksi tekeminen.

[44] Näin nimenomaisesti *Honkasalo* 1937 s. 75.

[45] *Ibidem* s. 268: »Mitään muuta mittapuuta lainkäyttäjällä loppujen lopuksi tuskin on käytettävänään, kuin minkä yleinen sosiaaliseetillinen arviointi tarjoaa.»

[46] Selostettuaan eräitä saksalaisia oikeustapauksia, joissa Reichsrericht on hylännyt aikaisemman muodollisen linjan, hän toteaa: »Mainittu selitys tuntuu kannanmuutokselta,

Yhteiskunnan etua ajava valtio ei luonnollisestikaan ole sinänsä mikään kansallissosialistinen ilmiö. Sen sijaan toimintavelvollisuuden antilegalistinen muotoilu kyllä antaa perusteen tällaiselle määrittelylle. Kansan yhteisyyden painottamisesta, johtajuudesta ja kuuliaisuudesta lähdettäessä seuraa luonnollisesti toimintavelvollisuuden vahvistuminen ja sen perustuminen kansan terveeseen oikeuskäsitykseen. Todistuksena tästä voi mainita vuonna 1935 tehdyn lainmuutoksen, joka koski velvollisuutta auttaa hädässä olevaa. Rangaistus määrättiin 330c §:n mukaan sille, joka laiminlöi antaa apua »obwohl dies nach gesunder Volksanschauung seine Pflicht ist...».[47]

Kuten sanottu, Honkasalo torjuu välttämättömyyden tässä yhteydessä. Hänen oma perustelunsa ei kuitenkaan vaikuta kovinkaan vakuuttavalta. Muodollisista perusteista kiinni pitämiselle ei liene mitään estettä toimintavelvollisuuden osalta, jos samanaikaisesti hyväksytään epävarsinaisten laiminlyöntirikosten rankaiseminen. Yhdenvertaisuusperiaate saa väistyä selvemmän ja ennustettavamman rikosoikeuden tieltä. Samalla voi todeta, etteivät yleisen oikeustajunnan huomioonottaminen ja samankaltaisuusperiaate ole mitään erityisiä kansallissosialistisia periaatteita. Näinmuodoin ei voida myöskään väittää, että Honkasalo olisi ottanut laiminlyönnin osalta mallia kansallissosialistisesta oikeudesta.

Loppupäätelmä

On selvää, että Honkasalo on esittänyt sellaisia ajatuksia, jotka ovat kuuluneet myös tuon ajan saksalaiseen doktriiniin. Vaikka hänen kirjoituksensa antavat hyvin uskottavan kuvan saksalaisesta kehityksestä ja kirjallisuudesta, ei voida helposti todistaa, että hän olisi vastaanottanut kansallissosialistisia ajatuksia. Samanaikaisesti on vaikeaa löytää myöskään mitään nimenomaista vetäytymistä kansallissosialismista ja sen rikosoikeudesta. Huomattavasti helpompaa on tulla tällaisiin tulkintatuloksiin neuvostoliittolaisen rikosoikeuden suhteen. Honkasalo ei poikennut tässä suhteessa suomalaisesta enemmistöstä.

---

jota voitaisiin perustella sillä, ettei kansallissosialismi tee jyrkkää eroa oikeuden ja sosiaalietiikan välillä, vaan katsoo terveen oikeustajunnan oikeuden perimmäksi lähteeksi. Mutta tosiasiallisesti sitä on pidettävä vain sen tunnustamisena, johon jo aikaisemminkin oikeuskäytännössä julistetusta periaatteellisesta kannasta huolimatta on täytynyt mennä». *Ibidem* s. 269—270.

[47] Pykälän loppuosa kuuluu: »insbesondere, wer der polizeilichen Aufforderung zur Hilfeleistung nicht nachkommt, obwohl er der Aufforderung ohne erhebliche eigene Gefahr und ohne Verletzung anderer wichtiger Pflichten genügen kann, wird mit Gefängnis bis zu zwei Jahren oder mit Geldstrafe bestraft». Ks. tästä *Lüken* 1988 s. 225—226.

Lähdeluettelo

Broszat Martin 1970: Soziale Motivation und Führer-Bindung des Nationalsozialismus. Vierteljahrshefte für Zeitgeschichte 1970 s. 392—409.

Diesselhorst Malte 1989: Die Euthanasie im »Dritten Reich». Teoksessa: »Recht und Justiz im 'Dritten Reich'. Herausgegeben von Ralf Dreier und Wolfgang Sellert», s. 118—135. Frankfurt am Main 1989.

Djupsund Göran—Karvonen Lauri 1984: Fascismen i Finland: Högerextremismens förankring hos väljarkåren 1929—1939. Åbo 1984.

Drath Martin 1974: Totalitarismus in der Volksdemokratie. Teoksessa: »Wege der Totalitarismus-Forschung. Herausgegeben von Bruno Seidel und Siegfried Jenker», s. 310—358. Darmstadt 1974.

Fiandaca Giovanni—Musco Enzo 1985: Diritto penale. Parte generale. Bologna 1985.

Fogelklou Anders 1978: Den orättfärdiga rätten. Stockholm 1978.

Friedländer Saul 1986: Nazism: Fascism or Totalitarianism? Teoksessa: »The Rise of the Nazi Regime. Historical Reassessments. Edited by Charles S. Maier, Stanley Hoffmann and Andrew Gould», s. 25—34. Boulder London 1986.

Ganssmüller Christian 1988: Späte Entschädigungsregelungen für die Opfer des Sterilisierungsgesetzes vom 14. 7. 1933. Neue Juristische Wochenschrift 1988 s. 2867—2868.

Garland David 1985: Punishment and Welfare. A history of penal strategies. Aldershot 1985.

Gross Walter 1941: Kansallissosialistinen rotuajatus. Teoksessa: »Saksan tie. Toimitettu 26 Saksan valtion ja kansallissosialistisen puolueen johtohenkilön avustuksella», s. 157—166. Toinen painos. Helsinki 1941.

Gürtner Franz 1936: Das kommende deutsche Strafrecht. Bericht über die Arbeit der amtlichen Strafrechtskommission. Bd II., Besonderer Teil. 2. Auflage. Berlin 1936.

HE 1934: 12: Hallituksen esitys Eduskunnalle sterilisoimislaiksi.

Hietala Marjatta 1985: Rotuhygienia. Teoksessa: »Mongoleja vai germaaneja — rotuteorioiden suomalaiset. Aira Kemiläinen (Toim.)», s. 105—162. Helsinki 1985.

Honkasalo Brynolf 1934: Uusi sterilisoimislakiehdotus. Defensor legis 1934 s. 369—383.

— 1935: Sterilisoinnista. Teoksessa: »Rikollisuus ja sen vastustamismahdollisuudet», s. 191—227. Helsinki 1935.

— 1935 a: Rikollisuuden yksilöllisistä ja yhteiskunnallisista syistä. Ylipainos Suomen kriminalistiyhdistyksen vuosikirjasta v. 1935 s. 1—22.

— 1936: Abortiprobleemi. Defensor Legis 1936 s. 183—192.

— 1937: Nulla poena sine lege. Helsinki 1937.

— 1937 a: Saksan rikoslakireformi. Lakimies 1937 s. 426—443.

— 1937 b: Sovitusrangaistuksen soveltuvaisuus kriminaalipoliittisiin tarkoituksiin. Defensor legis 1937 s. 45—57.

— 1938: Voidaanko yhdistyslain nojalla estää aikakautisen painokirjoituksen julkaiseminen? Defensor legis 1938 s. 388—397.

— 1942: Rangaistava laiminlyönti nykyajan rikosoikeudessa. Defensor legis 1942 s. 49—64 ja 259—277.

— 1942—1943: Abortfrågan betraktad särskilt ur befolkningspolitisk synpunkt. De nordiska kriminalistföreningarnas årsbok 1942—1943 s. 2—29.

— 1942 a: Onko kansanhuoltoministeriön eräissä tapauksissa käyttämä rajahintasäännösten julkaisemistapa laillinen. Defensor legis 1942 s. 298—306.

— 1943: Rikosoikeus ajan poliittisten ja sosiaalisten katsomusten ristiaallokossa. Defensor legis 1943 s. 155—176.
— 1943 a: Blankorangaistussäännöksestä. Lakimies 1943 s. 269—288.
— 1943 b: Krigets inverkan på brottsligheten i Finland. Nordisk tidsskrift for strafferet s. 2—40.
— 1967: Elämä antaa ja ottaa. Oikeuselämässä harmaantuneen miehen kertomaa. Hämeenlinna 1967.
Kangas Urpo 1985: Kansallissosialistinen oikeusajattelu ja sen herättämät reaktiot Suomessa. Turku 1985.
Losemann Volker 1984: Nationalsozialistische Weltanschauung und Herrschaftspraxis (1933—1935). Teoksessa: »Der Nationalsozialismus an der Macht. Aspekte nationalsozialistischer Politik und Herrschaft. Herausgegeben von Klaus Malettke», s. 9—52. Göttingen 1984.
Lüken Erhard-Josef 1988: Der Nationalsozialismus und das materielle Strafrecht. Ein Beitrag zur Strafrechtsgeschichte.Göttingen 1988.
Makepeace R. W. 1980: Marxist Ideology and Soviet Criminal Law. London 1980.
Marxen Klaus 1975: Der Kampf gegen das liberale Strafrecht. Berlin 1975.
Minkkinen Panu 1989: »Ymmärrystä vailla» — Syyntakeisuus ja sosiaalinen kontrolli. Julkaisematon lisensiaatintutkimus. Helsingin yliopisto 1989.
Mommsen Hans 1983: Die Realisierung des Utopischen: Die »Endlösung der Judenfrage» im »Dritten Reich». Geschichte und Gesellschaft 1983/Heft 3: Juden in Deutschland zwischen Assimilation und Verfolgung, s. 381—420.
Nolte Ernst 1984: Der Faschismus in seiner Epoche. Action francaise. Italienischer Faschismus. Nationalsozialismus. München Zürich 1984.
Nybom Thorsten 1989: Den tyska »Historikerstriden». En svensk reflexion i anledning av ett tidsläge. Historisk tidskrift 1989/1 s. 16—45.
Ofstad Harald 1987: Vårt förakt för svaghet. Nazismens normer och värderingar — och våra egna. Stockholm 1987.
Pasukanis Jevgeni 1985: Valittuja teoksia yleisen oikeus- ja valtioteorian alalta. Moskova 1985.
Radzinowicz Leon—Hood Roger 1986: A History of English Criminal Law and its Administration from 1750. Volume 5. The Emergence of Penal Policy. London 1986.
Reuter Lothar 1989: Zum Stand der Reform der sowjetischen Strafgesetzgebung. Neue Justiz 1989 s. 149—151.
Roxin Claus 1987: Was bleibt von der Schuld im Strafrecht übrig? Schweizerische Zeitschrift für Strafrecht 1987 s. 356—376.
Rückert Joachim 1986: Das »gesunde Volksempfinden» — eine Erbschaft Savignys? Zeitschrift der Savigny-Stiftung für Rechtsgeschichte. Germanistische Abteilung 1986 s. 199—247.
Rüthers Bernd 1988: Entartetes Recht. Rechtslehren und Kronjuristen im Dritten Reich. München 1988.
Scheinin Martin 1988: Marxilainen oikeuden kuoleutumiskeskustelu — erityisesti J. B. Pashukanisin teoria. Teoksessa: »Teorioita oikeuden kehityksestä. Kaarlo Tuori (toim.)», s. 105—127. Helsinki 1988.
Schieder Wolfgang 1989: Der Nationalsozialismus im Fehlurteil philosophischer Geschichtsschreibung. Zur Methode von Ernst Noltes »Europäischem Bürgerkrieg». Geschichte und Gesellschaft 1989/Heft 15 s. 89—114.

Schreiber Hans-Ludwig 1989: Die Strafgesetzgebung im »Dritten Reich». Teoksessa: »Recht und Justiz im 'Dritten Reich'. Herausgegeben von Ralf Dreier und Wolfgang Sellert», s. 151—179. Frankfurt am Main 1989.

Staats- und Rechtstheorie 1980: Marxistisch-leninistische Staats- und Rechtstheorie. Lehrbuch. Berlin 1980.

Torvinen Taimi 1984: Pakolaiset Suomessa Hitlerin valtakaudella. Keuruu 1984.

Tucker Robert C. 1987: Political Culture and Leadership in Soviet Russia. New York London 1987.

Uola Mikko 1982: Sinimusta veljeskunta. Isänmaallinen kansanliike 1932—1944. Keuruu 1982.

Yleisvaaralliset rikokset uudistuvassa rikoslaissa

Poliisineuvos, oikeustieteen lisensiaatti *Klaus Helminen*

I. Yleistä vaarantamisrikoksista

Rikoslaissamme on sen säätämisestä alkaen ollut vaarantamiskriminalisointeja. Osa niistä on perua vielä aikaisemmista rangaistussäännöksistä. Tekniikan kehittyessä, energiatuotannon monipuolistuessa, liikenteen enentyessä ja tähän kehitykseen liittyvien riskien lisääntyessä vaarantamisrikossäännösten suhteellinen merkitys on samalla jatkuvasti kasvanut. Kysymyksessä on ollut myös tietoinen kriminaalipoliittinen suuntaus seuraushakuisuudesta vaarantamisvastuuseen.[1]

Vaarantamiskriminalisoinneilla rakennetaan eräänlainen rikosoikeudellinen etulinja ennen loukkausrikosten muodostamaa pääpuolustuslinjaa. Vastaavanlainen järjestely on rikoksen yrityksen säätäminen rangaistavaksi. Koska oikeudenloukkauksen käsittävän ulkoisen seurauksen aiheutuminen vaarallisestakin teosta on usein sattumanvaraista, teon vaarallisuutta voidaan pitää oikeampana moitittavuuden mittapuuna kuin ulkoista vahinkoseurausta. Toisaalta on kyllä todettava, että oikeudenloukkauksen aiheuttaneen teon vaarallisuus on seurauksen syntymisen kautta ikäänkuin konkretisoitunut. Mutta sellaisenkin teon vaarallisuus tekohetkellä, ex ante, arvioiden saattaa vaihdella suuresti.

Honkasalo määrittelee (konkreettisen) vaaran seuraavasti: »Konkreettinen vaara on tila, johon olevien, tahdontoiminnan hetkellä yleisesti tai myöskin

[1] Vaarantamisvastuuta korostavasta kriminaalipoliittisesta suuntauksesta ks. erityisesti Anttila, Syyllisyysvastuuta kohti, LM 1969 s. 625—648. Myöhempi tilannearvio sisältyy Koskisen artikkeliin Vaarantamisesta rangaistavuuden perusteena, LM 1984 s. 1116—1141.

vain tekijälle tunnettujen seikkojen vallitessa liittyy läheinen mahdollisuus (todennäköisyys) siitä, että seurauksena tulee olemaan oikeushyvän loukkaus.»[2] Vaara-käsitteen merkityssisältöä on analysoitu erityisesti ruotsalaisen *Hoflundin* monografiassa »Om farebegreppet i straffrätten» (Stockholm 1967).

Rikoslaissa on alusta pitäen ollut monia rangaistussäännöksiä, joissa vaara on mainittu nimenomaisena tunnusmerkistötekijänä. Esimerkkinä mainitsen alunperin RL 25: 3:ssa olleen ja v. 1969 alkaen RL 21: 11:ksi sijoitetun heitteillepanosäännöksen (491/69), jonka alkuperäisen sanamuodon mukaan rangaistavaa oli mm. se, että henkilö saatetaan »avuttomaan tilaan, jossa vaara hänen hengelleen tai terveydelleen on tarjona». Heitteillepanosäännöksessä on alusta pitäen ollut myös privilegioitu tekomuoto sellaisen tapauksen varalta, että »ainoastaan vähäinen vaara» heitteille pannulle tai jätetylle on ollut tarjona. Säännös osoittaa, että rikoslaissa vanhastaan on kiinnitetty huomiota myös vaaran asteeseen.

Edelleen muuttamattomina voimassa olevia rikoslain alkuperäisiä vaaran aiheuttamista koskevia rangaistussäännöksiä on 44 luvussa. Luvun 10 §:ssä on säädetty rangaistavaksi sellainen varomaton rakentaminen, josta syntyy »vaara ihmisille» (»fara för människor»). Seuraavassa eli 11 §:ssä taas on kriminalisoitu kellarin, kaivannon tms. aukon peittämättä, aitaamatta tai merkitsemättä jättäminen »niin että siitä syntyy muille vaara». Selostetuissa rangaistussäännöksissä vaara on rikostunnusmerkistöön kuuluva seuraus.

Vaarantamis-ominaisuus esiintyy myös tekovälineen epiteettinä. RL 44: 1:ssä ja 44: 4:ssä esiintyy käsitepari »myrkky tai muu hengenvaarallinen aine» ja 44: 7:ssä puhutaan sellaisesta eläimestä, »joka hänen tietensä on ihmiselle vaarallinen». Rikoslain alkuperäisessä 21: 13:ssa oli pahoinpitelyn kvalifiointiperusteena nimenomaan mainittu tekovälineenä käytetty ase tai »hengenvaarallinen astalo» (»livsfarligt tillhygge»). Sama periaate ilmenee nykyisestä 21: 6:sta, jossa käytetään sanontaa »asetta tai muuta hengenvaarallista välinettä».

Teon vaarallisuuteen on kiinnitettävä huomiota yleisenä rangaistuksen mittaamisperusteena v. 1976 uudistetun RL 6 luvun (466/76) perussäännöksen 1 §:n mukaan. Tekijän vaarallisuutta koskeva arviointi puolestaan on suoritettava harkittaessa pakkolaitokseen määräämistä vaarallisten rikoksenuusijain eristämisestä 9. 7. 1953 annetun ja v. 1971 muutetun (491/71) lain nojalla.

Käytännössä tärkeän vaarantamiskriminalisointien ryhmän muodostavat RL

[2] Honkasalo, Suomen rikosoikeus, Yleiset opit I (1948), s. 125, sekä Suomen rikosoikeus, Erityinen osa II (1960) s. 132—133. Samansuuntainen määrittely on jo Forsmanilla, ks. De särskilda brotten II s. 882.

34 luvussa säännellyt ns. yleisvaaralliset rikokset. Luvun otsakkeena on »Yleistä vaaraa aiheuttavista rikoksista».[3] Luvun rikoksille tunnusomaista on sellaisen yleisen vaaran aiheutuminen, joka ei rajoitu tiettyyn henkilöön tai esineeseen. Vaikkakin luvun rikoksille on ominaista juuri yleisvaarallisuus, niistä aiheutuu käytännössä usein huomattavia vahinkoseuraamuksia. Luvun rikossäännöksiä saatetaan siten pitää eräänlaisina vahingontekorikosten kvalifioituina muotoina. Erotukseksi viimeksi mainituista aiheutuu RL 34 luvun rikoksista usein vaaraa, paitsi omaisuudelle, myös toisten hengelle tai terveydelle.

Samantyyppisiä vaarantamisrikoksia kuin RL 34 luvussa on myös 44 luvussa, jonka otsake alusta pitäen on ollut »Hengen, terveyden tahi omaisuuden suojelemiseksi annettujen määräysten rikkomisesta». Tämän luvun rikokset ovat ns. politiarikoksia (RL 5: 3[4], 16: 20[2] ja RVA 5 §:n 3 k.). Jo *Forsman* on todennut[4], ettei RL 34 luvussa ja 44 luvussa säännellyillä yleistä vaaraa tuottavilla rikoksilla ole käsitteellistä eroa, vaan ne eroavat toisistaan pelkästään kvantitatiivisesti.

Vuonna 1980 rikoslain kokonaisuudistusta valmistelemaan asetetun projektiorganisaation (pja Henrik Grönqvist) toinen osamietintö valmistui keväällä 1989 (»Rikoslain kokonaisuudistus II», OM lavon julkaisu 1/1989). Lähes tuhatsivuinen mietintö sisältää ehdotuksen mm. RL 34 luvun täydelliseksi uudistamiseksi. Jäljempänä selostettavista syistä RL 44 luvun tarkistaminen on jäänyt projektiorganisaation työn kolmanteen vaiheeseen.

Tässä artikkelissa esittelen RL 34 luvun uudistamisen pääkysymyksiä. Projektiorganisaatiossa uutta 34 lukua on valmistellut henkeen, terveyteen ja vapauteen kohdistuvia rikoksia koskevia rangaistussäännöksiä uudistamaan asetettu ns. HTV-työryhmä, jonka puheenjohtajana olen toiminut.[5] Sivuan paikoin myös joitakin 44 luvun uudistamiseen liittyviä kysymyksiä. Tätä kirjoitettaessa projektiorganisaation II osamietintö on lähetetty laajalle lausuntokierrokselle, mutta lausuntoja ei vielä ole ehtinyt saapua eikä niihin sisältyvää palautetta siten ole voitu ottaa huomioon esityksessäni.

---

[3] Alunperin luvun otsake oli muodossa »Yleistä vaaraa tuottavista rikoksista». Nykyiseen muotoonsa otsake muutettiin RL 21 luvun uudistamisen yhteydessä samalla kun seurausvastuuperiaatetta ilmentänyt RL 34: 17 kumottiin, ks. HE 68/1966 vp. s. 14 ja LaVM 11/1969 vp. s. 7. — Mielestäni voidaan kysyä, oliko otsakkeen muuttaminen tarpeen. Ruotsinkielinen otsake onkin rikoslain säätämisestä alkaen ollut muodossa »Om brott vilka innebära allmän fara». Osuvalle ruotsinkieliselle sanonnalle »innebära fara» ei valitettavasti ole tarkkaa vastinetta suomenkielessä.

[4] Forsman, m.t.s. 884—885.

[5] Rikoslakiprojektin II vaiheen työn organisoinnista ks. Rikoslain kokonaisuudistus II osamietinnön alussa oleva saatekirje s. V—IX.

II. Nykyinen lainsäädäntö

Vuonna 1875 mietintönsä jättäneessä rikoslakikomitean mietinnössä[6] oli jo kymmeniä säännösehdotuksia yleisvaarallisten tekojen kriminalisoimisesta. Murhapoltosta ja palovahingon tuottamisesta ehdotettiin omaa erillistä lukua (39 luku, 442—450 §), ja sitä seuraavaan lukuun olisi sijoitettu muut vakavammat yleisvaaralliset rikokset (40 luku, 451—482 §). Vastaavat politiarikokset olisi ehdotuksen mukaan otettu kolmeen lukuun (50, 52 ja 53 luvut). Rikossäännökset eivät siten vielä olleet hahmottuneet sellaisiksi kokonaisuuksiksi kuin rikoslaissa. Säännösehdotukset olivat kasuistisemmat kuin lopullisessa laissa, mutta useimmat rikostyypit olivat jo idulla.

Vuonna 1884 valmistuneessa ns. tarkistuskomitean mietinnössä[7] yleisvaarallisia rikoksia koskevat säännösehdotukset oli jo koottu kahteen lukuun (37 luku: »Yleistä vaaraa tuottavista rikoksista», 291—314 §, ja 48 luku: »Väärinteoista ihmisiä ja omaisuutta vastaan»). Tämä jaottelu toteutettiin sitten vuoden 1889 rikoslaissa, jossa vastaavien lukujen järjestysnumerot ovat 34 ja 44. Kummassakin komiteanmietinnössä nyt tarkasteltavia rangaistussäännöksiä koskevat perustelut ovat suhteellisen niukat, eivätkä ne sisällä mitään tässä erikseen referoitavaa.

RL 34 luku käsitti alunperin 21 pykälää. Lukuun on tehty vain harvoja muutoksia lain satavuotistaipaleella. Yksi pykälä, seurausvastuuperiaatetta ilmentänyt 17 §, on kumottu RL 21 luvun kokonaisuudistuksen yhteydessä v. 1969 (491/69). Muutoksia on tehty ainoastaan viiteen pykälään, ja näistäkin muutoksista useimmat jo v. 1919. Aivan alkuperäisessä asussa on siten peräti 15 pykälää. Tärkeimmät muutokset ovat tapahtuneet 1970-luvun alkupuolella, jolloin lukuun lisättiin siviili-ilmailun suojaamista koskevien kansainvälisten sopimusten edellyttämät säännökset ilma-aluksen kaappauksesta, 14 a § (783/71), ja ilmaliikennesabotaasista, 14 b § (523/73).

---

[6] Komiteanmietintö 1875: 9, Alamaiset ehdotukset Suomen Suuriruhtinaanmaan Rikoslaiksi, Asetukseksi rangaistusten täytäntöönpanosta sekä Asetukseksi Suomen Suuriruhtinaanmaalle annetun uuden rikoslain voimaanpanemisesta, ynnä perussyitä näihin ehdotuksiin. Valmistanut sitä varten määrätty komitea (J. D. Dahl, A. Grotenfelt, G. Ehrström). Helsinki 1884.

[7] Komiteanmietintö 1884: 12, Alamaiset ehdotukset Suomen Suuriruhtinaanmaan Rikoslaiksi, Asetukseksi rangaistusten täytäntöönpanosta sekä Asetukseksi Suomen Suuriruhtinaanmaalle annetun uuden rikoslain voimaanpanemisesta ja siitä mitä sen johdosta on vaarinotettavaa, ynnä perussyitä näihin ehdotuksiin. Valmistunut komitea (J. D. Dahl, Richard Idestam, K. W. Sulin, Jaakko Forsman), joka oli määrätty tarkastamaan vuonna 1875 painettuja alamaisia ehdotuksia sanotuksi rikoslaiksi ja sanotuiksi asetuksiksi. Helsinki 1884.

Nykyisen RL 34 luvun perusrikos on 1—4 §:ssä kriminalisoitu murhapoltto, jota yleiskielessä nimitetään tuhopoltoksi. Sillä tarkoitetaan rakennuksen tai eräiden muiden kohteiden tahallista tuleen sytyttämistä. Murhapolton rangaistusasteikot on porrastettu kohteen laadun perusteella, minkä lisäksi 3 §:ssä on kvalifioiviksi perusteiksi säädetty tahallinen sammutusvälineiden poistaminen ja teon tekeminen katastrofitilanteessa. Tuleen sytyttämiseen on 5 §:ssä rinnastettu kohteen vahingoittaminen räjähdysaineella. Näistä rikoksista on säädetty varsin ankarat rangaistukset. Niinpä 1 §:ssä säännellyn murhapolton perusmuodon rangaistusminimi on 2 vuoden vapausrangaistus ja 3 §:n kvalifioidusta murhapoltosta voidaan tuomita jopa elinkautisrangaistus. Lainsäätäjän näkemys tulipalon ja räjähdyksen aiheuttamisen vaarallisuudesta ilmenee siitäkin, että näiden valmistelu on 6 §:ssä säädetty rangaistavaksi. Vedentulvan aiheuttamisesta on rangaistussäännös 8 §:ssä.

Luvussa on eräiden liikennemuotojen häiriötöntä sujumista turvaavia säännöksiä. Niinpä 9 §:ssä on kriminalisoitu tahallinen ja tuottamuksellinen vaaran aiheuttaminen rautatien käyttämisessä. Laivan saattamisesta haaksirikkoon sekä vesiliikenteen vaarantamisesta puuttumalla merenkulun turvalaitteisiin säädetään 13 ja 14 §:ssä. Luvun 11 §:ssä on kriminalisoitu haitan tai viivytyksen aiheuttaminen rautatien tai kanavalaitoksen käyttämisessä. Vesiliikennesääntöjen rikkomista koskeva blankorangaistussäännös on RL 44: 9:ssä. Tieliikennettä turvaavat säännökset olivat alunperin 44 luvussa (vars. 14, 16 ja 17 §). Vasta tällä vuosisadalla tuli moottoriajoneuvoliikenteen erityissääntely tarpeelliseksi, ensiksi v. 1926 säädetyllä lailla ja v. 1929 annetulla asetuksella. Kuten tunnettua kehitys on johtanut siihen, että ehdottomasti tärkeimmän vaarantamisrikosten ryhmän muodostavat nykyisin tieliikennerikokset[8], joita koskevat rangaistussäännökset ovat 3. 4. 1981 annetun tieliikennelain (267/81) 8 luvussa. Liikennejuopumusta koskevat rangaistussäännökset ovat v. 1976 uudistetussa RL 23 luvussa (960/76). Edellä olen jo maininnut ilmaliikennettä suojaavat rangaistussäännökset RL 34: 14 a ja 14 b.

Rautateiden lisäksi eräille muillekin tärkeille 1800-luvulla käyttöön tulleille teknisille keksinnöille annetaan rangaistussuojaa RL 34 luvussa. Lennätin- ja puhelinlaitosten toiminnan estäminen ja häiritseminen on kriminalisoitu 12 §:ssä. Radiolaitteita ja sähkölaitoksia koskevassa lainsäädännössä olevilla sään-

[8] Liikennerikoskriminalisoinneista ks. Kantola, Varomattomuudesta liikenteessä vaarantamisrikoksena, LM 1970 s. 374—389 ja Lahti, Tieliikennelain rangaistussäännökset, Uutta tieliikennelainsäädäntöä, Lakimiesliiton koulutuskeskuksen julkaisusarja n:o 34, Vammala 1982, s. 138—158.

nöksillä vastaava rangaistussuoja on myöhemmin ulotettu näissä laeissa säänneltyihin laitoksiin ja laitteistoihin.[9]

Luku sisältää myös eräitä välittömästi ihmisten terveyttä suojaavia rangaistussäännöksiä. Niitä ovat 15 §, jossa säädetään rangaistus vesijohdon, kaivon, ruoka-aineen, juoman ja muun käytettäväksi sopivan ja myytäväksi aiotun myrkyttämisestä, sekä 16 §, joka koskee kulkutaudin tahallista levittämistä ihmisiin. Kulkutaudin levittämisestä eläimiin sekä yleisen vaaran aiheuttamisesta toisen elukoille myrkyttämällä laidun tms. säädetään rangaistus 18 ja 19 §:ssä.

Eräänlainen yleissäännös sisältyy 10 §:ään, jossa on kriminalisoitu pykälässä lueteltujen laitosten ja rakennelmien vahingoittaminen. Pykälässä ei mainita rikosnimeä, mutta sellaiseksi on vakiintunut nimitys »yleisvaarallinen vahingonteko». Erotuksena 35 luvussa säännellyille vahingontekorikoksille on RL 34: 10:ssä lueteltujen kohteiden tuottamuksellinenkin vahingoittaminen säädetty rangaistavaksi. Sähkölaissa olevan säännöksen mukaan RL 34: 10:n rangaistussäännöstä on sovellettava myös silloin, kun vahingoittaminen kohdistuu sähkölaitteistoihin rakennuksineen tai voimalaitokseen.[10]

Monet RL 34 luvun rikoksista on subjektiivisen puolen osalta porrastettu kolmeen rangaistavuuskategoriaan. Esimerkkinä siitä on edellisessä kappaleessa käsitelty yleisvaarallinen vahingonteko, 34: 10. Pykälässä on eri rangaistusasteikot sen mukaan, onko 1) tekijä aikonut aikaansaada vaaran toisen hengelle tai terveydelle vai 2) onko teko tehty tahallisesti sellaista aikomatta vai 3) onko vahinko aiheutettu tuottamuksellisesti.

RL 34 luvussa säädettyjen tahallisten rikosten yritys on rangaistava. Tässäkin suhteessa RL 34 luku eroaa RL 35 luvun vahingontekorikoksista. Edellä olen jo maininnut, että murhapolton ja räjäyttämisen valmistelukin on säädetty rangaistavaksi (34: 6).

Vaaran aiheuttamista ei mainita tunnusmerkistötekijänä kaikissa luvun rikossäännöksissä, esim. murhapolton perusmuodossa (RL 34: 1). Toisissa tunnusmerkistöissä mainitaan vaara-kriteeri, tavallisimmin ns. konkreettista vaaraa kuvaavin ilmaisuin, esim. RL 34: 8: »jos siitä on vaara ihmisen hengelle» — »jos siitä ainoastaan on yleinen vaara omaisuudelle».

Tahallisista RL 34 luvun rikoksista on säädetty ankarat rangaistukset. Monissa pykälissä on 2 vuoden vankeusminimi (esim. 34: 1, 9^1, 13^1, 14^1 ja 15^1). Eräiden tuottamuksellisten rikosten maksimirangaistus on 2 vuotta vankeutta (34: 7) tai 1 vuosi vankeutta (esim. 34: 8^3, 9^3, 13^3, 14^3 ja 15^3). Parissa käytän-

[9] Ks. L radiolaitteista 17. 1. 1927/8, 6 § ja SähköL 16. 3. 1979/319, 63 §:n 2 mom.
[10] SähköL 63 §:n 1 mom.

nössä merkityksettömässä säännöksessä on harvinainen erityismaksimi, nimittäin 1 kuukauden vankeusrangaistus (43: 12, 5 ja 6 mom)!

Luvun viimeisessä pykälässä eli 21 §:ssä on mielenkiintoinen ns. tehokasta katumista koskeva säännös. Pykälän mukaan tuomioistuin voi harkintansa mukaan jättää yleisvaaran tuottamuksellisesti aiheuttaneen rankaisematta, »jos vaara, ennen kuin siitä vahinkoa tuli, tekijän toimen tai ilmoituksen kautta poistettiin».

RL 44 luku on alunperin sisältänyt 27 pykälää. Nyt luvussa on 21 voimassa olevaa pykälää, joista 16 alkuperäisessä muodossa; kaksi pykälistä on muutettu v. 1919 ja kolme v. 1933. Luvussa on mm. varomatonta aseen käsittelyä tai säilyttämistä sekä myrkyn tai räjähdysaineen luvatonta valmistamista tai kaupan pitämistä koskevat rangaistussäännökset (1 ja 4 §). Varomattomasta rakentamisesta säädetään 10 §:ssä ja kaivon tai muun aukon peittämättä, aitaamatta tai merkitsemättä jättämisestä 11 §:ssä. Varomatonta tulen käsittelyä koskevia rangaistussäännöksiä on 20—22 §:ssä.

Yleisvaarallisia rikoksia koskevia vankeusuhkaisia rangaistussäännöksiä on nykyisin runsaasti myös rikoslain ulkopuolisessa erityislainsäädännössä. Tieliikennelain ohella voidaan esimerkkeinä mainita 11. 12. 1987 annetun ydinenergialain (990/87) 69—71 §, 26. 4. 1957 annetun säteilysuojauslain (174/57) 13 §, 27. 6. 1980 annetun myrkkylain (309/69) 15 §[11] ja 19. 5. 1961 annetun vesilain (264/61) 13: 1. Vaarantamisrikoksia ovat luonteeltaan myös ampumaaseista ja ampumatarpeista 27. 1. 1933 annetun lain (33/33) ja 28. 1. 1977 annetun teräaselain (108/77) eräät rikossäännökset.

III. Tilastotietoja

Tuomioistuintilastosta saadaan pykäläkohtaisia tietoja rikoslain rangaistussäännösten soveltamisesta. Vuoden 1986 tilaston mukaan[12] yleisissä alioikeuksissa tuomittiin RL 34 luvun rikoksista yhteensä 350 henkeä. Heistä tuomittiin vankeusrangaistukseen yhteensä 156 henkeä, näistä 79 ehdottomaan ja 77 ehdolliseen vankeusrangaistukseen.

[11] MyrkkyL on ehdotettu korvattavaksi kemikaalilailla, ks. HE 93/1988 vp.

[12] Suomen Virallinen Tilasto, Oikeus 1988: 9: »Tuomioistuinten tutkimat rikokset 1986». Sitä vastoin poliisitilastossa on RL 34 luvun osalta rikostyyppikohtaisia tietoja vain murhapolttorikoksista.

Eniten sovellettuja 34 luvun rangaistussäännöksiä olivat v. 1986 seuraavat:

— tahallinen murhapoltto tai sen yritys (34: 1—4)	110
— tahallinen räjäyttäminen (34: 5)	17
— tuottamuksellinen tulipalon tai räjähdyksen aiheuttaminen (34: 7)	109
— tahallinen tai tuottamuksellinen rautatieliikenteen vaarantaminen (34: 9)	61
— haitan tai viivytyksen aiheuttaminen rautatien tai kanavalaitoksen käyttämiselle (34: 11)	13
— puhelin- tai teleliikenteen estäminen tai häiritseminen (34: 12)	31

Muita 34 luvun säännöksiä sovellettiin vain 1—3 kertaa tai ei lainkaan. Esimerkiksi yleisvaarallisesta vahingonteosta (34: 10) tuomittiin kolme henkilöä, heidätkin kaikki sakkoon.

Tilastonumerot osoittavat, että käytännössä esiintyvät yleisvaaralliset rikokset kasautuvat muutamiin rikostyyppeihin. Näitä ovat tulta tai räjähdysainetta käyttäen tapahtuvat rikokset sekä rautatieliikenteen turvallisuuteen tai puhelin- ja teleliikenteeseen kohdistuvat rikokset.

Rangaistustasosta voidaan ottaa esimerkiksi murhapolton perusmuoto (RL 34: 1). Vuonna 1986 tuomittiin täytetystä murhapoltosta 34: 1^1:n nojalla 34 henkilöä vankeusrangaistukseen (näistä 8 ehdollisesti) ja sanotun rikoksen yrityksestä 34: 1^2:n nojalla 26 henkilöä vankeusrangaistukseen (näistä 14 ehdollisesti). Täytetystä murhapoltosta tuomittujen vankeusrangaistusten keskipituus oli 26,0 kk eli 2 v 2 kk. Näistä rangaistuksista 13 oli pituudeltaan alle 2 vuotta, mikä on pykälässä säädetty rangaistusminimi; kysymyksessä on siis ollut joko alle 18-vuotias tai vähentyneesti syyntakeinen tekijä. Murhapolton yritystä koskevan säännöksen runsas soveltaminen saattaa osoittaa sekin tuomioistuimien pyrkimystä tuomita alle 2 vuoden rangaistuksia. Murhapolton yrityksestä 34: 1^2:n nojalla tuomittujen vankeusrangaistusten keskipituus oli 9,5 kk eikä yksikään rangaistuksista ylittänyt 2 vuotta. Nimenomaan murhapolttorikoksille ominaista on vielä se, että 34: 1—4:ssä säädettyyn murhapolttoon tai sen yritykseen syypäiksi todetuista 23 jätettiin ymmärrystä vailla olevina rangaistukseen tuomitsematta.

Eräät muutkin 34 luvun säännökset ovat käytännössä johtaneet ankariin rangaistuksiin. Vuonna 1986 tuomittiin yksi henkilö ilma-aluksen kaappauksesta (34: 14 a^1) 2 v 1 kk vankeusrangaistukseen ja yksi henkilö myrkyttämisestä (34: 15^1) 3 vuodeksi vankeuteen.

Vuoden 1986 tilastotietojen mukaan RL 44 luvun säännösten nojalla tuomittiin yhteensä 339 henkilöä rangaistukseen, jotka kaikki olivat sakkorangaistuksia. Eniten sovellettuja 44 luvun säännöksiä olivat:

— aseen ym. varomaton käsittely (44: 1) 49
— koiran valvonnan laiminlyöminen (44: 8) 32
— vesiliikennesääntöjen rikkominen (44: 9) 45
— huolimaton tulen käsittely tai luvaton ampuminen asumuksen tms. läheisyydessä (44: 20—22) 144

Tämänkin luvun säännösten rikkomiset keskittyvät joihinkin pykäliin. Tapaukset ovat käytännössä olleet yleensä järjestysrikkomusten tyyppisiä.

IV. RL 34 luvun uudistamisen peruskysymyksiä

Rikoslakiprojektin I vaiheena valmistui ehdotus omaisuus-, vaihdanta- ja talousrikossäännösten uudistamiseksi[13], joka sisältää mm. vahingontekoa koskevan RL 35 luvun säännökset. Kokonaisuudistuksen toisessa vaiheessa tulevat tarkistettaviksi mm. henkeen ja terveyteen kohdistuvia rikoksia koskevat RL 21 luvun säännökset. Näin ollen on luontevaa sisällyttää myös yleisvaaralliset rikokset uudistustyön toiseen vaiheeseen.

Yleisvaarallisia rikoksia koskevat säännökset ovat kuuluneet ns. HTV-työryhmän tehtäväalueeseen. Tältä osin toimeksianto on hahmottunut sellaiseksi, että uudistettaviksi tulevat RL 34 ja 44 luvut, joiden ohella vankeusuhkaiset ampuma- ja teräaserikokset on kaavailtu sijoitettaviksi omaan erilliseen rikoslain lukuun. Tätä kirjoitettaessa työryhmässäkään ei ole ratkaistu, sijoitetaanko räjähdysainerikokset — siltä osin kuin kysymyksessä ei ole RL 34 luvussa kriminalisoitava räjäyttäminen — RL 44 lukuun vai aserikoslukuun.

Alunperin suunniteltiin sekä RL 34 luvun että 44 luvun uudistamisen sisällyttämistä rikoslakiprojektin toiseen vaiheeseen. Jälkimmäisen luvun uudistusehdotusta ei kuitenkaan ehditty valmistella niin pitkälle, että se olisi voitu ottaa mukaan toiseen vaiheeseen. Näin ollen toisessa vaiheessa ehdotetaan tehtäviksi vain pari muutosta 44 lukuun, joka muutoin jäisi vielä entiselleen. Vaikka ratkaisua periaatteellisesti voidaan arvostella, siitä tuskin käytännössä aiheutunee ongelmia. Koska monissa suhteissa vanhentuneen ampuma-aselainsäädännön uudistamistyö on edelleen vireillä[14], rikoslakiin sijoitettavan aserikosluvun valmistelulla ei ole ollut kiirettä.

Nykyisessä RL 34 luvussa on eräitä rautatie-, vesi- ja ilmaliikenteen turval-

[13] Ehdotuksen pohjalta laadittu HE 66/1988 vp. on eduskunnan käsiteltävänä.

[14] Aselakityöryhmän mietintö, Komiteanmietintö 1986: 21. Ampuma-aseista ja ampumatarpeista annetun lain rangaistussäännökset 5, 5 a ja 6 § on uudistettu lailla 22. 8. 1986/632. Lain 5 §:ssä säännellyn ampuma-aserikoksen enimmäisrangaistus on 2 v vankeutta.

lisuutta vaarantavia tekoja koskevia rangaistussäännöksiä (9, 11, 13, 14, 14 a ja 14 b §). Lisäksi 10 §:ssä kriminalisoidun ns. yleisvaarallisen vahingonteon kohteiden luettelo käsittää mm. »kulkuväylän, sataman, laiturin, sillan, lossin eli lautan, tien tahi kadun». Yleistä liikenneturvallisuutta muun kuin kulkuneuvon kuljettajan menettelystä johtuen vakavasti vaarantavat teot on tarkoitus edelleen säännellä RL 34 luvussa. Viittaan erityisesti jäljempänä selostettavaan liikennetuhotyötä koskevaan säännösehdotukseen (ehdotettu 34: 2). Sitä vastoin eri liikennemuotoja koskevien liikennesääntöjen rikkominen, kulkuvälineen ohjailuvirheet ja varusteiltaan viallisen tai puutteellisen kulkuneuvon kuljettaminen eivät kuuluisi 34 tai 44 lukujen sääntelyjen piiriin. Rikoslakiprojektissa on vielä ratkaisematta, miten uudistustyössä suhtaudutaan näihin varsinaisiin liikennerikoskriminalisointeihin.

Ympäristörikokset voivat vaikutuksiltaan olla samantyyppisiä kuin perinteiset yleisvaaralliset rikokset. Rikoslakiprojektissa tehdyn periaateratkaisun mukaisesti ympäristörikoksia koskevat säännösehdotukset on II osamietinnössä sijoitettu omaan lukuunsa, RL 48 luku »Ympäristörikoksista».[15] Suojeluobjektina näissä on ympäristö.[16] Periaatteelliseksi eroksi ehdotettujen yleisvaarallisten rikosten ja ympäristörikosten välillä näkisin sen, että ympäristörikoksiin yleensä liittynee ainakin periaatteessa pitkäaikaisempia elinympäristöön kohdistuvia haittavaikutuksia.

Rikoslakiuudistuksen pääperiaatteita ovat rikostunnusmerkistöjen syntetisointi ja vankeusuhkaisten rangaistussäännösten keskittäminen rikoslakiin. Näitä periaatteita on seurattu myös yleisvaarallisia rikoksia koskevia säännöksiä uudistettaessa. Nykyisessä RL 34 luvussa on monia varsin kasuistisia säännöksiä. Esimerkiksi murhapolttorikokset on kohteiden laadun mukaan jaettu kolmeen rangaistavuuskategoriaan (34: 1, 2 ja 4). Yleisvaarallista vahingontekoa koskeva säännös 34: 10:ssä on yksityiskohtainen luettelopykälä. Telerikospykälä 34: 12 käsittää peräti kuusi pikkutarkasti kirjoitettua momenttia.

Uudistettu 34 luku sisältäisi ehdotuksen mukaan kuusi perusrikostyyppiä yhteentoista eri pykälään jaoteltuina. Rikoslakiprojektissa noudatetun käytännön mukaisesti kvalifioidut sivutunnusmerkistöt on sijoitettu eri pykäliksi ja samoin tahalliset ja tuottamukselliset tekomuodot, toisin kuin nykyisessä 34 luvussa. Luvun 1 §:ksi ehdotettuun tuhotyö-nimiseen perusrikokseen on yhdistetty (syntetisoitu) aineksia nykyisistä murhapoltosta, räjäyttämisestä ja ve-

[15] Näin ehdotettiin jo rikosoikeuskomitean mietinnössä. Komiteanmietintö 1976: 72, ks. s. 54—55 ja 250—255. Tämä kuvasti komitean korostamaa ns. elämänaluepohjaista rikosten ryhmittelyä, ks. s. 50 ss.

[16] Ympäristö-käsitteen sisällöstä ks. II osamietintö s. 482.

dentulvan aiheuttamisesta (nykyiset 34: 1—5 ja 8). Luvussa on otettu huomioon sellainen uusi vaaran lähde kuin ydinsäteily. Jokainen rikostyyppi varustettaisiin ao. pykälässä olevalla rikosnimellä.

Pyrkimys keskittää rikoslakiin vankeusuhkaiset rangaistussäännökset ilmenee siinä, että mm. ydinenergialaista, säteilysuojauslaista, sähkölaista ja vesilaista siirrettäisiin rikoslakiin ankarammin rangaistavat rikostyypit.[17] Asianomaisiin erityislakeihin jätettäisiin vain sakkouhkaisia järjestysluonteisia rikkomussäännöksiä. Eräiden vastaavantyyppisten erityislakien vankeusuhkaisia säännöksiä tultaneen myöhemmässä vaiheessa vastaavasti siirtämään uudistettavaan RL 44 lukuun. Ydinenergialain 72 §:ään jäisi vielä sellaisia vankeusuhkaisia rangaistussäännöksiä, joita ei nyt tehtävän osauudistuksen yhteydessä soveliaasti voida yhdentää tarkistettavina olevien rikoslain lukujen rangaistussäännöksiin.

Nykyisessä RL 34 luvussa on erittäin ankarat rangaistusasteikot tahallisista vaarantamisrikoksista. Niitä on jouduttu esim. murhapolttorikoksissa soveltamaan sellaisiinkin tapauksiin, joissa rangaistusasteikon ankaruus ei vastaa nykyisiä käsityksiä teon moitittavuudesta. Vaikkakin yleisvaaralliset rikokset toisinaan saattavat olla erittäin törkeänlaatuisia sabotaasitekoja, vakavammissa tapauksissa tulee usein kysymykseen rikoskonkurrenssi esim. jonkin RL 21 luvussa säännellyn rikoksen kanssa. Ehdotuksessa on RL 34 luvun rangaistusasteikkoja yhtenäistetty ja jonkin verran lievennetty. Perusrikosten (1, 2 ja 4 §) rangaistusasteikoksi ehdotetaan 4 kk — 4 v vankeutta. Kvalifioitujen tekomuotojen (3 ja 5 §) sekä kahden perusmuodossaan törkeänlaatuisen rikoksen (6 ja 11 §) rangaistusasteikoksi ehdotetaan 2—10 v vankeutta. Eräiden tekomuotojen rangaistus lieventyisi myös sen johdosta, että 34 luvun tunnusmerkistöt jonkin verran supistuvat ja osa teoista tulee vastaisuudessa rangaistavaksi esim. 35 luvussa säänneltynä vahingontekorikoksena.

Luvussa tahallisina rangaistaviksi ehdotettavien rikosten yritys olisi edelleen rangaistava. Räjäyttämisen ja eräiden sitä lähellä olevien vaarantamisrikosten valmistelu ehdotetaan 5 §:ssä rangaistavaksi siitä alkaen, kun pommia tai vastaavaa laitetta ryhdytään viemään tai muutoin saattamaan tarkoitettuun kohteeseen. Rangaistavan valmistelun tunnusmerkistö täsmentyisi olennaisesti verrattuna nykyiseen 34: 6:n valmistelusäännökseen.

Yleisvaaran tuottamusta koskevassa säännöksessä ehdotetaan edelleen säädettäväksi nykyisen 34: 21:n tavoin mahdollisuudesta toimenpiteistä luopumiseen ns. tehokkaan katumisen tapauksissa (7 §:n 3 mom.).

[17] Ks. II osamietinnön lukukohtaiset yleisperustelut alajakson 1.11.1.4. lopussa s. 312 ja lainmuutosehdotukset n:ot 15—19 s. 807—812.

V. Vaarantamisopillisia kysymyksiä

Uudistettaessa 34 lukua on jouduttu sekä HTV-työryhmässä että projektin johtoryhmässä harkitsemaan, miten tulisi muotoilla eri tunnusmerkistöihin sisältyvät vaarantamiselementit. Uudistuksen ensimmäisessä vaiheessa kysymys ei ollut aktuelli. Toisessa uudistusvaiheessa tehtävillä linjaratkaisuilla on siten jatkossakin merkitystä ohjenuorana.

Rikoslakiprojektissa uudistustyö on toimeksiannon mukaisesti aloitettu erinäisiä rikoksia koskevilla laajahkoilla osauudistuksilla. Tästä johtuen rikoslain yleisiin oppeihin kuuluvia ongelma-alueita ei ole systemaattisesti pohdittu. Esimerkiksi yritysopin vaaraproblematiikkaa ei ole selvitelty. Uudistustyön alkuvaiheessa tehtiin tosin periaateratkaisuja eräistä rangaistussäännösten muotoilukysymyksistä, mutta niissä ei otettu kantaa vaarantamisrikosten erityispiirteisiin. Näin ollen on tukeuduttava uudemmassa tieteisopissamme esitettyihin kannanottoihin ja niihin näkökohtiin, joita on esitetty erityisesti käsiteltäessä projektin johtoryhmässä 34 luvun uudistusehdotusta.

RL 34 luku sisältää otsikkonsa mukaisesti yleisvaarallisia rikoksia. Luvussa tarkoitettu yleinen vaara voi aiheutua ihmisten hengelle, terveydelle taikka omaisuudelle (tai oikeammin taloudellisille arvoille). *Honkasalon* määritelmän mukaan vaara on yleinen, »kun sen alaiseksi ei joudu yksi ainoa määrätty tahi useat määrätyt henkilöt, vaan edeltäkäsin määräämätön ihmisjoukko, joten edeltäkäsin ei voida tietää, kuka tai ketkä sen joukon muodostavat; omaisuutta uhkaava vaara on yleinen, jos vain ne eri omaisuusesineet, joita vaara uhkaa, eivät ole edeltäkäsin määrätyt».[18] Näin on käsittääkseni yleinen vaara ymmärrettävä uudistettavassa 34 luvussakin.

Vallitsevan käsityksen mukaan vaarantamisrikokset voidaan jaotella kolmeen kategoriaan. Kolmijaon on Suomessa selkeimmin esittänyt *Koskinen* v. 1984 julkaistussa artikkelissa.[19] Tämän mukaisesti vaara voi olla 1) konkreettinen, 2) abstraktinen tai 3) presumoitu vaara. Selostettu kolmijako on ollut suuntaa-antava uudistettaessa RL 34 lukua.

Luvun perusrikokseksi ehdotetun tuhotyön (1 §) tunnusmerkistössä esiintyy sekä abstraktinen että konkreettinen vaara. Rikoksen täyttymiseen riittää abstraktisen vaaran aiheuttaminen ihmisten hengelle tai terveydelle. Ehdotuksessa tämä on ilmaistu sanonnalla »teko on omiaan aiheuttamaan yleistä hen-

---

[18] Honkasalo. Suomen rikosoikeus, Erityinen osa II, s. 133. Samansuuntaisesti jo Forsman, De särskilda brotten II s. 882.

[19] Koskinen. LM 1984 s. 1121—1127. Ks. myös Hoflund, m.t. s. 51—52 ja s. 62.

gen tai terveyden vaaraa». Vaihtoehtoisina vaarantamisen kohteina ovat taloudelliset arvot, joiden osalta vaadittaisiin konkreettista vaaraa. Siitä on käytetty ilmaisua »siitä on toiselle erittäin huomattavan taloudellisen vahingon vaara». Presumoitu vaara puolestaan tarkoittaa sitä, että lainsäätäjä on arvioinut jonkin toiminnan jo sinänsä luonteeltaan niin vaaralliseksi, ettei vaarantamisnäkökohtaa ole pantu näkyviin tunnusmerkistötekijänä. Lain soveltaja ei silloin joudu lainkaan suorittamaan vaarallisuusarviota. RL 34 luvun uudistamista koskevassa ehdotuksessa tästä on esimerkkinä 6 §:ssä säänneltäväksi ehdotettu ydinräjähderikos.

Nykyisen RL 34 luvun eräät tunnusmerkistöt on rakennettu presumoidun vaaran pohjalle. Sellainen on esim. murhapoltto, joka kohdistuu muuhun kuin tekijän omaan omaisuuteen. Voimassa olevan 34 luvun niissä tunnusmerkistöissä, joissa nimenomaan mainitaan vaaran aiheuttaminen tunnusmerkistötekijänä, käytetään yleensä konkreettiseen vaaraan viittaavia sanontoja.

Abstraktista vaarantamista, termin nykyisessä merkityksessä, tarkoittava uusi ilmaisu »on omiaan vaarantamaan» on maamme lainsäädännössä tullut käyttöön 1970-luvun alkupuolella.[20] Ensimmäiseksi sanonta on otettu RL 34 lukuun v. 1971 ja 1973 lisättyihin ilma-aluksen kaappausta ja ilmaliikennesabotaasia koskeviin 14 a ja 14 b §:iin. Edelliseen pykälään sanonta tuli eduskunnan tekemänä lisäyksenä, joka ei sisällä tulkintaohjetta. Jälkimmäistä säännöstä koskevassa hallituksen esityksessä sanonnan selitetään tarkoittavan, »että vaaran aiheutumien teosta on todennäköisempi tulos kuin vaaran syntymättä jääminen».[21] Samoihin aikoihin sanonta »on omiaan» otettiin muutettuun RL 28: 2:een, mutta senkään perustelut eivät valaise ilmaisun tulkintaa. Sitä on jonkin verran selvitetty yksityiselämän loukkaamista koskevan RL 27: 3 a:n perusteluissa (HE 84/1974 vp.). Esityksessä lausutaan: »Teon pitää olla sellainen, että keskimääräisihmisen voidaan olettaa kokeneen julkistamisen vahingolliseksi ja kärsimystä aiheuttavaksi. — Todistelunäkökohdat puoltavat myös tätä ratkaisua, koska kärsimyksen todistaminen voi usein olla vaikeata». Vielä mainitsen törkeätä rattijuopumusta koskevan RL 23: 2:n (960/76), jonka perusteluista tosin ei ole saatavissa lisävalaistusta asiaan. Näyttää siten siltä,

[20] Ruotsin rikoskaaressa v:lta 1962 on alusta pitäen käytetty ilmaisua »är ägnat att», esim. BrB 4: 5. — Mainittakoon, että rikoslakiprojektin II osamietinnön ympäristörikosten perusmuodossa käytetään sanontaa »teko aiheuttaa tai voi aiheuttaa vahinkoa ihmisille tai ympäristölle». Jälkimmäisellä vaihtoehdolla tarkoitetaan abstraktista vaaraa, ks. mietinnön perustelut s. 506—507.

[21] HE 50/1973 pv.:s. 3. Ks. myös Koskisen kritiikki, m.k. s. 1138.

että ilmaisu on omaksuttu lainsäädäntöömme pohtimatta, mitä sillä oikeastaan tarkoitetaan.[22]

Abstraktisen vaaran vaatimus tarkoittaa siis sitä, että teko on rangaistava, vaikka suopean sattuman johdosta teosta ei olekaan aiheutunut edes konkreettista vaaraa, mutta teko voidaan luonteeltaan kuitenkin katsoa vaaralliseksi. Tällöin tilanteesta abstrahoidaan pois tietyt satunnaiset piirteet ja arvioidaan kokemusperäisesti näin abstrahoidun tekotyypin vaarallisuutta. Pidän oikeana sitä *Hoflundin* ja *Koskisen* edustamaa tulkintalinjaa, jonka mukaan on suoritettava objektiivinen arvio, mutta tekijän näkökulmasta lähtien.[23]

Uudistusehdotuksen kahdessa ankarammin rangaistavaa sivutunnusmerkistöä koskevassa säännösehdotuksessa (3 ja 5 §) on käytetty kvalifioitua vaaraa koskevaa ilmaisua »aiheuttaen suurelle ihmisjoukolle vakavaa hengen tai terveyden vaaraa». Sanonta »vakava vaara» tarkoittaa, että vaara on läheinen ts. vahinkoriski korkea ja että uhkaava vahinko on kvantitatiivisesti suuri.[24]

Vaarantamisrikoksen tunnusmerkistön täyttyminen edellyttää, että tekijän tahallisuus tai tuottamus käsittää myös vaarakriteerin.[25] Tahallisessa vaarantamisrikoksessa tekijän tulee ainakin dolus eventualis -tyyppisesti mieltää teon vaarallinen luonne. Yleisesti katsottaneen riittäväksi, että tekijä on mieltänyt vaarallisuusarvion perusteena olevat seikat. Tuottamuksellisessa vaarantamisrikoksessa riittää, että tekijän olisi tullut mieltää tekonsa vaarantamisluonne. Mahdollinen on myös sellainen yhdistelmä, että itse teko tosin on tahallinen, mutta että vaarantamiseen nähden tekijän syyksi jää vain tuottamus. Tämä on nimenomaan otettu huomioon ehdotetussa yleisvaaran tuottamusta koskevassa tunnusmerkistössä (7 §).

RL 34 luvun rikokset ovat luonteeltaan vaarantamisrikoksia. Käytännössä niistä usein aiheutuu myös huomattavia vahinkoseuraamuksia. Eräät niistä on otettava huomioon rikosten yhtymistä koskevia säännöksiä soveltaen. Jos yleisvaarallisella rikoksella on tahallisesti tai tuottamuksellisesti aiheutettu kuolemaa taikka vamma tai sairaus, tekijä on tuomittava yksin teoin tehdyistä yleisvaarallisesta rikoksesta ja RL 21 luvun loukkausrikoksesta. Sitä vastoin suhteessa vahingontekorikoksiin on kysymyksessä lainkonkurrenssi eli omaisuus-

---

[22] Koskinen arvostelee on omiaan -lausekkeen harkitsematonta viljelyä, ks. m.k.s. 1136—1139.

[23] Hoflund, m.t.s. 70 ja Koskinen, m.k.s. 1138. Ks. lisäksi II osamietintö, 34: 1:n perustelut s. 319.

[24] Näin Hoflund Ruotsin lainsäädännön käsitteestä »trängande fara», m.t.s. 96.

[25] Ks. Hoflundin esitys, m.t.s. 100 ss.

vahingon aiheuttamisen katsotaan sisältyvän yleisvaaralliseen rikokseen. Yleisvaarallinen rikos ja ympäristörikos saattavat olla ideaalikonkurrenssissa.[26]

VI. Tunnusmerkistöehdotelmista

Ehdotuksessa uudeksi RL 34 luvuksi, joka sisältää yhteensä 11 pykälää, olisi seuraavat kuusi perusrikosta:

1 §. tuhotyö
2 §. liikennetuhotyö
4 §. terveyden vaarantaminen
6 §. ydinräjähderikos
10 §. perätön vaarailmoitus
11 §. aluksen kaappaus.

Monet rikostunnusmerkistöt olisivat nykyisen 34 luvun tunnusmerkistöjä peittävämpiä. Eräiltä kohdin yleisvaarallisten rikosten ala esim. suhteessa vahingontekorikoksiin supistuisi nykyiseen verrattuna.

Perustunnusmerkistönä olisi 1 §:ssä säänneltäväksi ehdotettu tuhotyö. Säännös on kaksijakoinen: Ensimmäisessä momentissa säädettäisiin rangaistavaksi tulipalon, räjähdyksen, vedentulvan tai luonnonmullistuksen tahallinen aiheuttaminen. Tunnusmerkistöön kuuluvista vaarakriteereistä on tehty selkoa edellisessä jaksossa. Toisessa momentissa ehdotetaan tuhotyönä rangaistavaksi omaisuutta vahingoittamalla tai tuhoamalla taikka tuotanto-, jakelu- tai tietojärjestelmän toimintaan oikeudettomasti puuttumalla tapahtuva vakavan vaaran aiheuttaminen energiahuollolle, yleiselle terveydenhuollolle, maanpuolustukselle, oikeudenhoidolle tai muulle näihin rinnastettavalle yhteiskunnan tärkeällä toiminnolle.

Pykäläluonnosta laadittaessa keskusteltiin siitä, olisiko käytännössä tärkeä tuhopoltto edelleen säilytettävä erillisenä tunnusmerkistönä, niin kuin Ruotsin rikoskaaressa. Kuitenkin päädyttiin pitemmälle vietyyn syntetisointiin. Vaarakriteerin kautta lievimmät tekomuodot jäävät säännöksen soveltamisalan ulkopuolelle.

Toisen momentin esikuvana on ollut Ruotsin rikoskaaren 13: 4. Siinä käytetyt keskeisiä yhteiskuntatoimintoja kuvaavat käsitteet ovat kieltämättä tulkinnanvaraisia. Tunnusmerkistöön otetuilla lisäkriteereillä sen soveltaminen on kuitenkin pyritty rajaamaan vain vakavalaatuisiin sabotaasinomaisiin tekoihin.

[26] II osamietintö s. 486.

Luvun 2 §:ään otettavaksi ehdotettu liikennetuhotyö olisi 1 §:n rinnakkaistunnusmerkistö. Siihen on yhdennetty aineksia nykyisen 34 luvun 9, 10 ja 14 b §:stä. Ehdotetussa säännöksessä kriminalisoitaisiin eräät yleistä liikenneturvallisuutta vakavasti vaarantavat teot. Säännöksen piiriin eivät kuuluisi vakavatkaan ohjailuvirheet tms. liikennerikokset sanan suppeammassa merkityksessä.

Selostetuilla kahdella perusrikostyypillä olisi ehdotuksen mukaan 3 §:ssä yhteinen kvalifioitu sivutunnusmerkistö, törkeä tuhotyö. Kvalifiointiperusteina olisivat vaaran vakavuus, erityisen vaarallinen tekotapa ja poikkeusolot, minkä ohella teon tulisi kokonaisarvionkin perusteella olla törkeä.

Nykyisessä RL 34: 11:ssä on säädetty rangaistavaksi haitan tai viivytyksen aiheuttaminen rautatieliikenteelle taikka kanava- tai sulkulaitokselle. Koska kysymyksessä ei ole varsinainen vaarantamisrikos, vastaavaa säännöstä ei ehdoteta otettavaksi uuteen 34 lukuun. Kuitenkin ehdotetaan 44 lukuun lisättäväksi säännös yleisen ilma-, raide- tai vesiliikenteen kulun huomattavasta haittaamisesta, josta voitaisiin tuomita sakkoon tai enintään 6 kk vankeuteen. Tämä säännös kattaisi myös nykyisin 34: 14 b²:ssa säännellyn ilmaliikenteen häiritsemisen. Tieliikenteen häiritsemisestä rangaistaisiin TLL:n säännösten nojalla.

Terveyden vaarantamista koskevassa 34 luvun 4 §:n säännösehdotuksessa olisi kolme tekotapaa, nimittäin elintarvikkeen tms. myrkyttäminen, vakavan sairauden levittäminen ja säteilyä aiheuttavan laitteen tai aineen vaarantava käyttö. Lisäksi säännöksen soveltaminen edellyttäisi, että teko on omiaan aiheuttamaan yleistä hengen tai terveyden vaaraa. Jos teolla aiheutettaisiin suurelle ihmisjoukolle vakavaa hengen tai terveyden vaaraa ja rikos kokonaisarvostelun perusteellakin olisi törkeä, kysymyksessä olisi 5 §:ssä säännelty törkeä terveyden vaarantaminen. Lievempiä tekomuotoja koskevat rangaistussäännökset puolestaan olisivat 44 luvussa, nykyisin lähinnä 4—6 §.

Ydinenergialain 70 §:ssä nyt kriminalisoitu ydinräjähderikos ehdotetaan asiallisesti muuttumattomana siirrettäväksi 34 luvun 6 §:ksi. Tunnusmerkistö rakentuu ns. presumoidulle vaaralle eli vaarakriteeriä ei pykälässä erikseen mainita.

Edellä selostettujen 1, 2, 4 ja 6 §:ssä määriteltyjen tekomuotojen tuottamuksellinenkin toteuttaminen olisi 7 ja 8 §:n nojalla rangaistavaa yleisvaaran tuottamuksena tai törkeänä yleisvaaran tuottamuksena. Niin kuin edellisessä jaksossa on mainittu, nämä tuottamuspykälät kattaisivat myös sellaiset tapaukset, joissa itse teko on tahallinen, mutta tunnusmerkistöön kuuluva vaara voidaan lukea tekijän syyksi vain tuottamuksena. Tämä ei kuitenkaan koske ydinräjähderikosta, jonka tunnusmerkistössä vaarakriteeriä ei mainita.

Nykyisin 34 luvun 6 §:ssä oleva valmistelukriminalisointi on katsottu tunnusmerkistöltään epätarkaksi ja tarpeettoman laaja-alaiseksi. Ehdotetussa 9 §:ssä säädettäisiin rangaistavaksi sellainen tuhotyön tai terveyden vaarantamisen valmistelu, jossa tekijä ryhtyy saattamaan pommia, muuta räjähdettä, vaarallista laitetta tai vaarallista ainetta sellaiseen paikkaan, jossa se voi aiheuttaa vakavaa yleistä hengen tai terveyden vaaraa. Säännös vähentää niiden tulkintaongelmien merkitystä, mitkä saattavat syntyä näiden rikosten yrityksen alkamishetken määrittelyn osalta. Säännös kattaisi myös nykyisen 34: 14 b[1] 3 kohdassa säännellyt ilmaliikennesabotaasin muodot. Ehdotetun pykälän 2 momentissa säädettäisiin vastaavasti rangaistavaksi ydinräjähderikoksen valmistelu.

Nykyisen RL 42: 7:n mukaan rangaistaan ilkivaltana toisaalta julkisessa paikassa meluaminen ja toisaalta häiriön aiheuttaminen tekemällä aiheeton palohälytys tai vastaava vaarailmoitus, esim. ilkivaltainen hätäraketti. Perätön ilmoitus esim. tavarataloon tai juhlapaikalle muka sijoitetusta pommista voi käytännössä aiheuttaa laajoja varmistus- ja suojatoimia sekä synnyttää yleisössä levottomuutta. Ilkivaltasäännöksessä oleva 3 kk vankeusmaksimi on alhainen törkeimpien tekomuotojen varalta. RL 34: 14 b[4]:n mukaan aiheettomasta vaarailmoituksesta ilmaliikenteessä onkin säädetty 2 vuoden enimmäisrangaistus. RL 34 lukuun ehdotetaan nyt otettavaksi yleissäännös perättömästä vaarailmoituksesta (10 §), jossa rangaistusmaksimi olisi 1 vuosi vankeutta. Pykälässä kriminalisoitaisiin pommista, tulipalosta, merihädästä, suuronnettomuudesta tai muusta vastaavasta hädästä tai vaarasta tehty perätön ilmoitus, joka on omiaan aiheuttamaan pelastus- tai turvallisuustoimen taikka pakokauhua. Samalla ehdotetaan RL 42: 7 muutettavaksi siten, että pykälässä ei enää säänneltäisi aiheettoman vaarailmoituksen antamista.

Suomen ratifioitua siviili-ilmailun suojelua koskevan kansainvälisen yleissopimuksen RL 34 lukuun on v. 1971 lisätty ilma-aluksen kaappausta koskeva rangaistussäännös 14 a § (783/71). Roomassa v. 1988 hyväksytyssä meriturvallisuussopimuksessa edellytetään mm. laivan kaappauksen riittävän ankaraa rankaisemista. Tämän vuoksi ehdotetaan 34 lukuun sellaista yhdennettyä rangaistussäännöstä aluksen kaappauksesta, joka koskisi sekä ilma-aluksia että kansainvälisessä kauppamerenkulussa olevia laivoja. Samalla ehdotetaan RL 1: 3[2] tarkistettavaksi siten, että ns. kansainvälisiksi rikoksiksi säädettäisiin aluksen kaappaus samoin kuin ilmaliikenteeseen tai kansainväliseen kauppamerenkulkuun kohdistunut liikennetuhotyö tai törkeä tuhotyö.[27]

[27] Ks. muutosehdotuksen perusteluja II osamietintö s. 40—42.

RL 34 luvun tahalliset rikokset olisivat edelleen sellaisia törkeitä rikoksia, joiden hankkeilla olosta jokainen on velvollinen ilmoittamaan rangaistuksen uhalla. Kysymyksessä olevat 34 luvun rikokset kuuluisivat niin ikään niiden törkeiden rikosten joukkoon, joiden tekemiseen julkisesta kehottamisesta on säädetty ankarampi rangaistus kuin kehottamisesta muuhun rikokseen. RL 16 luvun 8^2 §:ään ja 19^1 §:ään tehtäisiin tässä selostetun uudistuksen edellyttämät teknisluonteiset tarkistukset.

Syytekynnyksestä

Oikeustieteen lisensiaatti *Jaakko Jonkka*

I Syytekynnyksen tulkinnanvaraisuudesta

Rikoslain voimaanpanemisesta annetun asetuksen 18 §:n 1 momentissa säädetään syytteen nostamiseksi vaadittavasta näytöstä.[1] Lainkohta säätelee sekä syyttämisoikeutta että syyttämisvelvollisuutta. Syytteen toisaalta saa nostaa ja toisaalta se myös pitää nostaa heti kun sen tueksi on olemassa todennäköisiä syitä.[2] Säännös on eri tavoin tulkinnanvarainen.[3] Koskettelen tässä vain yhtä

---

[1] Honkasalo, Brynolf: Nimismies rikostutkijana ja virallisena syyttäjänä. Lahti 1946 s. 36—37: »Rikoslain voimaanpanoasetuksen 18 §:n mukaan, joka koskee vain asianomistajarikosten syytteeseenpanoa, mutta julkilausuu silti myös virallisen syytteen alaisiin rikoksiin nähden noudatettavan maksiimin mainitussa suhteessa, virallinen syyttäjä on velvollinen syytettä ajamaan, elleivät todisteet ole niin vähäiset, että se on todennäköistä perustetta vailla». Ks. myös Träskman, P.O.: Åtalsrätt. Helsinki 1980 s. 227—228.

[2] Ruotsissa syyttämisoikeus ja -velvollisuus on erotettu. Jälkimmäisen on tulkittu syntyvän vasta siinä tapauksessa, että syytteen nostamisen tueksi on olemassa riittäviä syitä (»tillräckliga skäl»); syyttäjä vapautuu perusteetonta syyttämistä koskevasta vastuusta kuitenkin jo silloin, kun sen tueksi on ollut edes todennäköisiä syitä (»sannolika skäl»). Meilläkin on joskus esitetty tällaista jaottelua, mutta tulkinta ei ole saanut kannatusta sen paremmin kirjallisuudessa kuin eduskunnan oikeusasiamiehen tai oikeuskanslerin käytännössäkään; ks. Melartin, Eero: Syyttäjän harkintavallasta. Suomen Poliisilehti 1963 s. 96—102.

[3] Yksi tulkinnanvaraisuus liittyy todennäköisyysarvioinnin kohdistumiseen. Sanamuodon mukaan säännöksen voitaisiin tulkita tarkoittavan sekä tuomitsemistodennäköisyyttä että syyllisyystodennäköisyyttä. Toinen tulkinnanvaraisuus liittyy todennäköisyysarvioinnin kattavuuteen: koska syytekynnys on matalampi kuin tuomitsemiskynnys, voidaan kysyä, koskeeko tämä vain tosiseikastopuolta vai myös oikeuskysymystä. Kolmantena kysymyksiä herättäneenä ongelmana mainittakoon, tarkoittaako »todennäköiset syyt» näyttövaatimusta myös siinä tapauksessa, kun harkittavana on seuraamusluontoinen syyttämättä jättäminen.

ja käytännön kannalta ehkä merkittävintä eli syytekynnyksen korkeutta.[4] Miten vahvaa näyttöä syytteen nostamiseksi vaaditaan?

Kysymyksenasettelua voidaan kehitellä seuraavan eduskunnan apulaisoikeusasiamiehen ratkaisun pohjalta.

> Eduskunnan apulaisoikeusasiamiehen päätös n:o 3049/2. 11. 1985: Laissa tai syyttäjille annetuissa ohjeissa ei tarkemmin ole määritelty, mitä todennäköisillä syillä on ymmärrettävä. Selvää on, ettei syytteen nostaminen edellytä niin vakuuttavaa näyttöä rikoksesta, että syyttäjä voisi olla täysin vakuuttunut epäillyn syyllisyydestä. Syyttäjä on velvollinen syytteen nostamiseen myös vähemmällä näytöllä. Epäillyn syyllisyyden puolesta puhuvan näytön pitää kuitenkin olla vakuuttavampaa kuin syytettä vastaan oleva näyttö. Milloin näin on riippuu harkinnasta kussakin yksittäistapauksessa eikä yleisellä säännöllä voida ilmaista, missä syyttämisvelvollisuuden alaraja kulkee. Sen vuoksi syyttäjällä on laaja harkintavalta arvioidessaan näyttöä rikoslain voimaanpanemisesta annetun asetuksen 18 §:n 1 momentin nojalla. — Vastaavanlainen määrittely on myös eduskunnan oikeusasiamiehen päätöksessä n:o 2/6. 1. 1987.

Syytekynnyksen korkeuden määrittäminen on kahdella tavalla ongelmallista. Yleensä käsitteiden ydinalueen merkitys on selvä, tulkintavaikeuksia syntyy vasta käsitteen tarkemmassa rajaamisessa.[5] Todennäköisyyden käsitteen monimerkityksisyyden vuoksi myös ydinalue kaipaa määrittelemistä.[6] Eduskunnan oikeusasiamies on päätynyt samanlaiseen »todennäköisten syiden» määritelmään kuin esitutkinta- ja pakkokeinolakia valmisteltaessa omaksuttiin hallituksen esityksessä: ». . . pitää olla enemmän todennäköistä, että epäily osoittautuu oikeaksi kuin että se osoittautuu vääräksi. Matemaattista ilmaisua käyttäen todennäköisyyden tulee olla yli 50-prosenttinen.»[7] Pidän tätä määritelmää kysymyksiä herättävänä sekä teoreettisista että praktisista syistä.

Näyttökynnykset on kyseisen hallituksen esityksen perustelujen mukaan laskettu hyvin matalalle. Paitsi syytteen nostamiseen myös esim. vangitsemiseen

---

[4] Laajemmin ja perusteellisemmin tarkastelen aiheeseen liittyvää problematiikkaa valmisteilla olevassa näytön arviointia syyteharkinnassa käsittelevässä väitöskirjatyössäni.

[5] Käsitteiden tulkintaongelmista esim. Peczenik, Aleksander: Rätten och förnuftet. 2:a upplagan. Lund 1988 s. 33—36.

[6] Oikeudellisessa yhteydessä todennäköisyyden käsitettä saatetaan käyttää esim. täyden varmuuden vastakohtana tai merkitsemään tiettyä tätä rajoitetumpaa astetta ajatellulla todennäköisyysjanalla.

[7] Perusteluissa ilmoitetaan pyrityn yhdenmukaistamaan erilaisia todennäköisyyden astetta kuvaavia ilmaisuja; ks. tarkemmin HE 1985/14 vp. s. 16—17. Vrt. myös Häktning och anhållande. Betänkande av utredningen angående översyn av häktningsbestämmelserna. Statens offentliga utredningar 1977: 50 s. 147: »För att sannolika skäl skall föreligga torde krävas sannolikhetsövervikt, dvs sannolikheten för att den misstänkte är skyldig till brottet skall vara större än att han inte är skyldig».

riittäisi tällaisen määritelmän mukaisesti pienin mahdollinen todennäköisyyden enemmyys[8], ja tietyt pakkokeinot olisivat mahdollisia jo siinä tapauksessa, että epäilyn osoittautuminen vääräksi olisi todennäköisempää kuin sen osoittautuminen oikeaksi.[9]

On selvää, että joihinkin alustaviin rikosprosessuaalisiin toimiin ryhtymiseksi ei voida vaatia vielä kovin paljon todisteita. Lähtökohta määrittelyille on siten periaatteessa ymmärrettävä. Näyttökynnyksille annettu määrittely johtaa kuitenkin mielestäni teoreettisesti ongelmalliseen lopputulokseen. Tuntuu siltä, että määritelmässä on yhdistetty kaksi erilaista tapaa tarkastella todennäköisyyksiä, nimittäin todistusteema- ja todistusarvometodien mukaiset tavat. Voidaan myös puhua ns. kaksipuolisesta ja yksipuolisesta todennäköisyydestä. Edellisen mukaan teeman todennäköisyydestä voidaan päätellä suoraan myös sen negaation todennäköisyys, jälkimmäisen mukaan taas kumpaakin suuntaan viittaava näyttö on arvioitava erikseen.

Perinteisesti käytetyllä »kaksipuolisella» todennäköisyysasteikolla 50 % on keskipisteenä ja sitä alhaisemmat todennäköisyydet kuvaavat teeman negaation todennäköisyyttä, mikä käytännössä merkitsee sitä, että todistusaineistoa on enemmän epäilyä vastaan kuin sen puolesta.[10] Hallituksen esityksen määrittelyssä kuitenkin ilmeisesti tarkoitetaan vain sitä, että tiettyihin toimiin on voitava ryhtyä, vaikka näyttöä ei välttämättä vielä kovin paljon ole epäilyn tueksi kertynyt. Heikosta teemaa tukevasta näytöstä ei kuitenkaan voitane tehdä päätelmää teeman negaation todennäköisyydestä. — Toisin sanoen: jos halutaan käyttää »kaksipuolista» todennäköisyysasteikkoa, on kaikki näyttövaatimusta tarkoittavat ilmaisut sijoitettava 50 %:n yläpuolelle, koska teemaa tukeva näyttö alkaa vasta tästä pisteestä; »yksipuolista» käytettäessä asteikko

[8] Asian periaatteellista puolta ei muuta miksikään perusteluihin otettu lievennys: »Käytännössä toimenpidettä ei kuitenkaan aina pidetä oikeutettuna heti, kun todennäköisyyden alaraja on ylitetty. Esimerkiksi vangitsemispäätöksiä tehtäessä se on keskimäärin ylitetty tuntuvasti».

[9] Näin esim. henkilötarkastus pakkokeinolain 5: 10,1:n mukaan: »Henkilöntarkastus voidaan toimittaa... jos on syytä epäillä, että on tehty rikos». Sanonta »on syytä epäillä» kun merkitsee mainitun hallituksen esityksen määritelmän mukaan »todennäköisiä syitä» matalampaa näyttöä.

[10] Yksipuolisen ja kaksipuolisen todennäköisyysasteikon eroista ks. esim. Ekelöf, Per Olof: Rättegång. Fjärde häftet. Lund 1982 s. 31 ja 76—78 sekä sama: Bevisvärde. Filosofisk tidskrift 1988 s. 1—19, Bolding, Per Olof: Bevisbörda och beviskrav. Lund 1983, Nygaard, Nils — Hagen, Ole — Nome, Siri: Årsak og bevis. Bergen 1986 s. 85—88, Nygaard, Nils: Overvektsprinsippet ved bevis for faktisk årsakssamanheng. Teoksessa Samfunn, Rett, Rettferdighet. Festskrift til Torstein Eckhoffs 70-årsdag. Otta 1986 s. 480—492 ja erit. s. 481—482 sekä Lindell, Bengt: Sakfrågor och rättsfrågor. Uppsala 1987 s. 334—335.

voidaan aloittaa nollasta, mutta siinä tapauksessa ei voida verrata teeman ja sen negaation todennäköisyyttä keskenään.[11]

Omasta puolestani katson, että jos »todennäköiset syyt» halutaan esittää ns. kaksipuolisella todennäköisyysasteikolla[12] on sitä kuvaava alue sijoitettava huomattavasti keskiviivan yläpuolelle.[13]

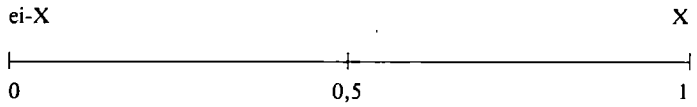
II Konkreettisen syytekynnyksen määrääminen

1. Abstraktinen ja konkreettinen näyttövaatimus

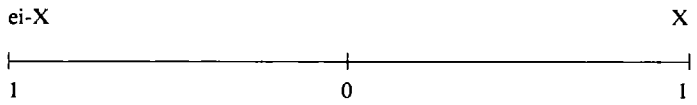
Koska lainsäätäjä joutuu ilmaisemaan näyttövaatimukset yleisillä käsitteillä, nämä ovat aina siinä määrin epätäsmällisiä, että niiden tarkka rajaaminen voi

[11] Tarkastelutapojen eroavuutta voidaan havainnollistaa janojen avulla:

»Kaksipuolinen» todennäköisyysjana



»Yksipuolinen» todennäköisyysjana



[12] Pidän tätä tarkastelutapaa parempana mm. käytännöllisistä syistä, koska ihmiset yleensä ovat tottuneempia mieltämään todennäköisyyksiä sen mukaan. En näe myöskään teoreettisia esteitä sille, miksi ei ainakin päätöksentekovaiheessa voitaisi ajatella todennäköisyyksiä tällä tavoin. — Tässä ei ole mahdollisuutta paneutua tähän kysymykseen perusteellisemmin.

[13] En pidä asianmukaisena edes yrittää ilmaista sitä numeerisesti. Karkeasti se voidaan sijoittaa todennäköisyysasteikolle joidenkin kiintopisteiden avulla.

Vaikka tarkkojen todennäköisyyden asteiden ajatteleminen tuottaakin yleensä vaikeuksia, on suhteellisen helppoa mieltää milloin jokin seikka varmasti ole olemassa (todennäköisyys 1) tai ei ole olemassa (todennäköisyys 0) sekä se tilanne, kun molemmat vaihtoehdot ovat suunnilleen yhtä todennäköisiä. Asteikon ääripäät ja keskipiste ovat siten hyviä kiintopisteitä. Samaten muut näytön vahvuutta kuvaavat ilmaisut, joihin »todennäköisiä syitä» suhteuttamalla voidaan joltisellakin tarkkuudella arvioida, miten korkeaa näyttövaatimusta syytekynnys merkitsee.

Todettakoon, että ruotsalainen Elwing on syytekynnystä käsittelevässä väitöskirjassaan sijoittanut »todennäköisten syiden» alueen jonnekin 60 ja 80 välille sata-asteisella todennä-

tapahtua vain niitä konkreettisessa tapauksessa sovellettaessa. Voidaan puhua abstraktisesta ja konkreettisesta näyttövaatimuksesta. Edellistä kuvaa suhteellisen laaja ja epämääräinen vyöhyke todennäköisyysasteikolla, lainsoveltamistasolla sen sijaan näyttövaatimus ei voi olla mikään vyöhyke vaan tarkka piste. Päätöstilanteessa konkreettinen näyttökynnys on määriteltävä tarkasti abstraktin näyttövaatimuksen sisältä.[14]

Konkreettinen syytekynnys vahvistetaan aina kussakin tilanteessa. Silloin kun todistusarvopiste[15] sijoittuu abstraktia näyttövaatimusta kuvaavan käsitteen ydinalueelle tai vastaavasti selvästi sen ulkopuolelle, ei ongelmia synny. Vaikeuksia näytön riittävyyden arviointi tuottaa silloin, kun todistusarvopiste sijaitsee käsitteen reuna-alueella eli on epävarmaa, ulottuuko »todennäköisten syiden» merkitys niin alas. Tämä on syyttäjän päätöksenteon yksi keskeisin kysymys. Miten toimia epävarmuustilanteessa?

Periaatteessa voidaan ajatella kolmenlaista suhtautumistapaa: 1) Syyte voidaan nostaa vain siinä tapauksessa, että todistusarvopiste sijaitsee selvästi »todennäköisten syiden» ydinalueella. 2) Hyväksytään käsitteen epämääräisyyden vuoksi tietynsuuruinen marginaali, joka on päätöksentekijän vapaan harkinnan aluetta ja missä kummankin suuntaiset päätökset ovat mahdollisia ja periaatteessa yhtä oikeita.[16] 3) Lähdetään siitä, että toimenpiteeseen vaadittava raja on tällä alueella liukuva, mutta että on olemassa kriteereitä, joiden perusteella voidaan preferoida eri suuntaisia ratkaisuja. Vaikka kummatkin ratkaisut olisivat »oikeita», saattaa toinen olla paremmin perusteltavissa ja siinä mielessä »parempi».[17]

Valintani on kolmas vaihtoehto. Kyseessä on syytekynnystä tarkoittavan semanttisesti heikon oikeusnormin tulkinta. Vaikka ratkaisua ei »harmaalla vyöhykkeellä» voitaisikaan määrätä joko/tai -tyyppisellä säännöllä, on sitä kui-

köisyysskaalalla. Elwing, Carl: Tillräckliga skäl. Lund 1960 s. 66—67. Pidän tätä suuntaa-antavuudessaan osuvana.

[14] Konkreettista näyttövaatimusta voidaan siten sanoa lainsäätäjän ja lainkäyttäjän yhteistyön tulokseksi.

[15] Käsitteestä todistusarvopiste ks. Ekelöf 1982 s. 77. — Näytön riittävyyttä koskevaa kysymystä voidaan havainnollistaa todennäköisyysjanalle (kuvaannollisesti) sijoitettavien todistusarvopisteen ja näyttövaatimuspisteen keskinäistä sijaintia vertaamalla. Näyttö on riittävä toimenpiteeseen ryhtymiseksi, mikäli edellinen osoittaa ainakin yhtä korkeaa arvoa kuin jälkimmäinen — eli »kynnys» ylittyy.

[16] Edellä selostetut eduskunnan oikeusasiamiehen ratkaisut viittaavat tähän vaihtoehtoon: syyttäjällä on varsin laaja harkintavalta, ja viime kädessä riippuu harkinnasta kussakin yksittäistapauksessa, onko syytteen tueksi esitetty todennäköisiä syitä.

[17] Vrt. analogia rangaistuksen mittaamiseen latitudin puitteissa; ks. Lappi-Seppälä, Tapio: Rangaistuksen määräämisestä I. Vammala 1987 s. 13—17 ja 40—43.

tenkin mahdollista ohjailla tietyillä yleisemmistä arvo- ja tavoitelähtökohdista kumpuavilla periaatteilla.[18] Lainsäätäjä on abstraktista näyttövaatimusta vahvistaessaan joutunut sovittelemaan yhteen erilaisia rikosprosessille tyypillisiä ristikkäisiä jännitteitä. Vastaavasti voidaan ajatella, että lainkäyttäjä punnitsee eri suuntiin vetävien intressien keskinäistä painoarvoa konkreettista näyttökynnystä määrätessään. Kyse on siitä, kumman suuntaisen ratkaisun puolesta on esitettävissä paremmat perusteet. Tätä ajatusmallia pyrin seuraavassa kehittelemään.

2. »Optimaalinen syytekynnys»

Näytön arviointia koskevassa keskustelussa on viime aikoina etsitty johtoa yleisestä päätösteoriasta, joka opettaa, että rationaalisen päätöksenteon ehtojen mukaan on arvioitava ratkaisun tosiasialliset seuraukset, näiden todennäköisyys sekä lopuksi punnittava käytettävissä olevien päätösvaihtoehtojen seurausten toivottavuus (haitallisuus/hyväksyttävyys).[19] Bender kehoittaa ensin arvioimaan kumpaankin suuntaan virheellisen tuomioistuinratkaisun sekä yksilökohtaisia että yhteiskunnallisia haittoja ja tämän jälkeen asettamaan näyttövaatimuksen siten, että nämä haitat olisivat mahdollisimman vähäiset.[20] Tämä ajatusmalli johtaa siihen, että näyttökynnys saattaa tapauskohtaisesti vaihdella suuresti (todennäköisyysasteikolla lähes täydestä varmuudesta aina asteikon keskipisteeseen).[21] Tavallisesti päätösteoreettista mallia on sellaisenaan sovellettu vain siviiliprosessissa; rikosprosessin kohdalla on yleensä tapauksia sen tarkemmin erittelemättä viitattu väärin perustein tuomitulle koi-

[18] Vrt. Peczenik 1988 s. 47: »Visserligen finns det även rättsregler som är så pass vaga att deras tolkning alltid förutsätter en komplicerad sammanvägning av olika principer». Ks. periaatteiden käyttötavoista ratkaisuargumentaatiossa myös Pöyhönen, Juha: Sopimusoikeuden järjestelmä ja sopimusten sovittelu. Vammala 1988 s. 64—68; periaatteita voidaan käyttää paitsi itsenäisesti myös sääntöjen kanssa esim. tarkennettaessa tunnusmerkistöä.

[19] Pietarinen, Juhani: Empiiristen hypoteesien valinta ja episteemiset utiliteetit. Teoksessa Tuomela, Raimo (toim.): Yhteiskuntatieteiden eksakti metodologia. Hämeenlinna 1975 s. 212—264.

[20] Bender, Rolf: Das Beweismass. Festschrift für Fritz Baur. Tübingen 1981 erit. s. 248—256. Samoin Maassen, Bernhard: Beweismassprobleme im Schadenersatzprozess. Berlin 1975 s. 7—8: »Optimales Beweismass ist der Wahrscheinlichkeitswert, der die tatsächlichen Kosten fehlerhafter Tatsachenfeststellungen minimiert.»

[21] Nykyisin korostetaankin, että yhtenäisen näyttövaatimuksen sijasta pitäisi mieluummin puhua tapauskohtaisesta näyttövaatimuksesta, esim. Bender 1981 s. 257—259 ja Ekelöf: Beweiswert. Festschrift für Fritz Baur. Tübingen 1981 erit. s. 351.

tuviin niin suuriin haittoihin ja kärsimyksiin, että syytetylle epäedullisen riskin minimointi edellyttää mahdollisimman suurta varmuutta epäillyn syyllisyydestä.[22] Jotkut tutkijat ovat kuitenkin viitanneet siihen, että tällä tiellä pitäisi ottaa koko askel ja soveltaa päätösteoreettista ajatusmallia myös rikosprosessissa.[23]

Tämän tarkastelutavan mukaan on kartoitettava eri suuntaisten ratkaisujen riskit ja arvioitava, miten suuri haitallisiin seurauksiin johtavan päätöksen riski voidaan hyväksyä. Kyse on paitsi riskin todennäköisyyttä[24] koskevasta arvioinnista myös arvostusta edellyttävästä punninnasta.[25] Itse haitallisuusarvioinnin peruskuvio on yksinkertainen, mutta toimivan ja käyttökelpoisen mallin kehittely tältä pohjalta oikeudellista päätöksentekoa varten on jo ongelmallisempaa.[26]

Syyttäjän ja tuomarin rikosprosessuaalisen työnjaon ja erilaisen roolin vuoksi päätösten tosiasialliset seuraukset ovat erilaiset.[27] Ratkaisun sisällöstä huolimatta tuomio päättää prosessin. Syyttäjän sitä vastoin on epävarmuustilanteessa otettava kantaa siihen, tulisiko prosessia jatkaa vai olisiko se syytä lopettaa. Tosiasiallisena seurauksena ensin mainitusta on, että rikosjutun tutkinta jatkuu julkisessa oikeudenkäynnissä, että tuomioistuimeksi järjestetty elin antaa siitä ratkaisunsa sekä että syylliseksi epäilty joutuu syytetyksi. Päinvas-

---

[22] Ks. esim. Maassen 1975 s. 9 ja Bolding 1983 s. 18. Esim. englantilaisessa prosessissa on omat näyttökynnykset toisaalta rikosprosessia (»beyond reasonable doubt») ja toisaalta siviiliprosessia (»balance of probabilities») varten; Eggleston, Richard: Evidence, Proof and Probability. London 1983 s. 115 ja 129.

[23] Ks. esim. Klami, Hannu Tapani—Rahikainen, Marja—Sorvettula, Johanna: Todistusharkinta ja todistustaakka. Helsinki 1987 s. 33—40 ja perusteellisemmin Klami, Hannu Tapani—Marklund, Mikael—Rahikainen, Marja—Sorvettula, Johanna: Täysi näyttö. Teoriaa, asenteita ja todellisuutta. Lakimies 1988 s. 467—489 sekä myös Sahlin, Nils-Eric: Beviskravet i brottmål. Advokaten 1988 s. 260—267. — Vrt. Niiniluoto, Ilkka: Tieteellinen päättely ja selittäminen. Keuruu 1983 s. 77: »Esimerkiksi tehtäessä päätöstä uuden lääkkeen markkinoille laskemisesta tai rikoksesta syytetyn tuomitsemisesta elinkautiseen vankeuteen, on järkevää ottaa huomioon mahdollisen virhepäätöksen seuraukset».

[24] Miten suuri riski on, että päätös on tosiasiallisesti väärä.

[25] Miten seurausten haitallisuutta voidaan mitata.

[26] Ks. alaviitteessä 23 mainittuja lähteitä. Klami tutkimusryhmineen on kehitellyt varsin pitkälle viedyn mallin tuomioistuimen päätöksentekoa silmällä pitäen.

[27] Tuomarin on otettava kantaa väärän vapauttavan ja väärän langettavan ratkaisun haitallisuuteen. Tosiasiallisesti syyttömän rangaistukseen tuomitsemisen haitallisuus on itsestään selvää. Sen sijaan toiseen suuntaan virheellisen ratkaisun arviointi edellyttää jo kannanottoa huomattavasti tätä monimuotoisempiin koko rikosoikeudellisen järjestelmän perusteita koskeviin kysymyksiin.

tainen päätös merkitsee tosiasiallisesti tutkinnan päättymistä ja samalla myös sitä, että epäilty välttyy oikeudenkäynniltä.

Lainsäätäjä on abstraktin näyttövaatimuksen vahvistaessaan jo tehnyt alustavan ja suuntaa antavan haitallisuusarvioinnin. Syyttäjän riskikalkylointi tapahtuu sekä tuon näyttövaatimuksen että hänen rikosprosessuaalisen roolinsa asettamissa rajoissa.[28] Abstraktissa syytekynnyksessä on yleisessä muodossa otettu kantaa siihen, miten suuri riski hyväksytään toisaalta siinä suhteessa, että tosiasiallisesti syytön joutuu syytteeseen ja toisaalta sen varalta, että todellisuudessa rikokseen syyllinen välttyisi oikeudenkäynniltä. Syyttäjän tehtävänä on arvioida, onko erehtymisriski enintään lainsäätäjän tarkoittaman suuruinen. »Väärää ratkaisua» ja sen haitallisuutta on tarkasteltava tässä valossa.[29] Mielestäni huomio on kiinnitettävä siihen, miten syyttäjän ratkaisut vaikuttavat rikosprosessin yleisiin arvo- ja tavoiteperiaatteisiin.

III Syyttäjän päätöksen merkitys rikosprosessin tarkoitusperien toteutumisen kannalta

Rikosprosessia ei voi tarkastella yhdestä ainoasta tarkoitusperästä käsin. Se on nähtävä lukuisten ja keskenään osaksi ristiriitaisten intressien jännitekenttänä.[30] Perusjännite kulkee julkisen ja yksilön intressien välillä, mikä näkyy kautta koko rikosprosessin historian.[31] Juuri tämän kollektiivisen ja individuaalisen eturistiriidan välillä syyttäjän on päätöksensä haitallisuusarviointi tehtävä. Julkinen ja yksityinen etu ovat kuitenkin liian abstrakteja käsitteitä, jotta niitä vastakkain punniten olisi mahdollista päätellä, mikä kulloinkin olisi optimaalinen syytekynnys. Käsitteiden sisältöä on konkretisoitava.

---

[28] On syytä tässäkin yhteydessä tehdä selkeä ero toisaalta lainsäädäntö- ja toisaalta konkreettisella päätöksentekotasolla tehtävään eri suuntiin johtavien näkökohtien punnintaan; vrt. Jareborg, Nils: Straffets system och berättigande. Tidsskrift for Rettsvitenskap 1985 s. 1—17.

[29] Silloinkin kun »todennäköisten syiden» olemassaolosta syytteen tueksi ei ole epäselvyyttä, on kuitenkin olemassa riski, että tosiasiassa syytön joutuu syytteeseen. On siis huomattava, mitä päätöksenteko epävarmuustilanteessa tarkoittaa syyttäjän kannalta. Se merkitsee epävarmuutta näyttökynnyksen ylittymisestä.

[30] Peters, Karl: Strafprozess. Darmstadt 1981 s. 75—82.

[31] Rikosprosessi on hyvä kunkin aikakauden ja yhteiskunnan arvoja kuvastava mittari. Valtiollinen totalitarismi tai liberalismi ovat välittömästi heijastuneet myös rikosprosessiin ja mm. syyttäjän asemaan, sama koskee myös demokratian ja sosiaalivaltion periaatteiden ilmentymiä; ks. Roxin, Claus: Strafverfahrensrecht. Nördlingen 1987 s. 9—11.

Rikosprosessuaalisen järjestelmän tarkoitus voidaan hieman pelkistetysti esittää seuraavasti[32]:

Ensinnäkin sen tulee palvella aineellisoikeudellisten säännösten tavoitteiden toteutumista toisaalta yksittäistapauksessa, mikä prosessuaalisesti merkitsee ennen kaikkea totuustavoitetta[33], ja toisaalta myös yleisemmin, mikä pakottaa kiinnittämään huomion yhteiskuntapolitiikan ja erityisesti kriminaalipolitiikan tavoitteiden toteutumisen varmistamiseen myös rikosprosessin käytettävissä olevin keinoin.[34] Viimeksi mainittu vaatimus on epämääräinen ja osin problemaattinenkin, eikä tässä ole mahdollista sitä kovin tarkasti perustella. Viittaan vain siihen, että rikosprosessia ei ole syytä nähdä pelkästään teknisenä yksittäistapauksiin huomion kiinnittävänä oikeudenalana.

Toiseksi rikosprosessuaalisen järjestelmän tehtävänä on luoda mahdollisimman lujat takeet siitä, ettei syytön joudu tuomituksi rangaistukseen ja ettei edellä mainittujen tavoitteiden toteuttaminen muutoin tuota yksilöille kohtuutonta haittaa ja rasitusta. Prosessin toinen puoli on siten yksilön oikeussuojasta huolehtiminen.[35]

Syyttäjän tehtävät rikosprosessissa liittyvät rikosjutun tutkinnan eteenpäinviemiseen (vireillepano tuomioistuimessa, kohteen rajaaminen, näytön hankkiminen). Syyttäjän rooli prosessissa on dynaaminen. Hänen kannaltaan prosessin arvo- ja tavoiteperiaatteiden keskinäinen ristiriita merkitsee toisaalta rikoksen selvittämisintressin ja toisaalta epäillyn oikeussuojaintressin välistä kol-

---

[32] Vrt. Roxin 1987 s. 1—2: »Ziel des Strafverfahrens ist demnach die 1. materiell richtige, 2) prozessordnungsmässig zustandekommende, 3) Rechtsfrieden schaffende Entscheidung über die Strafbarkeit des Beschuldigten».

[33] Tässä ei ole tarpeen ottaa kantaa monesti hieman epämääräisesti käytyyn kiistelyyn »aineellisen ja prosessuaalisen/muodollisen totuuden» vastakohtaisuudesta. Esim. sanottaessa, että prosessissa pitää olla tavoitteena aineellinen totuus, voidaan tällä tarkoittaa monia eri asioita. Sillä voidaan tarkoittaa mm. sitä, että näyttökynnys tulisi asettaa siten, että varmistettaisiin mahdollisuuksien mukaan aineellisen totuuden mukainen päätös; tämän voisi tulkita merkitsevän todennäköisyyden enemmyyden periaatteen hyväksymistä. Sillä voidaan jossakin yhteydessä viitata myös kysymykseen päätöksentekijän käytettävissä olevasta todistusaineistosta.

[34] Vrt. Ekelöf 1982 s. 100, joka korostaessaan prosessuaalisten säännösten yhteenpelaamista aineellisoikeudellisten normien kanssa toteaa: »Det viktiga är att denna får genomslagskraft i samhälslivet...»

[35] Rikosprosessia leimaa siten tietty kaksijakoisuus: sen tulee palvella toisaalta aineellisoikeudellisten tavoitteiden toteuttamista, toisaalta näiden tavoitteiden toteuttamisessa mahdollisesti vaaraan joutuvien yksilön oikeuksien turvaamista.

lisiota. Epävarmuustilanteessa tehtävä riskiarviointi voidaan nähdäkseni pelkistää tämän vastakohtaparin keskinäisen painoarvon punnintaan.[36]

IV Selvittämisintressin ja oikeussuojaintressin punninta epävarmuustilanteessa

1. Muodollinen punnintasääntö

Selvittämis- ja oikeussuojaintressille samoin kuin niiden taustalla oleville kollektiivisille/individuaalisille arvoille ja tavoitteille ei voi yleisesti vahvistaa absoluuttista etusijajärjestystä sillä tavalla, että toinen menisi aina ehdottomasti kollisiotilanteessa toisen edelle. Mikäli esim. oikeussuojaintressille annettaisiin tällainen ehdoton etusija, johtaisi se siihen, että rikosjutun tutkinta olisi aina keskeytettävä, jos olisi olemassa vähäisinkin sen loukkaamisen riski.[37] Arvojärjestys on sen sijaan nähtävä relatiivisena, mihin voivat vaikuttaa mm yksittäistapaukselliset tekijät. Kyse on siitä, mikä niiden konkreettisten painoarvojen keskinäinen suhde on. Jos selvittämisintressin painoarvo harkitaan jostakin syystä korkeammaksi kuin oikeussuojaintressin, olisi syytteen nostaminen, joka toteuttaa paremmin tämän intressin vaatimukset, perustellumpaa kuin syyttämättä jättäminen.

Kollisiota voidaan lähteä ratkaisemaan kahden kriteerin avulla.[38] Muodollisen punnintasäännön mukaan huomiota on kiinnitettävä siihen, 1) miten paljon toisen intressin suuntainen päätös loukkaisi toista intressiä ja 2) miten tärkeää tämän suuntainen päätös juuri tarkasteltavassa tapauksessa olisi. Mitä tärkeämpää tutkinnan jatkaminen oikeudenkäynnissä olisi ja mitä enemmän syyttämättä jättäminen loukkaisi tämän tavoitteen toteutumista, sitä painavamman pitää oikeussuojaintressin painoarvon olla, jotta syyttämättä jättäminen olisi perusteltua. Sama sääntö pätee luonnollisesti myös toisin päin.

Kumpikin intressi koostuu siten kahdesta eri tekijästä. Selvittämisintressi:

---

[36] Käytän tässä selvittämis- ja oikeussuojaintressiä käsittelyä helpottavina apukäsitteinä. Syyteharkinnan tasolla niissä konkretisoituu toisaalta päätöksenteossa huomioon otettavia kollektiivisia ja toisaalta individuaalisia arvoja. Niihin on mielestäni mahdollista palauttaa kaikki tärkeimmät tekijät, jotka syyttäjän päätöksen prosessuaalisiin arvo/tavoiteperiaatteisiin vaikuttavina olisi otettava huomioon.

[37] Vrt. Alexy, Robert: Theorie der Grundrechte. Baden-Baden 1985 s. 138—140: vahva arvojärjestys johtaisi arvotyranniaan.

[38] Vrt. Alexy 1985 s. 144—154 sekä Pöyhönen 1988 s. 26—27; ks. myös Frände, Dan: Den straffrättsliga legalitetsprincipen. Ekenäs 1989 s. 52—56.

1) miten tärkeää konkreettisessa tapauksessa rikoksen selvittäminen on ja 2) missä määrin prosessin jatkaminen palvelisi jutun selvittämistä. Ja sen vastakohtapari: 1) missä määrin prosessin jatkaminen tekisi tyhjäksi oikeussuojaintressin vaatimuksia (loukkauksen suuruus) ja 2) miten tärkeä etu tulisi loukatuksi (loukatun edun tärkeys). Nämä molemmat tekijät yhdessä vaikuttavat intressin painoarvon kohoamiseen/laskemiseen. Vaikka olisi jostakin syystä hyvin tärkeää »tutkia juttu loppuun saakka ja viedä asia puolueettoman tuomioistuimen käsiteltäväksi» ei syyteharkinnan näkökulmasta selvittämisintressin painoarvo nouse, jos prosessin jatkamisen ei voitaisi odottaa tuovan asiaan lisävalaistusta.[39] Yhtä olennaista on eritellä myös oikeussuojaintressin painoarvoon vaikuttavat tekijät. Rikosjutun tutkinnassa joudutaan pakostakin loukkaamaan jonkin verran ihmisten muutoin suojattuja etuja.[40] Mitä tärkeämmästä edusta on kyse, sitä painavampia syitä pitää olla edes sen vähäiselle loukkaamiselle.

Tämä punnintasääntö antaa vasta tekniset raamit kollision ratkaisemiselle. Sisältö ja samalla päätöksen suunta saadaan selville tutkimalla tarkemmin kumpaakin intressiä ja niiden painoarvoon vaikuttavia tekijöitä. Vaikka absoluuttinen arvojärjestys ei olisikaan mahdollinen, voidaan kollisiotilanteessa kuitenkin puhua vastakkaisten intressien heikosta etusijajärjestyksestä. Toinen voi olla lähtökohtaisesti painavampi eli sillä on prima facie — etusija, mutta tämä järjestys voi konkreettisessa tilanteessa ilmenevien tekijöiden vuoksi kääntyä.[41]

2. Intressien prima facie -järjestyksestä

Syyttömän suojasta huolehtiminen on rikosprosessin yksi keskeisimpiä arvoja. Oikeudenkäynnissä tätä ilmentää in dubio pro reo -sääntö, minkä mu-

[39] On huomattava, että syytteen nostaminen ei ole milloinkaan itsetarkoitus. Jos syyttäjä perustelisi epävarmuustilanteessa tekemäänsä syytteen nostamista merkitsevää ratkaisua esim. jutun laadulla, rikoksen törkeydellä, julkisen käsittelyn tarpeellisuudella tms. syyte palvelisi lähinnä rankaisullisia funktioita, ellei syyttäjä voisi samalla odottaa prosessin jatkamisen tuovan asiaan tavalla tai toisella jotakin oleellista sen lisäksi, mitä esitutkintapöytäkirjasta ilmenee. Tämä johtuu siitä yksinkertaisesta seikasta, että jos on epävarmaa jo syytekynnyksen ylittyminen, vielä vähemmän on perusteita samalla näytöllä antaa langettava tuomio.

[40] Tämä koskee niin jutussa asianosaisen asemassa olevia kuin esim. todistajia, joihin voidaan prosessin eri vaiheissa jopa soveltaa tiettyjä pakkotoimia.

[41] Alexy 1985 s. 142—143.

kaan tuomioistuimen on epäselvässä tapauksessa vapautettava syytetty.[42] Ainakin periaatteessa in dubio pro reo -sääntö antaa tuomarille hyvin selkeän toimintaohjeen miten menetellä.[43] Syyteharkinnassa vaatimusta ei voida asettaa näin ehdottomana »ratkaise epävarmuus aina epäillyn eduksi -sääntönä».[44] Pikemminkin oikeussuojavaatimus on syyttäjän näkökulmasta voimassa joustavampana »syyttömän suojaamisen periaatteena», mikä voi toteutua päätöksenteossa enemmän tai vähemmän.[45]

Koska syytteeseen joutumisesta koituu yksilölle monenlaista ja raskastakin haittaa, on perusteltua antaa oikeussuojaintressille prima facie -etusija selvittämisintressiin nähden. Tämä merkitsee käytännössä sitä, että epävarmuustilanteessa olisi syyte jätettävä nostamatta, ellei ole tekijöitä, jotka kääntäisivät järjestyksen.[46] Prima facie -järjestyksen voi kääntää selvittämisintressin lisääntynyt ja/tai oikeussuojaintressin vähentynyt suhteellinen painoarvo.

3. Prima facie -etusijajärjestyksen kääntyminen

3.1. Teemakohtainen erittely ja epävarmuuden syyt

Näyttökynnys koskee sekä tekijän identifiointia että kaikkia rikosoikeudel-

[42] Ks. tarkemmin Halila, Jouko: In dubio pro reo -sääntö rikosprosessioikeudessa. Juhlajulkaisu Urho Kaleva Kekkonen. Vammala 1975 s. 288—301 sekä Träskman, P. O.: Presumtionen om den för brott misstänktes oskyldighet. Festskrift till Lars Welamson. Malmö 1988 s. 469—486.

[43] Tosin voidaan hyvällä syyllä esittää, että se vain siirtää ongelman, mutta ei ratkaise sitä, esim. Klami, Hannu Tapani: On Truth and Evidence. Turku 1986 s. 43.

[44] Tähän on useitakin syitä. In dubio pro reo -säännön täysimittainen soveltaminen edellyttää kaksiasianosaissuhdetta, mikä syyteharkinnassa puuttuu. Sääntö merkitsee puolueellista asennoitumista toisen osapuolen eduksi, mikä ei syytteestä päätettäessä voi tulla kysymykseen. Lisäksi »epäselvässä tapauksessa» merkitsee todennäköisten syiden käsitteen epämääräisyyden vuoksi laajempaa marginaalia kuin tuomitsemiskynnystä kuvaava ilmaisu. Praktisena seikkana on vielä huomattava, että säännön soveltamisen tarvekin on tuomitsemisesta päätettäessä aivan toista luokkaa kuin syytettä harkittaessa.

Kirjallisuudessa on esitetty toisistaan poikkeavia käsityksiä in dubio pro reo -säännön soveltamisesta syyteharkinnassa. Vallitseva kanta on kielteinen; tämä käy tavallisesti esityksistä ilmi välillisesti, mutta toisinaan kanta on lausuttu julki nimenomaisestikin, näin esim. Peters 1981 s. 275. — Toisenlaisen kannan on esittänyt Melartin Suomen Poliisilehti 1963 s. 100.

[45] Yleensä syyttäjän keskeisimpänä toimintamaksiimina esitetään objektiivisuusperiaate. Tämä on kuitenkin epävarmuustilanteen ratkaisuohjeena sisällyksetön, toimintaihanteeksi se sen sijaan voidaan antaa.

[46] Voidaan siis puhua ainakin heikosta perustelutaakasta.

lisesti välittömästi relevantteja tosiseikkoja.[47] Mitä viimeksi mainitut ovat, ilmenee sovellettavaksi tulevasta tunnusmerkistöstä. Jos halutaan johdonmukaisesti noudattaa päätösteoreettista ajatusmallia, on konkreettista näyttökynnystä syytä tarkastella kunkin oikeustosiseikan kohdalla erikseen.[48] Epävarmuus voi periaatteessa kohdistua itsenäisesti niihin kaikkiin. Hyvin tavallista on, että identifiointikysymys on selvä, samoin ulkoinen teko, mutta tekijän tahallisuudesta vallitsee epävarmuus. Päätöstilanteessa on kysyttävä, minkä suuruinen epävarmuus eri teemojen kohdalla on hyväksyttävissä ottaen huomioon virheellisen ratkaisun haitallisuuden toisaalta selvittämis- ja toisaalta oikeussuojaintressin kannalta.

Tässä tehtyä jaottelua on kuitenkin vielä täsmennettävä. Syyttäjän päätöksentekoa käsitelleet kirjoittajat ovat monesti viitanneet tärkeyteen tehdä ero fakta- ja normiepävarmuuden välillä.[49] Tällä erottelulla on merkitystä, mutta se on mielestäni liian karkea. Todistettavana teemana on aina oikeustosiseikka. Tätä koskeva epävarmuus voi johtua faktuaalisen puolen puutteellisesta selviämisestä tai ongelma voi piillä sen seikan arvioimisessa, onko kyseisellä faktalla välittömästi rikosoikeudellista relevanssia. Aina näin jyrkkä rajanveto ei kuitenkaan ole mahdollinen. Useasti onkin osuvampaa puhua astekuin laatuerosta: epävarmuus voi voittopuolisesti painottua jommalle kummalle puolelle.

Tekijän identifiointia koskeva kysymys on puhdas tosiseikkaongelma[50], samoin voi itse tekoa koskeva epävarmuus toisinaan aiheutua siitä, että historiallista tapahtumainkulkua ei ole kyetty tarkasti selvittämään. Vastaavasti epävarmuuden syy voi selkeästi painottua oikeussäännöksen tulkinnanvaraisuuteen. Käytännön päätöksenteossa on kuitenkin tavallista, että ongelma aiheutuu abstraktin oikeussäännöksen soveltamisesta konkreettiseen yksittäistapaukseen. Toisin kuin edellisessä tapauksessa, nyt on kyse ainutkertaisesta soveltа-

---

[47] Välittömästi relevanteista tosiseikoista eli oikeustosiseikoista ks. esim. Lappalainen, Juha: Oikeustosiseikka ja todistustosiseikka prosessioikeudellisina peruskäsitteinä. Lakimies 1986 s. 756—770.

[48] Vrt. Ekelöf 1981 s. 351: »Im modernen Recht muss man verschiedene Anforderungen an das Beweismass akzeptieren». Ekelöf toteaa joidenkin tunnusmerkistöntekijöiden olevan niin vaikeasti näytettävissä, että jos niihin sovellettaisiin normaalia näyttövaatimusta, niitä tuskin milloinkaan voitaisiin todistaa mistä puolestaan olisi seurauksena, »dass die betreffenden materiellen Regeln keine Durchschlagskraft auf dem sozialen Felde haben».

[49] Ks. esim. Elwing 1960 s. 82—110 ja Andenaes, Johs.: Norsk straffeprosess. Oslo 1984 s. 260.

[50] Vrt. kuitenkin vastuun kohdentamista jonkin organisaation sisällä.

misongelmasta, minkä ratkaisulla ei välttämättä ole ulottuvuuksia tätä tapausta pidemmälle.

Kaavamaisesti voidaan tehdä jako tosiseikka-, soveltamis- ja tulkintaongelmaan. Tulkintaongelma aiheutuu vaikeudesta tarkasti tietää, mikä sisältö normilauseelle olisi annettava. Siinä on kyse ongelmasta, minkä tyyppisiä tapauksia säännös kattaa. Soveltamisongelma syntyy normin tapausluokan ja yksittäisen tapauksen ominaispiirteiden yhteensovittamisesta. Kyse on tosiseikaston tyypittämisestä.[51] Tosiseikkaongelma puolestaan merkitsee, että tutkittava tapaus on relevanteilta osiltaan epäselvä.

Tässä tehdyillä jaotteluilla (epävarmuuden kohdistuminen ja sen syy) on relevanssia monessakin mielessä. Ensinnäkin nyt on helpompi puhua siitä, mitä »epävarmuus» eri tapauksissa tarkoittaa. Oikeudellisessa argumentoinnissa ei voitane tulkintakannanottojen valintakriteerinä pitää muuta kuin sitä, minkä puolesta on esitettävissä paremmat perusteet.[52] Joutuessaan valitsemaan eri suuntiin johtavan tulkinnan välillä syyttäjän on arvioitava, minkä tulkinnan viime kädessä korkein oikeus odotettavasti tulisi hyväksymään. Tätä kysymystä pohtiessaan syyttäjän on tukeuduttava normaaleihin tulkintaperiaatteisiin.[53] Syytteen nostamista koskeva oikeudellinen epävarmuus vallitsee, kun ei ole objektiivisia perusteita sen arvioimiseksi, kumpi vastakkaisiin suuntiin johtavista tulkintakannanotoista tulisi oikeudellisessa auditoriossa hyväksytyksi. Tulkintaongelman ollessa kyseessä ei lainsäädännöstä ole löydettävissä vastaavanlaisia kynnyksiä kuin silloin kun kyse on tosiseikasto-ongelmasta. Tulkintaongelman ratkaisuna on siten tavallaan »överviktsprincipen»[54]: paremmin perusteltavissa oleva kanta voittaa. Kuitenkin on huomattava, että päätöksentekijää, toisin kuin oikeustieteilijää, ei kiinnosta pelkkä tulkintaongelman ratkaisu. Hänen on annettava konkreettista tapausta koskeva ratkaisu. Päätökseen sisältyy siis aina kannanotto myös soveltamis- ja tosiseikastokysymykseen. Vaikka lähdettäisiinkin siitä, että tulkintakysymyksessä on valittava paremmin perusteltavissa oleva kanta ja voitaisiin näin päätyä eräänlaiseen puhtaaseen enemmyysperiaatteeseen, ei tämä merkitse päätöksentekotilanteessa »överviktsprin-

[51] Lainsoveltamisen ja tulkinnan käsitteiden käytöstä ks. Peczenik 1988 s. 30—31 ja Frände 1989 s. 43—44.

[52] Vrt. Elwing 1960 s. 100 ja Ekelöf, Per Olof: Rättegång. Femte häftet. Lund 1987 s. 123—124: »skälen för och emot gärningens brottlighet väger ungefär jämnt».

[53] Lüttger, Hans: Der »genügende Anlass» zur erhebung der öffentlichen Klage. Goltdammers Archiv 1957 s. 193—218 erit s. 211.

[54] Käsitettä käytetään näytön arvioinnista puhuttaessa, jolloin sillä tarkoitetaan sitä, että pienin mahdollinen todennäköisyyden enemmyys olisi ratkaiseva. Ks. Ekelöf 1982 s. 114—120 ja siinä mainittua kirjallisuutta.

cipenin» hyväksymistä. Päätöksenteon pohjana ei ole kysymys »miten säännös X tulisi tulkita» vaan »onko teko T rangaistava».

Esitetystä seuraa käytännön johtopäätös: oikeustosiseikkaan kohdistuva epävarmuuden ala on liukuva siitä riippuen, aiheutuuko se voittopuolisesti tulkinta-, soveltamis- vai tosiseikkaongelmasta.

Tehty jaottelu on käyttökelpoinen myös apuvälineenä arvioitaessa syyttäjän ratkaisun merkitystä selvittämis- ja oikeussuojaintressin toteutumisen kannalta. Jos lähdetään siitä, että viimeksi mainitun konkreettinen sisältö on syyttömän suojaaminen, tulee oikeussuoja-aspekti sitä tärkeämmäksi mitä enemmän epävarmuus painottuu henkilön rikosoikeudellisen ja prosessuaalisen syyllisyyden ydinalueelle, jota edustaa puhtaimmillaan identifiointia ja primääritekoa koskevat kysymykset.[55] Ydinalueesta kauemmas mentäessä oikeussuojaintressin painoarvo suhteellisesti vähenee.

On huomattava, että epävarmuuden syyllä ja kohdistumisella on vaikutusta myös selvittämisintressiin. Jos ydinkysymys on epäselvä, ei oikeudenkäynnissä keskimäärin ajatellen ole yhtä hyviä mahdollisuuksia saada lisäselvyyttä kuin siinä tapauksessa, että selvitettäväksi jää kuvan tarkentaminen tai juridinen hienosäätö.

Tässä yhteydessä on syytä täsmentää, mitä tarkoitan selvittämisintressin toisella puolella eli sillä, että oikeudenkäynti toisi lisävalaistusta juttuun. En tarkoita syyttäjän spekulointia uudella näytöllä. Syyteharkinta on mahdollinen vasta silloin, kun mitään lisäselvitystä ei enää ole odotettavissa.[56] Tuomiois-

[55] Syyttömän suojaamisen näkökulmasta on eria asia, että täysin ulkopuolinen »viaton» joutuu syytteeseen kuin että identifiointikysymys ja primääriteon olennaiset piirteet ovat käytännöllisesti katsoen kiistattoman selviä, mutta epävarmuus vallitsee tietyistä yksityiskohdista tai arvostuksenvaraisista seikoista.

[56] Ks. esim. apulaisoikeuskanslerin päätös 25. 6. 1986 n:o 2306: Nimismiehelle huomautettu hänen virheellisestä menettelystään syyttäjänä, kun hän oli omankädenoikeutta koskevassa rikosjutussa tehnyt syyttämättäjättämispäätöksen, vaikka jutussa, jossa ei ollut suoritettu asianmukaista poliisitutkintaa, ei olisi vielä tuossa vaiheessa ollut edellytyksiä syyteharkinnan suorittamiseen.

Sillä seikalla, että syyteharkinta suoritetaan valmiin esitutkinnan perusteella on suuri merkitys mm. epäillyn oikeussuojan kannalta. Tämän vuoksi on vaikea ymmärtää pakkokeinolain 1 luvun 21 §:n määräystä, minkä mukaan syytteen käsittelypäivä on aina oltava viimeistään neljän viikon kuluttua vangitsemisesta. Hallituksen esityksessä (HE 1985/14 vp. s. 56) todetaan nimenomaisesti halutun luopua vanhasta läpihuutojuttukäytännöstä vangitun juttujen käsittelyssä. »Syyte otettaisiin käsiteltäväksi vasta, kun esitutkinta ja syyteharkinta on ehditty toimittaa.» Käsittelypäivää olisi esityksen mukaan ollut mahdollista tarvittaessa tuomioistuimen päätöksellä siirtää. Eduskunnan lakivaliokunta (lakivaliokunnan mietintö s. 11) asetti käsittelypäivälle kuitenkin ehdottoman takarajan. — Tämä saattaa johtaa siihen, että syyttäjät käytännössä joutuvat suorittamaan syyteharkinnan hyvinkin puutteel-

tuimessa saattaa muista syistä olla rikkaampi näyttöaineisto kuin syyteharkinnassa. Tämä perustuu ennen kaikkea suulliseen ja välittömään jutun käsittelyyn. Huomiotta ei voi myöskään jättää oikeudenkäynnissä käytävää osapuolten dialogia, joka palvelee osaltaan jutun faktapuolenkin selvitystä ja tarkentumista mutta erityisesti aineellisoikeudellisen kysymyksen ratkaisemista.[57] »Oikealla» ja »totuudella» prosessissa on vahvasti institutionaalinen luonne. Se syntyy tietynlaisen vahvistamismenettelyn tuloksena.[58] Prosessin säännönmukainen kulku kokonaisuudessaan (esitutkinta, syyteharkinta, tuomioistuinkäsittely) on tarkoitettu varmistamaan prosessin tarkoitusperien toteutumista. Tästä näkökulmasta katsoen prosessin jatkaminen epävarmuustilanteessa palvelee selvittämisintressiä.

3.2. *Intressien painoarvoon vaikuttavista tekijöistä*

Tarkoitukseni ei ole luetella intressien painoarvoon mahdollisesti vaikuttavia erinäisiä tekijöitä. Syyttäjän päätöksentekoa käsittelevissä esityksissä on monesti listattu niitä syitä, jotka voisivat olla relevantteja harkittaessa, pitäisikö syyte nostaa tavallisesti vaadittua vähäisemmällä näytöllä.[59] Pidän tätä

---

lisen selvityksen perusteella. On pelättävissä, että tämän vuoksi joissakin tilanteissa syyttäjät nostavat syytteitä, joita ei olisi nostettu siinä tapauksessa, että kysymystä olisi ollut mahdollista harkita valmiin esitutkinnan pohjalta.

[57] Ks. tältä osin esim. Meyer, Jürgen: Dialektik im Strafprozess. Tübingen 1965 s. 85—88 ja 139—141. — Käytännössä on hyvin tuttua, että vähänkin mutkikkaampi juttu »elää» oikeudenkäynnin aikana.

[58] Vrt. Aarnio, Aulis: Lain ja kohtuuden tähden. Juva 1986 s. 159—161. Aarnio mm. toteaa, että oikeuskoneisto on kokonaisuudessaan niin rakentunut, että asian edistymisen eri vaiheissa pyritään maksimoimaan objektiivisuus. Oikeudellinen »totuus» on tässä katsannossa aina järjestelmän tuotos. Se on »output», joka aikanaan systeemistä tulee ulos, kun sinne on ensivaiheessa syötetty esitutkinnassa kiteytyneet tosiasiat. Oikeudellinen »totuus» on näin ajatellen tarkoin säännellyn ja ajallisesti pitkäkestoisen prosessin tulos, prosessin, joka askel askeleelta pyrkii lähestymään »oikeata» lopputulemaa. Oikeudellinen totuus syntyy vain tuomioistuimessa, kaikki muu on sanotun »totuuden» valmistelua.

[59] Ks. tarkemmin esim. Lüttger Goltdammers Archiv 1957 s. 193—218, Elwing 1960 s. 83—110, Andenaes 1984 s. 260 ja Ekelöf 1987 s. 123—124 sekä myös Olivecrona, Karl: Rättegången i brottmål enligt RB. Lund 1968 s. 46—47. Ruotsalainen keskustelu on kohdistunut siihen, syntyisikö syyttäjälle joissakin tapauksissa jo »todennäköisten syiden» käsillä ollessa syyttämisvelvollisuus, mikä normaalitapauksissa edellyttää »riittäviä syitä» syytteen tueksi.

Keskustelussa yleisimmin esitetyt syyttämisherkkyyttä lisäävät tekijät liittyvät rikoksen laatuun ja törkeyteen, julkisen käsittelyn tarpeeseen esim. sen vuoksi, että tapaus on jostakin syystä (viranomaisen tekemä vakava väärinkäytös) aiheuttanut runsaasti kohua/levot-

keskustelua yksinkertaistavana, vaikka siinä onkin tuotu esiin sinänsä varteenotettavia näkökohtia. Kyse ei voi kuitenkaan olla siitä, että pohditaan tekijöitä, jotka »laskisivat syytekynnystä». Kyse on siitä, mitkä tekijät vaikuttavat selvittämis- ja oikeussuojaintressin relatiiviseen painoarvoon. Mitä painavampi selvittämisintressin suhteellinen painoarvo oikeussuojaintressiin nähden on, sitä alemmas on perusteltua konkreettista syytekynnystä laskea »todennäköisten syiden» käsitteen tulkinnanvaraisella alueella. Ja vastaavasti, mitä suurempi suhteellinen paino on syytä antaa oikeussuojaintressille, sitä vähäisempi epävarmuus on hyväksyttävissä ja sitä korkeammaksi on konkreettinen syytekynnys nostettava.

Otan esimerkinomaisesti muutaman tekijän, joiden on toisinaan ajateltu voivan laskea syytekynnystä. Rikoksen laadulla ja/tai epäillyn henkilöllä saattaa olla selvittämisintressiä lisäävää merkitystä. Mitä törkeämmästä rikoksesta on kyse, sitä perusteellisempaa tutkintaa prosessin eri vaiheissa edellytetään.[60] Koska prosessia on tarkasteltava kokonaisuutena, on samat syyt, jotka vaikuttavat selvittämisintressiin prosessin yksittäisissä vaiheissa, perusteltua ottaa huomioon myös prosessin etenemisen kannalta. Joskus voi jutun mahdollisimman perusteellisen ja siihen yhdistettynä julkisen käsittelyn tarve liittyä ainakin osaksi myös muihin juttuun liittyviin erityispiirteisiin; tästä esimerkkinä julkista valtaa käyttävän viranomaisen epäillyt mittavat väärinkäytökset.[61] Nämä tekijät nostavat selvittämisintressin painoarvoa kuitenkin vain siinä tapauksessa, että tuomioistuinkäsittelyn voisi odottaa tuovan lisävaloa tapaukseen.[62] Rajoittavana tekijänä on muistettava syyttömän suojaamisen pe-

---

tomuutta ihmisten keskuudessa sekä siihen, että epäillyllä itselläänkin saattaisi olla tarvetta saada puhdistaa maineensa oikeuskäsittelyn avulla. Elwing on erityisen tiukasti torjunut tällaisten syiden vaikutukset. Sen sijaan prejudikaatti-intressin merkityksestä vallitsee huomattavasti suurempi yksimielisyys.

[60] Lääninsyyttäjäasetuksella (736/23. 8. 1985) ja sitä täydentävällä oikeuskanslerin ohjeella on haluttu korostaa osaltaan selvittämisintressin merkitystä haitallisimmissa rikoksissa. Tavoitteena on, että syyteharkinta ja syytteen ajaminen tapahtuvat mahdollisimman suurella asiantuntemuksella. Oikeuskanslerin ohjeissa todetaan: »Mitä törkeämmästä tai haitallisemmasta rikoksesta on kysymys, sitä perustellumpaa on syyttäjistön varautua järjestelmällisesti siihen, että mahdollisimman asiantuntevat syyttäjäviranomaiset käsittelevät näitä rikosasioita etenkin silloin, kun yhteiskunnan keskeiset arvot ovat tulleet uhatuiksi». Syyttäjäsanomat 2/1985 s. 31—32.

[61] Huomattakoon tässä yhteydessä, että lainkäytön julkisuusperiaate, joka on yhdessä perusteluvaatimuksen kanssa valtiollisen demokratian yksi prosessuaalinen ilmenemismuoto, voi toteutua täysimittaisesti vain tuomioistuinkäsittelyssä.

[62] Viittaan tässä jälleen oikeudellisen »totuuden» ja »oikean» institutionaaliseen luonteeseen. Rikosjutun tutkinta on omalta osaltaan yhteiskunnallisia päämääriä palvelevaa toi-

riaate, jonka painoarvo myös saattaa samoista syistä kohota.[63]

Varsinkin silloin, kun epävarmuus aiheutuu tulkintaongelmasta, saattaa selvittämisintressi prejudikaatin tarpeen vuoksi kohota.[64] Vaikka tulkintakysymystä ei voitaisikaan pitää yleiseltä kannalta niin merkittävänä, että KKO:n ennakkopäätöksen hakeminen tuntuisi perustellulta, saattaa sillä siitä huolimatta olla merkitystä selvittämisintressiä lisäävänä tekijänä.[65] Onhan prosessidynamiikan mukaista, että tuomioistuin sanoo viimeisen sanan konkreettisen tapauksen tulkinnanvaraisuudesta.

V Lopuksi: punnintamallin oikeutuksesta

Tässä esitetty päätösteoriaan perustuva punnintamalli saattaa herättää joukon vastaväitteitä. Voidaan sanoa, että näin relativisoidaan näytön arviointi ja siirretään lainsäätäjälle kuuluvaa harkintavaltaa syyttäjälle. Edelleen voidaan huomauttaa, että kuvantunlainen intressien punninta edellyttää kannanottoa niin arvostuksenvaraisiin näkökohtiin, että syyttämiskäytännön yhden-

---

mintaa, eikä mikään itsetarkoitus. Ihmisillä on perusteltua intressiä saada varmistua siitä, että heidän elämäänsä vaikuttaneiden tapausten selvittäminen on kaikilta osiltaan asianmukaista. Ajattelen tässä lähinnä laajalle vaikutuksensa ulottavia tekoja, joihin liittyy vaikeita ja osin kiistanalaisiakin tosiseikka-/soveltamis-/tulkintaongelmia.

[63] On korostettava, etten puhu tässä siitä, että esim. viranomaisasemassa tehdyksi epäilty vakavanpuoleinen rikos sinänsä laskisi syytekynnystä. Tarkoitukseni on osoittaa, miten tämänkin tyyppisen ehkä varteenotettavan näkökohdan vaikutus olisi rationaalista kanavoida syyteharkintaan ja saada mahdollisimman erittelevän ja eri puolia huomioonottavan punninnan kohteeksi. Jos punninnan tuloksena on, että oikeussuojaintressi painaa selvittämisintressiä enemmän, ei syytettä luonnollisestikaan pidä epävarmuustilanteessa nostaa.

[64] Ks. Korte, Kai: Valvontaviranomaisen näkökulma. Teoksessa Lahjomat. Lakimiesliiton koulutuskeskuksen julkaisusarja n:o 41. Vammala 1984, erit. s. 145. Siinä silloinen oikeuskansleri selostaa erään antamansa syyttämismääräyksen taustoja: kun sovellettavaksi ajateltu säännös oli tulkinnanvarainen eikä kysymyksestä ollut KKO:n ennakkopäätöstä, »pidin ja pidän edelleen oikeuspoliittisesti tärkeänä, että kysymykseen saadaan arvovaltainen tuomioistuinratkaisu».

[65] Selvittämisintressin lisääntymiseen vaikuttavista tekijöistä saadaan jotakin johtoa niistä tekijöistä, jotka ovat relevantteja muutoksenhakuharkinnassa. Syyttäjän rikosprosessuaalinen rooli ja hänen selvittämismahdollisuuksiensa tosiasialliset rajoitukset huomioon ottaen vaatimusta lienee tästä kuitenkin syytä jonkin verran lieventää. Vrt. muutoksenhakuharkintaan annetuista suuntaviivoista Oikeuskanslerin ohjeita syyttäjille. Helsinki 1986 s. 26: »Syyttäjän on arvioitava, onko asialla laajempaa merkitystä. Mahdolliset oikeuskysymykset ja tarve saada arvovaltaisempi ratkaisu niihin on siten otettava huomioon».

mukaisuus kärsii. Vastaväitteet on kuitenkin mielestäni helppo torjua yksinkertaisella toteamuksella: punnintamalli ei lisää yhtään syyttäjän harkintavaltaa nykyisestään vaan sillä pyritään mahdollistamaan rationaalinen harkinta.

Empiiriset tutkimukseni ovat antaneet viitteitä siitä, että epävarmuustilanteissa syyttäjien käytäntö ei ole kovinkaan yhtenäistä.[66] Eräät muut tutkimukset taas ovat selvästi osoittaneet, että näytön vahvuutta kuvaavilla kielellisillä ilmaisuilla kyetään vain karkeasti ohjaamaan päätöksentekoa.[67] Näin on syytekynnyksen täsmentämisessä perusteltua siirtää huomiota konkreettisen päätöksenteon tasolle sen sijaan, että pyrittäisiin yleisesti määrittelemään »todennäköisten syiden» alarajaa. On selvää, että nykyisinkin syyttäjät soveltavat lähinnä intuitiivisesti joitakin kriteereitä harkitessaan syytteen nostamista epävarmuustilanteissa. Punnintamallin tarkoituksena on auttaa erittelevästi arvioimaan harkinnan takana olevia argumentteja ja niiden vaikutuksia, toisin sanoen alistaa ne kriittiseen tarkasteluun ja kanavoida oikeudellisessa päätöksenteossa siten, että niihin voitaisiin tarvittaessa perusteluina viitata ja sitä kautta myös kontrolloida jälkikäteen.[68]

Punnintamalli antaa vasta raamit syyttäjän rationaaliselle harkinnalle. Sen avulla on kuitenkin mahdollista erittelevämmin arvioida erilaisten sisällöllisten tekijöiden vaikutuksia päätöksenteon kannalta ja myös keskustella niistä.[69]

---

[66] Joitakin tutkimustuloksia on julkaistu artikkelissa Jonkka, Jaakko: Åklagarpraxis i ljuset av empirisk forskning. Teoksessa Rapport från kontaktseminariet i Esbo, Finland 1987. Helsingfors 1988 s. 95—105.

[67] Ks. esim. Klami ym. Lakimies 1988 s. 472—475. Jopa niin täsmälliseksi mielletty näyttökynnys kuin »beyond reasonable doubt» on osoittautunut empiirisissä kokeissa suhteellisen epämääräiseksi käsitteeksi, ks. Eggleston 1983 s. 118—119. Myös omat kokeeni valtakunnallisilta syyttäjäkursseilta tukevat samaa käsitystä, että »todennäköisten syiden» mieltäminen tietynvahvuiseksi todennäköisyyden asteeksi tuottaa vaikeuksia.

[68] Näyttövaatimus on oikeusnormi, ja siihen pätevät normaalit tulkintaperiaatteet. Punnintamalli merkitsee itse asiassa abstraktin oikeussäännöksen sisällön tarkentavaa selvittelyä päätöksen seurauksiin huomio kiinnittäen. Vrt. Lahti, Raimo: Toimenpiteistä luopumisesta rikosten seuraamusjärjestelmässä. Vammala 1974 s. 36, missä on kuvattu teleologisesti suuntautuneen tulkitsijan toimintaa: Ensiksi tämä pyrkii selvittämään, mitä tavoitteita tai arvoja säännöksellä edistetään. Toiseksi hän tutkii, miten säännöksen erilaiset soveltamisratkaisut seurausvaikutuksineen toteuttaisivat näitä tavoitteita. Kolmanneksi päätöksentekijä valitsee sen vaihtoehdon, joka hänestä vastaa parhaiten seurauksiltaan säännöksen tavoitteita.

[69] Mitä tarkemmin kyetään erittelemään arvostuksenvaraisia tekijöitä, sitä paremmin pystytään myös havaitsemaan minkälaisesta erimielisyydestä mahdollisesti on kyse. Esim. analysoimalla julkisen käsittelyn tarvetta selvittämisintressin ja oikeussuojaintressin molempien puolien kannalta on mahdollista päästä askel eteenpäin verrattuna siihen, että vain möhkälemäisesti pohdittaisiin, mitä se vaikuttaa syytteen nostamiseen.

Allan Serlachius kriminaalipoliitikkona

Dosentti *Jukka Kekkonen*

I. Johdannoksi

Yliopistoissa on paljon oppiaineita, joissa on vain yksi oppituoli. Tällöin sen haltijan tutkimuspanos ja kenties muukin toiminta leimaa aineen imagoa jopa vuosikymmenten ajan. Voidaan puhua henkilöiden kausista. Rikosoikeudessa on — viimeiset vuosikymmenet unohtaen — nähtävissä ketju K. G. Ehrström, Jaakko Forsman, Allan Serlachius, Brynolf Honkasalo. He kaikki ovat myös olleet huomattavia kriminaalipoliittisia vaikuttajia. Tuskin liioittelen, jos sanon, että Ehrström ja Serlachius ovat mainituista henkilöistä huonoiten tunnettuja. Vahvasti yleistäen voi sanoa, että mainittua kaksikkoa yhdistää myös se, että heidän kriminaalipoliittiset näkemyksensä eivät samalla painolla kuin Forsmanin ja Honkasalon, ole olleet aikansa kriminaalipoliittisen valtalinjan mukaisia.

Mistä Serlachius tunnetaan? Yleensä hänen nimeensä liitetään positiivisen eli sosiologisen koulukunnan edustajan leima. Häneltä muistetaan parhaiten rangaistuksen erityisestävän tehtävän korostus, ajaltaan ennalta määräämättömien rangaistusten suosittaminen; ylipäätään vaatimus kohdella rikoksentekijöitä yksilöllisesti. Häntä on pidetty myös tietynasteisena kriminaalipoliittisena radikaalina, tai ainakin selvästi aikaansa edellä olleena henkilönä.[1]

Tässä kirjoituksessa ei pyritä osoittamaan, että vakiintunut kuva Serlachiuksesta olisi perusteiltaan väärä. Sen sijaan yritetään Serlachiuksen kriminaalipoliittisten kirjoitusten kautta antaa lisävalaisua, nyansoida, hänen kuvaansa kriminaalipoliittisena vaikuttajana. Kiinnostavimmaksi Serlachiuksen tuotannossa osoittautui — se sanottakoon heti kärkeen — se seikka, että hä-

[1] Ks. esim. Heinonen 1974, 98; Backman 1976, 164.

nen näkemyksensä *muuttuivat* eräiltä keskeisiltä osin hyvinkin merkittävästi vuosien saatossa. Keskeiseksi haasteeksi muutoksen identifioinnin jälkeen tulikin sen pohtiminen, *mikä* voisi selittää muutoksen.

Selityksiä etsivälle aiheutui hankaluuksia käytettävissä olevan aineiston tietynasteisesta kapeudesta. Serlachiuksen henkilöstä oli vaikea luoda kuvaa, kun häneltä ei — toisin kuin esimerkiksi Jaakko Forsmanilta — ole jäänyt yksityisarkistoa. Niinpä tämä kirjoitus perustuu ennen kaikkea Serlachiuksen kirjoihin ja kirjoituksiin juridisissa aikakauskirjoissa.[2] Lisäksi hänen valtiopäiväpuheenvuoronsa ovat olleet tärkeää aineistoa. Tämän ohella hänen kriminaalipoliittisia näkemyksiään on suppeasti esitelty oikeustieteellisessä kirjallisuudessa ja hänen yhteiskunnallisesta toiminnastaan on saatavilla hajatietoja useistakin historiatieteellisistä tutkimuksista.

Seuraavassa esitellään ensin Serlachiuksen lakimiesuraa. Sen jälkeen käydään läpi hänen keskeisimpiä kriminaalipoliittisia näkemyksiään. Oikeusdogmaattisia kannanottoja, ellei niillä ole havaittu olleen välittömiä kriminaalipoliittisia ulottuvuuksia, ei seurata. Erityisesti koetetaan pitää silmällä kirjoittelun painopisteiden ja kannanottojen mahdollisia muutoksia. Lopuksi koetetaan pohtia tarkemmin eräiden keskeisiksi arvioitujen kannanottojen syitä. Tällöin käytetään hyväksi myös Serlachiuksen leimallisesti yhteiskuntapoliittisia kirjoituksia ja ylipäätään hänen yhteiskunnallisesta toiminnastaan kertovaa aineistoa.

II. Serlachiuksen ura

Carl Allan Serlachiuksen (1870—1935) lakimiesura[3] jakaantuu varsin luontevasti *kolmeen* vaiheeseen: yliopistouraan (1902—1917), toimintaan hallinnon ja diplomatian palveluksessa (1917—1922) ja korkeimman oikeuden oikeusneuvoksena (1923—1935). Serlachiuksen muu yhteiskunnallinen toiminta ei sen sijaan johdonmukaisesti noudattele näiden kausien rajoja — kuten tullaan havaitsemaan.

[2] Tehtävää toiselta puolen helpotti se, että Serlachius on kirjoittanut varsinkin perustamaansa ja pitkään vetämäänsä Lakimies-lehteen erittäin uutterasti. Lakimies-lehden, samoin kuin muiden kotimaisten ja eräiden pohjoismaisten aikakauskirjojen vuosikerrat on käyty *systemaattisesti* läpi. Serlachius kirjoitteli ahkerasti myös sanomalehtiin, mutta näiden kirjoitusten etsiminen ei tässä yhteydessä ollut mahdollista.

[3] Tämän jakson tiedot ovat peräisin seuraavista lähteistä: Korkein Oikeus 1809—1959, s. 246—248; Siviilitoimituskunta-Sisäasiainministeriö 1869—1944 ja Tulenheimo 1930 ja 1936. Serlachius muutti vuonna 1935 nimensä *Särkilahdeksi.*

Serlachius väittelee vuonna 1898 tohtoriksi rikosoikeudellisella tutkimuksella »Straff och skadestånd». Neljä vuotta myöhemmin hänet nimitetään tiukan kilpailun jälkeen rikosoikeuden ja oikeushistorian professoriksi Helsingin yliopistoon.[4] Tässä virassa hän toimii vuoteen 1917 saakka. Lisäksi hän on pari vuotta yliopiston vararehtorina. Hän kirjoittaa suomenkieliset rikosoikeuden oppikirjat (1909, 1912) ja käsikirjan Lainopin alkeet (1910). Lisäksi hän perustaa vuonna 1903 Lakimies-lehden, jota hän vuosikaudet intellektuaalisesti sekä aluksi jopa taloudellisesti ylläpitää. Serlachiusta on Rafael Erichin ja K. J. Ståhlbergin ohella pidetty suomenkielisen oikeustieteen uranuurtajana.[5]

Tähän vaiheeseen osuu myös hänen valtiopäivätoimintansa. Serlachius edusti vuosien 1904—1906 säätyvaltiopäivillä pappissäätyä. Yksikamariseen eduskuntaan hänet valitaan vuonna 1914 vanhasuomalaisen puolueen listoilta Turun eteläisestä vaalipiiristä.

Vuoden 1917 maaliskuussa Serlachius nimitetään Tokoin senaatin siviiliasiain toimituskunnan päälliköksi, sisäasiainministeriksi. Hän eroaa tehtävästä 27. 11. 1917 ja siirtyy huhtikuussa 1918 Suomen asiain hoitajaksi, sittemmin lähettiläälksi Osloon. Näinä vuosina Serlachius osallistuu myös erinäisiin rauhanneuvotteluihin Suomen valtion edustajana. Vuonna 1919 hän palaa Suomeen, kun luottamuspula hänen ja ulkoministeri Carl Enckellin välillä käy kestämättömäksi.[6] Suomessa Serlachius ryhtyy Alfred Kordelinin säätiön asiamieheksi. Samoihin aikoihin hän saa oikeusministeriöltä toimeksiannon laatia ehdotuksen uudeksi rikoslaiksi. Ehdotuksen yleinen osa valmistuu vuonna 1920 ja erityinen osa kahta vuotta myöhemmin.

Vuonna 1923 Serlachius nimitetään oikeusneuvokseksi korkeimpaan oikeuteen, missä virassa hän toimii kuolemaansa (10. 12. 1935) saakka.

Serlachius on myös aktiivinen ja ilmeisen merkittävä talouselämän vaikuttaja. Hän oli mm. KOP:n hallintoneuvoston jäsen (1915—1917) ja Vakuutus Oy Pohjolan hallintoneuvoston puheenjohtaja (1905—1923) ja hänet valittiin Alfred Kordelinin testamentin toimeenpanijaksi. Näkyvät taloudelliset tehtävät hän kuitenkin jättää tultuaan nimitetyksi korkeimpaan oikeuteen.

---

[4] Hävinnyt osapuoli viranhaussa oli Ernst Estlander. Ks. Klami 1977, 102—103.

[5] Honkasalo 1967, 97.

[6] Serlachius oli valittu ulkomaanedustuksen tehtäviin saksalaissuuntauksen aikana. Nevakiven mukaan Serlachius oli ollut toimessaan »purevan suorapuheinen» ja arvostellut jatkuvasti Suomen ulkopolitiikkaa, mikä oli johtanut kestämättömiin ristiriitoihin. Ks. tarkemmin Nevakivi 1988, 24 ja 42.

III. Serlachiuksen kriminaalipoliittisia näkemyksiä

Serlachiuksen kriminaalipoliittisten näkemysten esittelyssä on syytä lähteä liikkeelle aivan peruskysymyksistä: mikä oli hänen näkemyksensä rangaistuksen tarkoituksesta,[7] oikeutuksesta ja yhteiskunnallisista tehtävistä, millaisena hän näki rikollisuuden syyt ja mitä keinoja hän suositteli käytettäväksi rikollisuuden vastustamisessa. Tarkastelun tavoitteena on myös saada valaisua siihen, voidaanko Serlachiuksen konkreettiset kannanotot johtaa hänen rikosoikeusteoreettisista näkemyksistään, vai selittävätkö muut tekijät hänen kannanottojaan. Esiteltävien perusnäkemysten ohella tuodaan yksityiskohtaisemmin esille eräitä Serlachiuksen yksittäisiä kirjoituksia, joilla mielestäni on yleisempää kantavuutta hänen kriminaalipoliittisten näkemystensä indikaattoreina.

3.1. Serlachius ja rankaisemisen justifikaatio

Serlachius on usein varsin suoraviivaisesti määritelty 1800-luvun lopulla Saksassa syntyneen nk. positiivisen eli sosiologisen (modernin) kriminaalipoliittisen koulukunnan edustajaksi. Totta onkin, että Serlachius on ponnekkaammin kuin kukaan muu esitellyt ja sitä kautta tuonut suomalaiseen keskusteluun sosiologisen koulukunnan ajatuksia. Hän itse kuitenkin korosti jatkuvasti edustavansa välittävää kantaa klassisen ja modernin »nuorsaksalaisen» koulukunnan välillä. Serlachiuksen mukaan koulukuntien väliset erot olivat usein näennäisiä ja niitä paisuteltiin teorian tasolla. Käytännön kriminaalipolitiikassa ei äärimmäisyyskannoilla voinut olla menestymisen mahdollisuuksia.[8] Serlachius katsoi myöskin, ettei koulukunta suoraan implikoinut kannanottoa rikosoikeuden klassisiin teoreettisiin kiistakysymyksiin kuten esimerkiksi tahdonvapauden ongelmaan. Kummassakin koulukunnassa oli determinestejä ja indeterministejä.[9]

Moderni koulukunta jakaantui Serlachiuksen mukaan kahteen suuntaukseen: biologiseen ja sosiologiseen. Edellisessä korostettiin rikollisuuden olevan enimmältään biologisesti määräytyvää ja jälkimmäisessä sen yhteiskunnallista

[7] Rangaistusteoriat jaetaan perinteisesti absoluuttisiin ja relatiivisiin. Edelliset lähtevät siitä, että rankaisemisen oikeutus seuraa suoraan rikollisesta teosta; rangaistaan »quia peccatum est». Jälkimmäisten mukaan rangaistukset tulee toteuttaa joitakin yhteiskunnallisia tarkoitusperiä. Relatiivisten teorioiden kannattajat painottavat enemmän tai vähemmän voimakkaasti yleis- ja erityisestäviä näkökohtia. Lisäksi yhteiskunnan suojeluun kiinnitetään huomiota. Ks. Honkasalo 1965, 21—23 ja nyansoidummin Backman 1976, 27—28.

[8] Ks. esim. Serlachius 1903, 78 ja 1911, 139.

[9] Ks. esim. Serlachius 1922, 146.

kasvupohjaa.[10] Yhteistä molemmille suuntauksille oli näkemys rankaisemisesta yhteiskunnan suojelun ja hyödyn vuoksi samoin kuin rikoksentekijöiden *luokittelu* ja sen pohjalta tehdyt esitykset eri rikolliskategorioiden erilaisiksi rankaisutavoiksi.

Rangaistuksen oikeutus perustui sosiologisen koulukunnan oppien mukaan viime kädessä sen *välttämättömyyteen*. Erilaiset eturistiriidat yhteiskunnassa oli kyettävä sitovasti ratkaisemaan. Rankaisemisen menetelmiä oli kuitenkin pohdittava ennen kaikkea yhteiskunnallisen *hyödyn* näkökulmasta. Rankaisemisella piti tavoitella samaan aikaan kahta seikkaa: sekä yleis- että erityisestävyyttä.[11] Verrattuna klassiseen koulukuntaan uutta oli nimenomaan erityisestävien näkökohtien nostaminen esille. Rangaistus oli räätälöitävä ensi sijassa rikoksentekijän henkilön, eikä rikoksen (tekorikosoikeus) mukaan. Serlachius kritikoi klassista koulukuntaa toistuvasti siitä, että yleisestävyyden painottaminen johti helposti abstraktisiin, elämälle vieraisiin spekulaatioihin.[12]

*

Vaikka Serlachius ei uransa aikana muuttanut perusnäkemystään rankaisemisen justifikaatiosta, muuttuvat hänen *painotuksensa* tietyssä mitassa 1920-luvulla.[13] Rangaistuksen yleisestävä vaikutus sai entistä enemmän sijaa rankaisemisen justifikaatiossa. Vastaavasti hän toi entistä voimakkaammin esille *yhteiskunnan suojelun* välttämättömyyden.[14] Tämän suuntaisia kannanottoja häneltä tosin tavataan jo 1910-luvulla.[15]

3.2. Serlachius ja rangaistusjärjestelmä

Entä mitkä olivat Serlachiuksen konkreettiset toimenpidesuositukset? Serlachius arvosteli vuoden 1889 rikoslakia siitä, että se oli seuraamusarsenaalil-

[10] Ks. Serlachius 1904 a, s. 60—61 ja 1903, 81. Vaatimus rikollisuuden syiden tutkimisesta oli eräs modernin koulukunnan keskeisistä painotuksista. Klassisen koulukunnan edustajat leimasivat Serlachiuksen mukaan hanakasti epätieteellisiksi tai ainakin oikeustieteeseen kuulumattomaksi sosiologiaksi nimenomaan yritykset tutkia rikollisuuden *yhteiskunnallisia* syitä.

[11] Ks. Serlachius 1909, 29 ja 1910, 173. Vrt. Klami 1977, 104. Klamin mukaan Serlachiuksen »yritys yhdistää yleis- ja erityisestävät näkökohdat perustuvat täysin spekulatiivisille olettamuksille, että tähtäämällä yhtäaikaisesti kahta maalia voidaan osua molempiin.» Todennäköistä onkin hänen mielestään se, ettei näin menetellen osuta kumpaankaan.

[12] Ks. Serlachius 1903, 78—79 ja 1909, 33.

[13] Ks. erityisesti Serlachius 1925, 143—155. Ks. myös sama 1926, 57—67 ja 1927, 256—260.

[14] Ks. Serlachius 1925, 143—155; 1926; 57—67.

[15] Ks. erityisesti Serlachius 1914.

taan liian kaavamainen. Se ei antanut mahdollisuuksia käsitellä rikolliseen syyllistyneitä yksilöllisesti. Erilaisille rikollistyypeille piti voida tarjota erilaisia seuraamuksia.[16]

Satunnaisille rikoksentekijöille ja parantumiskykyisille — varsinkin nuorille — riittivät lievät seuraamukset. Vuoden 1904 valtiopäivillä Serlachius ehdotti, että säädettäisiin laki ehdollisesta rangaistustuomiosta.[17] Sen sijaan mielisairaille tai muutoin sielullisesti poikkeavilla, elämäntaparikollisille, alkoholin väärinkäyttäjille ja irtolaisille oli järjestettävä erityisiä laitoksia, joissa heitä voitaisiin »hoitaa» tai ojentaa pakkotyöllä. Näihin ryhmiin kuuluvien käsittelyssä pääpainon tuli selvästi olla yhteiskunnan suojelussa.[18]

Parhaiten Serlachiuksen konkreettiset kriminaalipoliittiset toimenpide-ehdotukset tulevat esille hänen rikoslakiehdotuksestaan, jota on syytä — lähinnä keskeisimpien kriminaalipoliittisten ideoiden näkökulmasta — lyhyesti esitellä.[19] Ehdotusta laatiessaan Serlachius sanoo pitäneensä silmällä ennen kaikkea pohjoismaisia rikoslakeja ja rikoslakiehdotuksia. Rangaistusjärjestelmän tavoitteeksi Serlachius julistaa rikollisen yhteiskunnanvastaisen mielen poistamisen. Aikaisempaan lainsäädäntöön verrattuna nyt asetetaan lisää painoa rangaistuksen *erityisestävälle* vaikutukselle.

Ehdotuksen mukaan vuoden 1889 rikoslain seuraamusjärjestelmästä tulisi poistaa kuolemanrangaistus. Vapausrangaistus olisi yksilajinen. Nuorille, vaarallisille uusijoille ja mielenvikaisille rikollisille ehdotetaan erityisseuraamuksia (työlaitos, turvalaitos). Serlachius suositti myös tässä yhteydessä ajaltaan epämääräisten tuomioiden käyttöön ottamista eräissä tapauksissa.[20] Sakkorangaistuksen hän halusi rakentuvan päiväsakkojärjestelmän varaan. Ehdonalaisen vapautumisen mahdollisuutta pitäisi puolestaan laajentaa. Uusimissäännöstö tulisi taas uudistaa siten, että ankarampi rangaistus seuraisi vain silloin, kun henkilö on jo aikaisemmin kärsinyt vapausrangaistusta. Edelleen Serlachius ehdotti, että yhtenäisrangaistusjärjestelmä otettaisiin käyttöön.[21]

---

[16] Ks. erityisesti Serlachius 1904 b, 149—162.

[17] Ks. Vuoden 1904 Vp., Pappiss. ptk., s. 117—118. Ehdotus oli ensimmäinen Suomessa tehty ehdotus ehdollisen rangaistuksen käyttöön ottamisesta. Ks. Anttila 1960.

[18] Tästäkin Serlachius ehdotti laadittavaksi uutta lainsäädäntöä. Hän piti esimerkiksi voimassa ollutta irtolaislainsäädäntöä tasoltaan »keskiaikaisena». Ks. Vuoden 1904 Vp., Pappiss. ptk., s. 118—119.

[19] Ehdotuksen yleinen osa valmistui vuonna 1920 ja erityinen osa vuonna 1922. Tässä yhteydessä ei uudestaan oteta esille Serlachiuksen näkemyksiä rangaistuksen tarkoituksesta.

[20] Kuten aikaisemmin on mainittu Serlachius oli kannattanut ajaltaan epämääräisiä vapausrangaistuksia jo vuosisadan alussa. Ks. esim. Serlachius 1907, 8—10 ja 1922, 151.

[21] Ks. Serlachius 1920, s. 17—28.

Ylipäätään Serlachius katsoi, että tuomioistuinten harkintavaltaa pitäisi lisätä mm. siirtymällä yleisluontoisempiin rangaistussäännöksiin. Tuomioistuin voisi myöskin poiketa asteikosta lievempään suuntaan ja jättää myös rangaistuksen tietyin edellytyksin tuomitsematta. Samaa suuntaa kuvaa myös ajatus siitä, että rikokseen osallisia rangaistaisiin tuomarin harkinnan mukaan.[22]

Serlachius ei tässäkään yhteydessä unohtanut kriminalisointien painopisteiden muutoksia — tuttu teema hänelle jo vuosisadan alkuvuosista. Varkaita ei hänen mukaan pitäisi rangaista suhteellisesti ankarammin kuin esimerkiksi väkivaltarikoksiin syyllistyneitä. Epäsuhtaa hän näki myös varkauden ja muiden omaisuusrikosten asteikkojen välillä. Useita moraalirikoksia voitaisiin hänen mielestään huoletta dekriminalisoida.[23]

Kuten tiedetään, ei Serlachiuksen esitys koskaan toteutunut sellaisenaan. 1920-luvun lopun oikeistotuulet jäädyttivät uudistushankkeen. Jotkut ehdotukset tosin kelpasivat tuolloinkin.[24] Useita Serlachiuksen tekemiä ehdotuksia onkin sittemmin toteutettu osittaisuudistuksina ja joitakin on edelleenkin esillä. Kokonaan toinen asia on, mikä selittää näiden uudistusten toteutumisen. Ainakaan Serlachiuksen ehdotuksesta ei uudistuksiin voi johtaa suoraa vaikutusyhteyttä — seikka, johon palataan tuonnempana.

3.3. Serlachius ja rikollisuuden syyt

Entä miten Serlachius hahmottaa rikollisuuden syitä? Varsinkin 1900-luvun alun kirjoituksissaan hän tuo toistuvasti esille sen, että yhteiskunnan taloudelliset ja sosiaaliset olosuhteet tuottavat rikollisuutta.[25] Rikollisuus sikiää huonoista kasvuolosuhteista, erityisesti puutteesta ja köyhyydestä. Serlachius moittii myös vallanpitäjiä siitä, että nämä arvioivat tavallisen kansan rikollisuutta erilaisella mitalla kuin oman yhteiskuntaluokkansa rikollisuutta. Köyhien ja rikkaiden tekemisiä ei siis mitata samalla mitalla. Serlachius jopa katsoi, ettei koroilla elävän pääomanomistajan ja varkaan toiminnassa ole periaatteellista eroa:

[22] Ks. Serlachius 1920, 23—28.

[23] Ks. Serlachius 1920, 25—26, 75 ja 1922, 75. Viimeksi mainittu ehdotus oli muutoinkin hyvin linjassa Serlachiuksen perusnäkemysten kanssa: hän oli useassa yhteydessä kiinnittänyt huomiota siihen, että ei ole aiheellista säätää rangaistavaksi sellaisia tekoja, jotka ovat puhtaita omantunnon kysymyksiä tai tekoja, joiden noudattamisen valvonta on käytännössä mahdotonta.

[24] Tässä riittää viittaaminen lakiin vaarallisten rikoksenuusijoiden eristämisestä (1932). Tuon ajan uudistuksista tarkemmin ks. Lahti 1977, 16—17.

[25] Ks. esim. Serlachius 1903, 82. Serlachius julistaa rahan olevan »nervus rerum», keskipiste, johon inhimillinen toiminta näyttää keskittyvän.

kumpikin elää viime kädessä yhteiskunnan kustannuksella.[26] Serlachius vaati ylipäätään ymmärtämystä työväestön yhteiskunnallisille reformivaatimuksille. Hän esimerkiksi moittii porvaristoa toistuvasti siitä, etteivät nämä suostuneet antamaan työläisille yhdistymisvapautta.[27]

*

Tällaiset »yhteiskunnalliset» painotukset alkoivat haalistua jo 1910-luvulla, mutta varsinkin 1920-luvun teksteissä aikaisemmin Serlachiukselle niin tyypillinen sosiaalinen paatos häviää.[28] Hänen kriminaalipoliittiset kannanottonsa »puhdistuvat» yhteiskunnallisesta aineksesta.

3.4. Serlachius ja poliittinen rikollisuus

Periaatetasoisesta linjanmuutoksesta viestii myös se, miten Serlachiuksen suhtautuminen radikaaliin yhteiskunnalliseen toimintaan muuttui. Vuonna 1921 hän kirjoitti Lakimies-lehteen poleemisen artikkelin, jossa hän kritikoi voimakkaasti kansalaissodan jälkeen perustettuja valtiorikosoikeuksia.[29] Serlachiuksen mukaan tuolloin mentiin väärille urille, kun ei armahdettu punaisten rivimiehiä ja tuomittu vain johtajia normaaleissa tuomioistuimissa. Asioiden paljouden ja valtiorikosoikeuksissa noudatetun summaarisen menettelyn vuoksi lainkäytöstä tuli kaikkea muuta kuin »tasaista». Toiselta puolen hän ei pitänyt siitä, että kapinallisten armahduksesta oli sittemmin tullut poliittisen kaupankäynnin väline: armahdukset saivat porvarien antamien »luokkatuomioiden korjaamisen luonteen».[30]

Serlachiuksen katsantotapaa 1920-luvun alussa kuvaavat myös hänen Suomen sosialistisen työväenpuolueen (SSTP:n) lakkauttamisjutun yhteydessä antamansa kaksi *asiantuntijalausuntoa.* Niissä hän eritteli, millaisin edellytyksin

[26] Ks. Serlachius 1904, 2—7, jossa Serlachius tuo esille sen, että eri yhteiskuntaluokkien oikeuskäsitykset ovat eräiltä osin yhteismitattomia, mistä seuraa vaara, että alimpien luokkien rikollisuutta mitataan näille epäoikeudenmukaisella mitalla. — Serlachiuksen perusnäkemus lainsäädännön luonteesta oli se, että lait heijastavat aina eri yhteiskuntaluokkien suhteellista painoarvoa yhteiskunnassa. Ks. Serlachius 1910, 26—28. Ks. myös sama 1906, 121—132.

[27] Ks. Serlachius 1906, 121—132.

[28] Backmanin mukaan Serlachiuksen radikalismi alkoi haalistua perustuslaillisen senaatin kaudella. Hän oli kuitenkin nimenomaan moraalikysymyksissä porvarillisista poliitikoista radikaalisimpia. Ks. Backman 1976, 164.

[29] Ks. Serlachius 1921, 124—126. Vain harvat porvarilliset henkilöt kritikoivat pian kansalaissodan jälkeen valtiorikosoikeuksien toimintaa tai punaisten kohtelua ylipäätään. Ks. Kekkonen 1989. Ks. myös Ylikangas 1988, 137—142.

[30] Serlachius 1921.

voitiin yhteiskuntajärjestyksen muuttamiseen tähtääviä vasemmistoradikaaleja rikoslain mukaan tuomita. Serlachiukselta pyysivät — se huomattakoon — asiantuntijalausuntoja syytettyjen avustajat.

Elokuun 30. päivänä vuonna 1920 antamassaan lausunnossa Serlachius eritteli valtiopetoksen valmistelun tunnusmerkistöä. Mainitun rikoksen tunnusmerkistön objektiivista puolta selvitellessään hän tuli siihen johtopäätökseen, ettei oikeudenkäynnissä ollut kyetty selvittämään, oliko puolueen päätös liittyä kolmanteen internationaaliin ollut teko, jolla oli rikoksen ulkoiset tunnusmerkit. Syyte oli hataralla pohjalla, koska ei ollut selvitetty millainen yhtymä internationaali oli ja mitä sen ohjelma sisälsi. Subjektiivisella puolella oli taasen sikäli epäselvyyttä, että syytettyjen tietoisuutta tekonsa oikeudenvastaisuudesta oli vaikea osoittaa. Syytteessä mainittu teko oli nimittäin tehty julkisesti poliisin läsnäollessa. Liittyminen internationaaliin olikin hänen mielestään tulkittavissa poliittisen uskontunnustuksen ilmaukseksi pikemminkin kuin faktiseksi toimenpiteeksi tietyn valtiollisen ihanteen toteuttamiseksi. Siksi sen enempää kokouksen valmistelijoilla kuin päätöksentekoon kokouksessa osallistuneilla ei ollut rikoslaissa edellytettyä tietoisuutta tekonsa laadusta. Näin ollen heitä ei voitu tuomita, vaikka heidän tekonsa yhteiskunnan vastaisuus sinällään oli Serlachiuksen mielestä kiistatonta.[31]

Toisessa lausunnossaan Serlachius(15. 3. 1921) toisti sen, että valtiopetokseen valmistelusta tuomitseminen edellytti suunnitelmaa toimeenpanna edes jollain tapaa konkreettinen valtiopetoksellinen teko.

> »Mutta senkin, jonka mielestä rikoslain tulisi rangaista vallankumouksellista propagandaa yleensä, on muistettava, että rikoslaki nykyisessä muodossaan ei tee sitä, ja että kirjoittamattomana lakina meillä on aina pidetty sääntöä: nulla poena sine lege, nulla poena sine lege poenali».[32]

Kuten havaitaan, Serlachiuksen argumentaatio on hyvin legalistista, säännösten grammatikaaliseen tulkintaan sitoutuvaa. Tässä suhteessa tapahtui kuitenkin nopeasti dramaattinen muutos. Jo vuonna 1925 Serlachius kirjoitti artikkelin[33], jossa hän otti tuntuvasti etäisyyttä aikaisemmista kannanotoistaan. Hänen kritiikkinsä kohteeksi joutui tuolloin ruotsalaisen asianajajan Georg *Brantingin* paljon kohua Suomessa herättänyt teos »Rättvisan i Finland», jossa Branting syytti suomalaista oikeudenkäyttöä repressiivisyydestä ja vasemmistolaisten poliittissävytteisestä vainoamisesta puolueettoman oikeudenjaon valekaavussa.

[31] Ks. Nummela 1988, 40—42. Ks. myös Hiitonen 1953, 171—172.

[32] Ks. Nummela 1988, 46—47.

[33] Ks. Serlachius 1925.

Serlachius asettui nyt puolustamaan suomalaisen oikeuslaitoksen toimia ns. kommunistijutuissa. Hänen mielestään Branting ei tuntenut riittävästi suomalaista yhteiskuntaa, hänenkin mielestään ankarahkon oikeudenkäytön taustoja. Serlachiuksen mukaan suomalaisten kokemuspiiriin oli jäänyt kansalaissodan — jossa puolet kansasta liittoutui entisen sortajan kanssa — seurauksena syvä viha ja halveksunta isänmaan pettureita kohtaan. Siksi Suomessa kohdeltiin maanpettureina pidettyjä ankarammin kuin muissa länsimaissa ja siksi myöskään ei Suomen tilannetta voinut näihin verrata. Suomessa painotettiin siis historiallisista syistä *valtion etua* suhteellisesti enemmän kuin yksilön etua muihin länsimaihin verrattuna. Kaiken kaikkiaan oli Suomella Serlachiuksen mukaan kuitenkin oikeus tulla kohdelluksi *oikeusvaltiona*.[34]

Vielä kauemmas legalistisista lähtökohdistaan Serlachius etääntyi arvioidessaan korkeimman oikeuden jäsenenä kansanedustajien Pekkala ja Rötkö kyyditysjuttua vuonna 1931. Hän katsoi, että kyyditsijät olivat kansanedustajat perustuslakivaliokunnan istunnosta poistaessaan syyllistyneet kyllä *muodollisesti,* muttei tosiasiallisesti eduskunnan neuvotteluvapauden häiritsemiseen, koska kyse oli ollut todistetusti maanpetoksellisen toiminnan estämisestä. Siksi hän oli valmis tuomitsemaan kyyditsijät KKO:n enemmistöä olennaisesti lievempiin rangaistuksiin.[35]

3.5. Yhteenvetoa

Edellä läpikäydyn aineiston perusteella näyttää siltä kuin Serlachius taipuisi viimeistään 1920-luvun puolivälissä *aikaisempaa ankaramman* kriminaalipoliittisen linjan kannattajaksi. Myös justifikaatiotavan lievähkö muuttuminen — yleisestävyysargumenttien nostaminen erityisestävyyden rinnalle ja ohikin — viestii samasta asiasta.

Näillä havainnoilla on merkitystä kriminaalipoliittisten muutosten selittämisen kannalta. Näyttää siltä, ettei se, onko klassinen, sosiologinen tai niiden

---

[34] Ks. Serlachius 1925 a, 147—155. Ks. myös Björne 1977, 274—275. Björne selostaa KKO:n ratkaisua vuodelta 1925, jossa Serlachius päätyi KKO:n enemmistöä lievempään kantaan. Serlachius nimittäin katsoi, ettei eräiden itäkarjalaisten Itä-Karjalassa suorittamiin surmatöihin voinut soveltaa Suomen rikoslakia, koska asiaa ei voitu käsitellä yleisessä tuomioistuimessa, eikä sotaväen rikoslakia voitu soveltaa vieraan vallan sotaväen tekemiin rikoksiin.

[35] Ks. KKO:n vuosikirja 1931, 581—585; Siltala 1985, s. 426 ja 438. Tällä tavoin kyyditsijöiden »isänmaalliset» motiivit otettiin huomioon. Ks. myös Björne 1977, 21 ja 199—200. Ks. myös Serlachius 1933, 197—201, jossa hän hyökkää poliittisten vankien erioikeuksia vastaan.

väliin asettuva justifikaatiotapa ollut vallitseva, selitä kriminaali- ja kontrollipoliittisen linjan vaihteluja.[36] Samoista teoreettisista lähtökohdista voidaan vetää jopa aivan vastakkaiset kriminaalipoliittiset johtopäätökset. Näin ollen se, että kannattaa esimerkiksi sosiologista koulukuntaa ei suoraan indikoi sitä, kannattaako henkilö lievempää vaiko ankarampaa kriminaalipoliittista linjaa.

Näin ollen on hyvin ongelmallista — vaikkakin perin tavallista sekä kotiettä ulkomaisessa kirjallisuudessa — yksioikoisesti puhua koulukuntien oppien *vaikutuksesta* käytännön kriminaalipolitiikkaan, koska tällainen puhe sisältää ajatuksen, että opit omasta voimastaan, yhteiskunnallista edellytyksistä riippumatta, johtaisivat tiettyihin kriminaalipoliittisiin ratkaisuihin.[37] Se, että tietty lainsäädännöllinen ratkaisu kuuluu jonkin koulukunnan oppeihin, ei todista ratkaisun syntyneen opin vaikutuksesta.

Kriminaalipoliittisesti merkityksellisempää kuin rankaisemisen justifikaatio on sen sijaan se, *mistä ja miten* halutaan rangaista, kriminalisointien ala ja keskinäinen painoarvo. Tämä taas näyttäisi olevan ennen muuta sidoksissa kulloiseenkin yhteiskunnalliseen tilanteeseen, tarkemmin sanottuna siihen, millaiset ovat eri yhteiskuntaryhmien *tosiasialliset* mahdollisuudet osallistua yhteiskunnallisen vallan käyttämiseen.

On myös äärimmäisen epähistoriallista — vaikkakaan ei harvinaista — tarkastella tiettyjen historiallisten kriminaalipoliittisten oppien tai henkilöiden katsomusten *oikeellisuutta, ajanmukaisuutta* tai vastaavia seikkoja. Tällaisia kysymyksiä tuskin voi vaativassa mielessä pitää tutkimuksellisina: tutkijahan jakaa tällöin nykyajasta käsin eräänlaisia tuomioita siitä, kuka aikanaan oli oikeassa ja kuka väärässä.

IV. Arviointia

Toistaiseksi on pääasiassa vain kuvailtu Serlachiuksen kriminaalipoliittisia kannanottoja. On pyritty osoittamaan, että niissä tapahtui eräitä muutoksia

[36] Ks. myös Backman 1976, 167, jonka mukaan koulukunnan vaihdos ei aiheuttanut dramaattista muutosta Suomessa. Erot vasemmiston ja oikeiston kriminaalipoliittisessa linjassa koskivat seuraamusten ankaruustasoa. Sosiologinen tarkastelupa sai jalansijaa sekä oikeiston että vasemmiston piirissä. Honkasalokin huomauttaa, etteivät uudet koulukunnat ole sanottavasti kyenneet muuttamaan rikosoikeussysteemin perusluonnetta. Ks. Honkasalo 1965, 28.

[37] Doktriinit ovat päinvastoin dogmaattisia kulisseja, joiden avulla kriminaalipolitiikkaa harjoitetaan.

ja että olennaisimmat muutokset voidaan ajoittaa 1920-luvun alkuvuosiin. Mainitut muutokset voidaan vielä tiivistää seuraavaan.

— Rangaistuksen justifikaatio muuttuu 1920-luvulla siten, että yleisestävyysnäkökohdat ja yhteiskunnan suojelun ajatus valtaavat alaa;

— Puhe rikollisuuden yhteiskunnallisista syistä vähenee 1920-luvulla;

— Johdonmukaisen legalistiseen ja oikeuden ja politiikan erotteluun nojaavaan argumentaatioon tulee säröjä 1920-luvun puolivälistä lähtien.[38] Tarkoituksenmukaisuusnäkökohdat ajavat poliittisten rikosten arvioinnissa lain perinteisen legalistisen tulkinnan ohitse.

Niin erilaisilta kuin mainitut havainnot ehkä ensi katsomalta näyttävätkin, voi niiden taustalla silti olla yhteisiä tekijöitä. Kaikissa kannanotoissa on nimittäin kyse tietyllä tapaa kriminaalipoliittisesti ja yhteiskunnallisesti aikaisempaa *konservatiivisemmista* ratkaisumalleista. Ne näyttävät sitä paitsi ajoittuvan suunnilleen samaan ajankohtaan.

Mikä voisi olla muutoksen syynä? Syitä voidaan etsiä ainakin Serlachiuksen henkilöön liittyvistä tekijöistä että yhteiskunnassa tapahtuneista muutoksista.

Serlachiuksen henkilöstä on vaikea muodostaa tarkkaa kuvaa. Sekä Honkasalo[39] että Tulenheimo[40] korostavat Serlachiuksen individualistista ja puolueisiin sitoutumatonta suhtautumistapaa. Serlachiuksen sanottiin spontaanisti ja pelotta tarttuneen havaitsemiinsa epäkohtiin — jopa niin, että häntä pidettiin kannanotoiltaan kovin vaikeasti ennustettavana henkilönä.[41] Arvio tuntuu uskottavalta, muttei vie analyysia eteen päin: ei ole nimittäin näyttöä siitä, että Serlachiuksen luonne olisi muuttunut vuosien varrella. Sen sijaan Serlachiuksen uralla tapahtui juuri 1920-luvun alussa merkittävä muutos: hänet

[38] Serlachius toi vankan laillisuusnäkökulman esille mitä erilaisimmissa yhteyksissä. Seuraavassa vain muutamia esimerkkejä. Ensimmäisen sortokauden aikana Serlachius julisti, että maahan on juurtunut vakaumus, jonka mukaan kansalaiset eivät ole vain oikeutettuja vaan myös velvoitettuja kieltäytymään alistumasta lainvastaisiin käskyihin. Ks. Vuoden 1905 Vp. Pappiss. ptk:t s. 618—619. Ks. myös Serlachius 1906, 127—131. Toisen sortokauden aikana Serlachius selitti, ettei yhteiskunnallinen protestointi lakia rikkoen — hyvänkään asian puolesta — ollut hyväksyttävää. Ks. Serlachius 1912 a. Kieltolain aikana Serlachius toi esille kantanaan, ettei huononkaan lain rikkominen ollut sallittua. Ks. Serlachius 1925. Ylipäätään oli tavallista, että 1920-luvun ja 1930-luvun poliittisissa oikeudenkäynneissä syytetyt vetosivat Serlachiuksen ja Forsmanin esittämiin tulkintoihin eri rikostunnusmerkistöjen soveltamisalasta. Ks. Björne 1977, eri kohdin.

[39] Ks. Honkasalo 1967, 97—102.

[40] Ks. Tulenheimo 1930 ja 1936.

[41] Tästä saatettiin myös tehdä se ilkeähkö, eikä välttämättä edes perusteltu tulkinta, että Serlachius oli tunnetusti kannanotoiltaan »horjuva». Ks. Björne 1977, 21 alaviite no 15.

nimitettiin vuonna 1923 oikeusneuvokseksi korkeimpaan oikeuteen. Kuitenkin kannanottojen muutoksen sitominen tähän seikkaan ei vaikuta — ainakaan ilman lisätodisteita — uskottavalta.

Entä yhteiskunnalliset tekijät? Aikakauden ehdottomasti keskeisin tapahtuma oli vuoden 1918 kansalaissota. Se painoi syvät jälkensä suomalaiseen yhteiskuntaan. Viime kädessä kansalaissodan lopputulos ratkaisi sen, minkä yhteiskuntaryhmien johdolla suomalaista yhteiskuntaa alettaisiin kehittää. Mielenkiintoista kyllä, vasemmisto ei täysin menettänyt yhteiskunnallista painoarvoaan kansalaissodan seurauksena.[42] Sosialidemokraatit ja myös kommunistit — tosin peitejärjestöjen kautta — kykenivät ottamaan osaa parlamentaariseen toimintaan. Paineet kansalaissodan tuloksen »varmistamiseksi», so. varsinkin äärimmäisen vasemmiston yhteiskunnallisen toiminnan lopettamiseksi olivat kuitenkin kovat.[43] 1920-luvun mittaan näissä vaatimuksissa myös onnistuttiin; kehityksen päätepisteeksi voidaan sanoa vuoden 1930 lokakuussa hyväksyttyjä kommunistilakeja. Tämän jälkeen kommunistien laillinen toiminta tyrehtyi, painui kokonaan maan alle. Suomalainen yhteiskunta astui vuosikymmenen mittaan monta piirua oikealle.

Tämä vähittäinen kehitys näkyi monin tavoin politiikasta kulttuuriin — ja myös henkilötasolla. Serlachius ei ollut ainoa henkilö, jonka mielipiteet 1920-luvun mittaan ilmiselvästi oikeistolaistuivat.[44] Mielipiteiden oikeistolaistuminen merkitsi tässä(kin) yhteydessä ankarampien kriminaalipoliittisten ratkaisumallien suosimista.

Varsinkin Serlachiuksen kritiikki Brantingia kohtaan on kuin aikaisemman radikaali-leiman poispesemistä. Serlachius haluaa ikään kuin julistautua ehdoitta lojaaliksi vallitsevan yhteiskuntajärjestyksen kannattajaksi. Siihen hänellä oli tavallista suurempi tarve menneisyytensä vuoksi; radikaalit sosialidemokraatteja lähestyneet puheenvuorot sortovuosina, kritiikki valtiorikosoikeuksia kohtaan vuonna 1921[45] ja syytettyjen eduksi annetut asiantuntijalausunnot poliittisissa oikeudenkäynneissä 1920—21.

Tällaisen »puhdistautumisen» tarvetta hänellä näyttää olleen siitäkin huo-

---

[42] Ks. Ylikangas 1986, 173—177.

[43] Ks. Siltala 1985, 441—442.

[44] Tunnetuimpia »oikeistolaistuneita» lienee alun perin sosialidemokraattien oikeistosiipeen kuulunut lakimies Anton *Kotonen*. Samaan suuntaan viittaa myös Björne todetessaan kommunismin vastaisen mielipiteen voimistuneen 1920-luvulla. Ks. Björne 1977, 21.

[45] Kritiikin purevuus selittynee ainakin osittain sillä, että Serlachius oli itse huhtikuusta 1918 vuoden 1919 syksyyn ulkomailla, eikä hänellä ollut välttämättä selvää kuvaa Suomessa vallinneista mielialoista. Yhtä lailla kannanottoon lienee vaikuttanut sekin, että hän oli ulkomaisista lehdistä lukenut arvostelua punaisten ankarasta kohtelusta.

limatta, että Serlachius oli vuonna jo 1917 Tokoin senaatin sisäasiain toimituskunnan päällikkönä toimiessaan saanut vasemmiston vihat päälleen yrittäessään luoda järjestysvaltaa työväestön järjestöt ohittaen porvarillisten järjestöjen varaan.[46]

Vielä 1900-luvun alussa Allan Serlachius ei ollut yksittäinen radikaali porvarillisen sivistyneistön piirissä. Päinvastoin tuolloin ei ollut lainkaan epätavallista, että sivistyneistön piirissä esitettiin työväestöä tavoitteita myötäileviä yhteiskunnallisia reformivaatimuksia. Nimenomaan vanhasuomalaiset lähestyivät sosiaalipoliittisissa ja muissakin yhteiskunnallisissa kannanotoissaan monasti sosialidemokraatteja. Sitäkin oudompi lintu hän sen sijaan oli oppineessa lakimieskunnassa, jossa yhteiskunnallinen radikalismi oli tuolloin sangen harvinainen ilmiö.

Kirjallisuutta

Anttila, Inkeri: Laki ehdollisesta rangaistustuomiosta selityksin. Vammala 1960.
Backman, Eero: Rikoslaki ja yhteiskunta I. Vammala 1976.
Björne, Lars: »...syihin ja lakiin eikä mielivaltaan...» Tutkimus Turun hovioikeuden poliittisista oikeudenkäynneistä vuosina 1918—1939. Vammala 1977.
Heinonen, Olavi: Suomen kriminaalipoliittisen päätöksenteon kehitys. Teoksessa Anttila, Inkeri—Heinonen, Olavi—Koskinen, Pekka—Lahti, Raimo: Rikollisuus ongelmana. Kriminaalipolitiikan perusteet. Helsinki 1974.
Hiitonen, Ensio: Vääryyttä oikeuden valekaavussa. Hyvinkää 1953.
Honkasalo, Brynolf: Suomen rikosoikeus. Yleiset opit I. Hämeenlinna 1965.
— Elämä antaa ja ottaa. Hämeenlinna 1967.
Korkein oikeus 1809—1959 (toim. Matti Mali). Helsinki 1959.
Kekkonen, Jukka: Rikosoikeudenkäyttö Suomessa vuonna 1918. Käsikirjoitus. Helsinki 1989.
Ketola, Eino: Kansalliseen kansanvaltaan. Suomen itsenäisyys, sosialidemokraatit ja Venäjän vallankumous 1917. Helsinki 1987.
Klami, Hannu T.: Oikeustaistelijat. Suomen oikeustiede Venäjän vallan aikana. Porvoo 1977.
Lahti, Raimo: Suomen rikosoikeudellisen seuraamusjärjestelmän kehitysvaiheista. Turku 1977.
Nevakivi, Jukka: Ulkoasiainhallinnon historia 1918—1956. Helsinki 1988.
Nummela, Aulimarja: Äärivasemmisto oikeuden edessä. Tutkielma. Oikeuden yleistieteiden laitos. Helsinki 1988.
Paavolainen, Jaakko: Poliittiset väkivaltaisuudet Suomessa 1918 I. »Punainen terrori». Helsinki 1966.
Salkola, Marja-Leena: Työväenkaartien synty ja kehitys punakaartiksi I. Helsinki 1985.

[46] Serlachiuksen toimista senaattorina ks. esim. Ketola 1987, 67—68. Ks. myös Paavolainen 1966, 71—72; Lindman 1968, 122—123; Torvinen 1977, 150, Tokoi 1947, 166; Salkola 1985, 177, 185.

Serlachius, Allan: Orsak och värkan i straffrätten med speciell hänsyn till begreppet skuld. JFT 1898, s. 1—12.
— Sananen nuorsaksalaisesta kriminalistikoulusta. LM 1903, s. 74—84.
— Rikollisuuden kasvaessa. LM 1904, s. 1—8.
— Alkoholismi ja rikollisuus. LM 1904, s. 59—67. (1904 a)
— Penintentiäärisiä toivomuksia. LM 1904, s. 149—162. (1904 b)
— Veljesmurhan tapahduttua. LM 1906, s. 121—132.
— Epämääräiset rangaistustuomiot. LM 1907, s. 8—20.
— Suomen rikosoikeuden oppikirja. I. osa, yleiset opit. Helsinki 1909.
— Lainopin alkeet. Porvoo 1910.
— »Uudet taivaanrannat» rikosoikeudessa LM 1911, s. 139—151.
— Suomen rikosoikeuden oppikirja. II osa (I puolisko). Helsinki 1912.
— Sananen majesteettirikoksista. LM 1912, s. 202—204. (1912 a).
— Pohjois-Amerikan lait rikollisuuden ja henkisen vaja-arvoisuuden perintönä kulkemisen estämisestä. LM 1914, 81—92.
— Yleiset päärangaistukset vastalaadittavassa Suomen rikoslaissa. LM 1920, s. 1—9.
— Ehdotus uudeksi rikoslaiksi I. Yleinen osa. Helsinki 1920.
— Ehdotus uudeksi rikoslaiksi. Helsinki 1922.
— Kapinavankien armahdus. LM 1921, s. 124—129.
— Onko rikosoikeus ilman moraalia mahdollinen. LM 1922, s. 145—152.
— Yhä yltyvä rikollisuus. LM 1925, s. 143—155.
— Rättvisan i Finland. Ett svar till Georg Branting. NTfStr 1925, s. 147—155. (1925 a)
— Arveluttava asia. LM 1926, s. 57—67.
— Puolinaiseksi jääneitä rikosoikeudellisia säännöksiä. LM 1927, s. 256—260.
— Jo on aika lopettaa ilveily. LM 1933, s. 197—201.
Siltala, Juha: Lapuan liike ja kyyditykset 1930. Keuruu 1985.
Siviiliasiaintoimituskunta-Sisäasiainministeriö 1869—1939. Muistojulkaisu. Helsinki 1944.
Suomen kansanedustuslaitoksen historia VI. Sven Lindman: Eduskunnan aseman muuttuminen 1917—1919. Helsinki 1968.
Tokoi, Oskari: Maanpakolaisen muistelmia. Isänsä muistiinpanojen perusteella kirjoittanut Irene Tokoi. Lahti 1947.
Torvinen, Taimi: Itsenäistymisen ja valtiomuototaistelun aika 1917—1919. Teoksessa Valtioneuvoston historia 1917—1966 I. Helsinki 1977.
Tulenheimo, Antti: Oikeusneuvos Allan Serlachius kuusikymmenvuotias. LM 1930, s. 85—88.
— Allan Särkilahti. Muistopuhe Suomalaisten lakimiesten yhdistyksen kokouksessa 19. 12. 1935. LM 1936, s. 1—14.
Ylikangas, Heikki: Käännekohdat Suomen historiassa. Juva 1986.
— F. E. Sillanpää ja kansalaissota. Oikeus 1988: 2, s. 137—142.

Yhteiskunnansuojelun periaatteet ja kriminaalipolitiikka

Esittelijäneuvos, oikeustieteen lisensiaatti *Hannu Kiuru*

Käsitteenä yhteiskunnan suojelu (défense sociale) on vanhaa perua. Vaarallisten rikoksentekijöiden eristämistä yhteiskunnan suojelemiseksi vaati jo Platon antiikin Kreikassa. Modernin défense sociale -liikkeen teoreettiset lähtökohdat on kuitenkin löydettävissä vasta 1800-luvun jälkipuoliskon italialaisilta positivisteilta.

1. Positiivisen rikosoikeuskoulun yhteiskunnansuojelun periaatteet

Yhteiskunnan suojelu oli positivistien lähtökohta ja toiminnan perusta. Sillä korvattiin klassisen koulun käyttämä rikosoikeudellisen vastuun käsite. Kun rikollinen käyttäytyminen johtui joko biologis-psykologisesta tai perinnöllisestä rakenteesta tai sosiaalisista tekijöistä, oli rikollisen teon asemesta tutkittava sen tekijää. Anselm Feuerbachin tähdentämä vaarallisuuden käsite sai keskeisen aseman positiivisen koulun opeissa. Cesare Lombrosolle determinismi oli johdonmukainen tulos hänen omista tutkimuksistaan (L'uomo delinquente 1876). Jos hyväksytään synnynnäisen rikollisen käsite, ei voida enää puhua rikosoikeudellisesta vastuusta. Kun etsittiin uutta legitimaatiota seuraamuksen määräämiselle, tuli määritellyksi ensimmäinen défense sociale -teoria. Enää ei ollut tuomittava rangaistuksia vaan oli suojeltava yhteiskuntaa eristämällä rikoksentekijä. Eristäminen edellytti rikollisen tietynasteista vaarallisuutta.

Raffaelle Garofalo on teoksessaan »Criminologia» (1885) pitänyt subjektiivista vaarallisuutta (temebilita) pysyvänä tilana, jonka määrittelyssä on otettava huomioon myös ennuste rikollisen vastaisesta käyttäytymisestä. Objek-

tiivinen vaarallisuus (pericolosita) on subjektiivisen vaarallisuuden sosiaalinen heijastuma. Rikossosiologisen tutkimuksen aloittaja Enrico Ferri (Sociologia criminale 1892) ehdotti rikollisten yksilöllisen käsittelyn pohjaksi näiden luokittelua (mielisairaat, synnynnäiset eli parantumattomat rikolliset, taparikolliset, tilaisuuden tullen rikollisiksi antautuvat, intohimorikolliset). Käsittely määräytyisi lääketieteellis-psykologisten tutkimusten perusteella. Myös Ferri oli deterministi. Seuraamuksen määräämistä hän perusteli sillä, että yhteiskuntaan kuuluva rikollinen oli toiminut lainvastaisesti. Kun moraalinen vastuu ei voinut tulla kysymykseen, sen tilalle oli otettava sosiaalinen. Ferri oli johdonmukaisesti sillä kannalla, että subjektiivinen vaarallisuus oikeutti määräämään seuraamuksen vain rikokseen syyllistyneelle. (Yvonne Marx 1953: 481—482.)

Rikosoikeudellisen järjestelmän saattaminen tieteistä riippuvaksi ja rikosten syiden tieteellinen tutkiminen johtivat moraalisten arvojen laiminlyöntiin. Syyllisyyden käsitteestä luopuminen saattoi seuraamusten määräämisen arveluttavalle pohjalle. Positiivisen koulun suosittamat menetelmät merkitsivät uhkaa yksilön vapaudelle ja ihmisarvolle. Räikeimmin tämä ilmeni totalitaarisissa valtioissa 1930-luvulla ja toisen maailmansodan aikana, kun turvaamistoimenpiteitä ryhdyttiin käyttämään yhteiskunnalle vaarallisiksi määriteltyjen yksilöiden eliminoimiseksi.

Positiivisen koulun myötä yksilöllinen käsittely ja rikoksentekijän persoonallisuuden tieteellinen tutkiminen tulivat nyt ensi kerran rikosoikeudenhoidon käyttöön. Kriminologinen tutkimus onkin osoittautunut välttämättömäksi pyrittäessä selvittämään, miksi yksilö tietyissä oloissa on tehnyt rikoksen. Tekijän biologinen rakenne ja elinympäristö on otettava huomioon. (Ancel 1962: 497—503; Ancel 1981 a: 185—189.)

2. Adolphe Prinsin défense sociale

Positivistien ajamia uudistuksia vauhdittamaan perustettiin 1889 Kansainvälinen kriminalistiyhdistys (Internationale kriminalistische Vereinigung, IKV). Sen 1889—1913 järjestämissä kongresseissa oli usein esillä kysymys vaarallisiin, parantumattomiin, tavanomaisiin ja tilapäisiin rikollisiin kohdistettavista toimenpiteistä. Myös ajaltaan epämääräisistä seuraamuksista keskusteltiin. Adolphe Prinsin aloitteesta tarkasteltavana oli rikoksentekijän vaarallisuuden käsite. Sillä oli hänen mielestään korvattava rikoksenuusijan ja parantumattoman taparikollisen käsitteet. (Françoise Tulkens 1986: XIV—XVI.)

Prins esitti 1910 ensimmäisen itsenäisen défense sociale -teorian (Prins 1986).

Moraalisen vastuun periaatteelle nojautuvat rikoslait olivat jättäneet yhteiskunnan riittävää suojaa vaille. Täysin syyntakeeton tai vähentyneesti syyntakeinen vaarallinen rikollinen saatettiin eristää vain hyvin lyhyeksi ajaksi. Moraalinen vastuu oli sen vuoksi korvattava rikollisen vaarallisuuteen perustuvalla kriteerillä. Prinsin suosittamien toimenpiteiden kohteena olivat vain moninkertaiset rikoksenuusijat ja epänormaalit rikolliset. IKV:n ja Prinsin puoltamia vaarallisten rikollisten eristämiseen käytettäviä turvaamistoimenpiteitä otettiin useiden maiden lainsäädäntöön maailmansotien välisellä kaudella. (Kiuru 1980: 81—83.)

3. Défense sociale -liikkeen tarkoittama yhteiskunnansuojelu

1940-luvun lopulla järjestäytyneen défense sociale -liikkeen tarkoittaman yhteiskunnansuojelun päälinjat Marc Ancel on määritellyt 1954 ilmestyneen teoksensa ensimmäisessä painoksessa. Liikkeen pääsuunnaksi tulleen uuden yhteiskunnansuojelun teoriaa Ancel on myöhemmin useissa eri yhteyksissä kehittänyt ja täsmentänyt. (Ancel 1981 a: 203.)

Ancel on pyrkinyt osoittamaan, missä kohdin rikosoikeudelliseen järjestelmään on tehtävä muutoksia. Yksilöllinen käsittely vaatii laajan seuraamusvalikoiman käyttämistä. Oikeudenkäynti ja täytäntöönpano on uudistettava. Rikosoikeudellisen vastuun käsite on määriteltävä uudella tavalla. Järjestelmästä on karsittava klassisen koulun luomat fiktiot ja muu turha juridisointi. Nykyajan rikollisuuden torjumiseen on löydettävä uusia keinoja.

3.1. Seuraamusjärjestelmän uudistaminen

Défense sociale pyrkii suojelemaan yhteiskuntaa parantamalla rikoksentekijän. Ihmisarvoa on kunnioitettava ja inhimillisen elämän loukkaamattomuus taattava. Kuolemanrangaistusta ei tule hyväksyä. Oikeudenhoito on relatiivista, ja sen täytyy aina olla valmis korjaamaan erehdyksensä. Absoluuttisia seuraamuksia ei tule käyttää.

Repressiivisen seuraamuksen käyttö on usein paikallaan, mutta hoidollisen, kasvatuksellisen ja neutraalistavan toimenpiteen soveltaminen saattaa olla perusteltua biologisesta, lääketieteellisestä, psykologisesta tai sosiologisesta syystä.

Vankilarangaistuksen tulee olla ultima ratio: sitä on käytettävä vain silloin, kun muita keinoja ei ole. Lyhytaikainenkin vapaudenriisto vaikuttaa haitalli-

sesti työhön ja perhe-elämään. Vapausrangaistus ei kohdistu vain tuomittuun vaan myös hänen läheisiinsä. Vapaudenmenetys ennen oikeudenkäyntiä ei saa tulla kysymykseen kuin poikkeuksellisesti. Englannissa menestyksellisesti käytetty lyhytaikainen ankara vapausrangaistus (sharp, short shock) voisi olla tehokas talous- ja liikennerikosten kohdalla. Myös muualla kuin vankilassa täytäntöön pantava kurinpitorangaistus, yksinkertainen tai kovennettu aresti, on hyvä seuraamus. Puolivapaus (semi-liberté) ja rangaistuksen suorittaminen viikonloppuisin olisi otettava käyttöön. Tulisi löytää vankilalle vaihtoehtoisia seuraamuksia. Sellaisia ovat vanhastaan ehdollinen tuomio ja valvonta. Sakon haittapuolena on suhtautuminen maksukyvyttömiin. Vankilaa on vältettävä. Yleinen konfiskaatio on kiellettävä, mutta erityiskonfiskaatiolla voidaan vaikuttaa rikollisuuden syihin. Yhdyskuntapalvelu ja muut työpalvelurangaistukset ovat laajalti kannatettuja. Erilaiset oikeuksien menettämiset tai rajoittamiset ja vapaan liikkumisen rajoitukset, ajokielto sekä ammatin tai liikkeen harjoittamisen kiellot ja rajoitukset, ovat itsenäisinä rangaistuksina käytössä. Défense sociale -järjestelmässä on yhteiskunnan voitava turvautua — antisosiaalista ja vaarallista käyttäytymistä vastaan — muihinkin kuin rankaisumenetelmiin. Käytössä tulee olla preventio ja rangaistuksen korvaavat toimenpiteet. (Ancel 1981 a: 255—230, 271—280.)

3.2. Rikosoikeudenkäynnin uudistaminen

Uudessa järjestelmässä tulee säilyttää laillisuusperiaate. Humanistinen lähtökohta edellyttää, että rikollista tekoa ei ole tarkasteltava pelkästään oikeudellisena käsitteenä vaan myös inhimillisen toiminnan seurauksena. Abstraktin rikoksen ohella on oikeudenkäynnin kohteeksi otettava rikoksentekijä yksilönä, jonka persoonallisuutta on tutkittava yksilöllisen seuraamuksen määräämistä varten. Rikosoikeuden tulee suojella yhteiskuntaa yksilöä suojelemalla. Rikoksia vastustavan toiminnan tulee perustua rikoksentekijöiden persoonallisuuden tutkimiseen. Rikosoikeudenhoidossa tulee ottaa käyttöön tieteidenvälinen yhteistoiminta. Tuomioistuinlaitos on organisoitava uudelleen, ja prosessioikeudelliset säännökset on uudistettava. Ammattituomareiden tulee erikoistua, ja heidän koulutustaan erityisaloilla on lisättävä. (Herzog 1954: 273—282.) Défense sociale edellyttää, että luovutaan rikosoikeudenhoidon jakamisesta tutkintavaiheeseen, oikeudenkäyntiin ja täytäntöönpanoon. Kaikkien näiden vaiheiden tulee muodostaa yksi yhtenäinen rikosprosessi, jota johtaessaan tuomarilla tulee olla apunaan eri alojen asiantuntijoita. (Ancel 1981 b: 179—182.) Rikoksesta epäiltyä, siitä syytettyä ja tuomittua sekä myös

rangaistuslaitoksesta vapautettua pitää tarkkailla ja hänen persoonallisuutensa kehittymistä seurata. Henkilötutkintaa varten on hankittava tiedot rikoksentekijän biologisesta rakenteesta, psykologisista toiminnoista ja sosiaalisesta tilasta. (Ancel 1985: 68—69.)

Common law -maissa oikeudenkäynti jakaantuu syyllisyyden toteamisvaiheeseen (conviction) ja seuraamuksen määräämisvaiheeseen (sentence). Tällaista jakoa vaatii myös défense sociale (Strahl 1957: 55—73). Lainmuutoksella on 1975 Ranskassa annettu rikostuomarille mahdollisuus lykätä syylliseksi todetulle syytetylle tuomittavasta rangaistuksesta päättämistä enintään yhdellä vuodella. (Ancel 1985: 71.)

Todisteiden hankkimisen kannalta on tärkeätä, että syyllisyysasia voidaan ratkaista viivyttelemättä. Yksilöllisen seuraamuksen määrääminen useimmiten edellyttää seikkaperäisiä tutkimuksia. Henkilötutkintaan sisältyvät tiedot eivät saisi vaikuttaa syyllisyyskysymyksen ratkaisemiseen. Common law -maissa ei mitään henkilötutkintatietoja anneta oikeudelle ennen syyllisyyden toteamista. Syytön ei kaksivaiheisessa prosessissa voisi joutua lainkaan henkilötutkintaan. Asian käsittely seuraamusta määrättäessä olisi syytetylle helpompaa, kun hänen ei enää tarvitsisi miettiä, miten hänen lausumansa vaikuttavat syyllisyyskysymyksen ratkaisemiseen. Mielentilatutkimukseen voidaan määrätä vain sellainen syytetty, jota todennäköisin perustein epäillään syylliseksi. Syytön ei tutkimukseen joutuisi, jos asia syyllisyyden osalta olisi jo ratkaistu. Tutkimusta tekevä lääkäri tietäisi, mitä asiassa on katsottu selvitetyksi. Jos muutosta haettaisiin syyllisyysasiassa, valitus olisi ratkaistavissa mielentilatutkimuksen aikana. Pääosassa juttuja kahden vaiheen käsittely tietenkään ei olisi tarpeen.

Défense sociale -järjestelmän mukaisessa oikeudenkäynnissä virallisen syyttäjän tehtäväkuvaa on perusteellisesti uudistettava. Enää ei ole kysymys syyttäjän ja vastaajan välisestä kaksintaistelusta kuten repressiivisessa rikosprosessissa. Syyttäjän tulee osallistua vastaajan persoonallisuuteen vaikuttavien tekijöiden tutkimiseen. Hänen velvollisuutenaan ei ole syyttää vastaajaa vaan pyrkiä ymmärtämään tätä ja auttaa myös tuomioistuinta ymmärtämään. Samalla tavoin kuin syyttäjän tulee vastaajan ja tämän oikeudenkäyntiavustajan toimia yhdessä tuomioistuimen apuna yhteisen päämäärän saavuttamiseksi. (Jean Graven 1950: 183—185; Herzog 1954: 281—282.)

3.3. Täytäntöönpanojärjestelmän uudistaminen

Täytäntöönpanojärjestelmälle défense sociale -liike asettaa kaksi tärkeänä pitämäänsä edellytystä, nimittäin sosiaalistamisen yksilöllisin toimenpitein ja

joustavuuden. Tuomitun yksilölliset ominaisuudet on otettava huomioon, ja niiden perusteella on vahvistettava sovellettava sosiaalistamisohjelma. Vapausrangaistuksen täytäntöönpanossa on huolehdittava siitä, että rangaistusaikaa voidaan tehokkaasti hyödyntää tuomitun yhteiskuntaan sopeuttamiseksi. Kielteisten vaikutusten vähentämiseen on pyrittävä sallimalla tuomitun pitää yhteyttä perheensä kanssa ja hoitaa ammatin harjoittamisen kannalta välttämättömiä asioita vankilastakin käsin.

On käytettävä kaikkia nykyaikaisen vankeinhoidon menetelmiä. Avolaitokset, puolivapaus (semi-liberté) ja ryhmäterapia ovat défense socialen puoltamia ratkaisuja. Vapaudessa tapahtuva täytäntöönpano on yhtä lailla yksilöllistettävä. Valvonnan on oltava ohjaavaa ja auttavaa. Rikoksentekijään ei ole pyrittävä vaikuttamaan pelkoa herättävillä uhkauksilla vaan vahvistamalla tämän omaa vastuuntunnetta.

Joustavuutta täytäntöönpano edellyttää sen vuoksi, että tuomitun jatkuvan tarkkailun perusteella tehdyt havainnot tuomitun kehittymisestä saattavat antaa aihetta käsittelytoimenpiteen muuttamiseen. (Ph. Graven 1970: 73—75.)

Käsittelyohjelmalle on määriteltävä tiukat rajat. Fyysinen ja moraalinen koskemattomuus on taattava. Ihmisyksilön manipulointi on kiellettävä ja säädettävä rangaistavaksi. Kontrollointia on kehitettävä ja lisättävä tuomioistuinten määräysvaltaa täytäntöönpanossa. Täytäntöönpanotuomarijärjestelmä on useissa maissa osoittautunut tässä suhteessa hyväksi ratkaisuksi. (Ancel 1969: 101; Ancel 1981 a: 266—267; Kiuru 1986: 93—102.)

Täytäntöönpanotuomarin ratkaisemiin asioihin voisivat kuulua seuraamuksen luonteen tai kestoajan muuttaminen, ehdonalaiseen vapauteen päästäminen, epämääräisen tuomion saaneen vapauttaminen tai pitäminen laitoksessa yli aikaisemmin määrätyn enimmäisajan, tuomitun siirtäminen tavallisesta laitoksesta erikoislaitokseen tai puolivapauteen. Täytäntöönpanotuomarin osuus ei tulisi olemaan keskeinen pelkästään laitosseuraamusten osalta vaan myös vapaudessa tapahtuvassa täytäntöönpanossa.

3.4. Vastuun käsite défense sociale -järjestelmässä

Klassinen koulu perusti oppinsa tahdonvapauden periaatteelle. Syyntakeinen rikoksentekijä oli oikeudellisesti ja moraalisesti vastuussa teostaan. Rikollisen teon sovittamiseksi hänelle oli tuomittava rangaistus. Positivistit hylkäsivät vastuun käsitteen epätieteellisenä. Heidän lähtökohtanaan oli determinismi. Rikollinen oli omista sisäisistä syistään tai ympäristön vaikutuksesta ajautunut rikoksen tekemiseen. Hän ei voinut olla teostaan vastuussa. Oli käytet-

tävä objektiivisen tai laillisen vastuun periaatetta. Eettinen tilanteen arviointi sai väistyä. Rikokseen syyllinen ei ollut vastuussa tekemisestään, eikä hänelle siis myöskään voinut tuomita rangaistusta. Mutta yhteiskuntaa oli suojeltava rikoksentekijän vaarallisuutta vastaan määräämällä hänen kohdallaan käytettäväksi asianmukainen turvaamistoimenpide.

Näiden kahden koulukunnan oppien ja nimenomaan IKV:n toiminnan pohjalta tuli turvaamistoimenpiteitä koskevassa lainsäädännössä hyväksytyksi eräänlainen välittävä kanta. Dualistisessa järjestelmässä tuomioistuimelle annettiin harkintavalta rangaistusten ja turvaamistoimenpiteiden käytön välillä. Syyntakeiset tuli tuomita rangaistukseen, syyntakeettomille oli määrättävä turvaamistoimenpide.

Moraalinen vastuu on rikosoikeudellisen järjestelmän toimivuuden keskeisiä käsitteitä. Siihen ei 1940-luvulla järjestäytynyt défense sociale -liike toimintansa alkuaikoina ollut ottanut yksiselitteistä kantaa. Jotkut näkivät liikkeessä deterministisen uuspositivismin piirteitä. Radikaalisiiven kannanottojen myötä levisi käsitys, että défense sociale suhtautuu torjuvasti rikosoikeuteen ja haluaa poistaa sekä rangaistuksen että vastuun käsitteet. Vasta Ancelin yleisesitys liikkeen opeista 1954 ja samana vuonna hyväksytty vähimmäisohjelma määrittelivät liikkeen suhtautumisen keskeisiin rikosoikeudellisiin periaatteisiin. Tukholman kongressissa 1958 tämä selkeä suuntaus lopullisesti varmisti asemansa liikkeen johdossa.

Vaikka Adolphe Prins onkin jättänyt tarkemmin määrittelemättä suhtautumisensa vastuun käsitteeseen, ei hän kuitenkaan ole ottanut siihen ehdottoman kielteistä kantaa, kuten positivistit ottivat. Prins rajoittui esittämään käsityksensä vain epänormaaleista ja tavanomaisista rikollisista, joiden eristämistä yhteiskunnasta hän vaati näiden vaarallisuuden vuoksi. Prinsiä voidaan tulkita siten, että hän ei muiden rikollisten kohdalla tarkoittanut korvata vastuuta vaarallisuudella. (Ancel 1961: 356—358, 363.)

Défense sociale vastustaa automaattista rangaistuksen määräämistä henkilökohtaisen vastuun perusteella. Seuraamuksen tulee olla tarkasti harkittu ja mahdollisimman yksilöllinen. Yksilöllisen käsittelyn tarkoituksena on tuomitun sosiaalistaminen, ja tämä voi onnistua vain, jos tuomittu tulee tietoiseksi omasta vastuustaan. Vastuu on sisäinen tunne, joka on kaikilla ihmisillä ja joka ohjaa jokaisen toimintaa. Vastuu merkitsee ihmisen tietoisuutta omasta persoonallisuudestaan silloin, kun se ilmenee hänen teoistaan. Se on myös kriteerinä syyntakeisuutta arvioitaessa. (Ancel 1981 a: 250.)

Kriminaalipolitiikan tulee rakentua vastuun periaatteelle. Tämä tarkoittaa sitä, että yksilö täytyy saada ymmärtämään velvollisuutensa, jotka hänellä yh-

teiskuntaa kohtaan on. Vastuun on oltava kollektiivista. Kun yksilö tulee tietoiseksi omasta vastuustaan, hänellä on oikeus vaatia myös muilta vastuuntunnetta näiden tekemisistä. Mikäli sosiaalistamisen tavoitteeksi asetetaan se, että rikollinen oppii ymmärtämään yhteiskunnan arvoja ja vaatimuksia, voidaan täydellä syyllä puhua vastuun pedagogiikasta. (Vérin 1980: 489—497.)

Défense socialen vastuun käsite legitimoi yksilöllisen käsittelyn ja sosiaalistamisen. Rikoksentekijän yhteiskuntaan sopeuttaminen ei voi onnistua, ellei sitä aloiteta jo rikostutkintavaiheessa ja jatketa vielä vapaudessa annettavien tukitoimien aikana. Sosiaalistamisen perustana täytyy kaiken aikaa olla rikoksentekijän sisäisen vastuuntunteen hyväksikäyttö. (Ancel 1961: 367.)

Tarkoitusta ei pidä erottaa teon vaikuttimista. Teon laatu täytyy ottaa huomioon seuraamusta määrättäessä. Vain tällä tavoin voidaan turvata se, ettei asiaa ratkaista kiinnittämällä huomio pelkästään tekijään. Défense sociale haluaakin sanoutua irti puhtaasta tekijärikosoikeudesta. Vastuu ja vaarallisuus eivät ole keskenään ristiriidassa; ne ovat molemmat ilmauksia tekijän persoonallisuudesta. Keinotekoista on turvaamistoimenpiteiden ja rangaistusten käytön perustuminen siihen, onko syytetty syyntakeinen vai syyntakeeton. Molempia seuraamuksia on käytettävä ottamalla huomioon sekä vastuu että vaarallisuus. (Ancel 1981 a: 250—251.)

Défense sociale ei hylkää vastuuta, ei rangaistusta eikä liioin rikosoikeutta. Vastuun käsitteen ottaminen sosiaalistavan käsittelyn perusteeksi merkitsee rikosoikeudenhoidon laillisuuden takaamista. Oikeusprosessin tärkeimmäksi osaksi tulee sosiaalistaminen. Vastuun subjektiivisuudesta johtuu, että sen kohteena olevan yksilön oikeudet on turvattava.

Vastuun konkreettinen käsite on tärkeässä asemassa défense sociale -järjestelmässä. Se on yksilöä ja yhteisöä suojelevan toiminnan perusta ja tunnusmerkki. Tällä toiminnalla ei pyritä ainoastaan vetoamaan moraalisiin arvoihin vaan myös uudistamaan yksilö henkisesti tukemalla hänen tulevaisuudensuunnitelmiaan. (Ancel 1961: 369—370.)

3.5. Liiallisen juridisoinnin karsinta rikosoikeudenhoidosta

Défense sociale -liikkeen keskeisiin päämääriin kuuluu apriorististen käsitteiden ja fiktioiden vastustus. Rikosoikeudellisen järjestelmän uudistukset eivät ole näkyneet vain lainsäädännön muuttumisessa vaan myös niiden teoreettisten käsitysten uudelleen muotoutumisessa, jotka ovat olleet muutosten perusteina. Rikosoikeustiede ja myöhemmin kriminologiakin ovat olleet vaikuttamassa toteutettuihin uudistuksiin. Viime vuosikymmeninä ovat yhä tärkeäm-

miksi tulleet myös kriminaalipoliittiset tutkimukset. Taistelua rikollisuutta vastaan käydään kriminaalipolitiikassa määritellyllä tavalla, ja tässä toiminnassa on rikosoikeuteen turvauduttava aina, kun se voi olla vaikuttamassa kriminaalipoliittisten tavoitteiden saavuttamiseen.

Défense sociale -liike pyrkii turhien oikeudellisten käsitteiden poistoon. Nulla poena sine lege -periaate edellyttää, että lakien sisältö on kaikkien tiedossa. Tämä nemo censetur -sääntö oli ainakin tarkoitettu kirjaimellisesti otettavaksi Ranskan vallankumouksessa käynnistyneessä rikoslain uudistuksessa, jossa päädyttiin kiinteiden rangaistusten säätämiseen.

Lainsäädännössä on tullut enenevässä määrin tavaksi liittää myös rangaistussäännös hallinnollisiin määräyksiin ja yksityistä kansalaista velvoittavia normeja koskeviin lakeihin ja asetuksiin. Kukaan ei enää voi olla perillä niistä lainsäännöksissä asetetuista velvoitteista, joita tulisi noudattaa. Käsitys rikosoikeudellisen järjestelmän yleisestävästä tehosta näyttääkin pelkästään fiktiolta. Taloudellisten rikosten kohdalla tämä on ilmennyt selvänä. Tuomitut eivät pidä tekojaan varsinaisina rikoksina eivätkä liioin koe niistä tuomittuja rangaistuksia häpeällisinä. (Ancel 1981 a: 204—207.)

Nemo censetur -säännön on katsottu velvoittavan asianomaisia valtion virastoja aktiivisempaan tiedottamiseen. Lakien tuntemista on tehokkaasti edistettävä. Jos tiedottamalla voidaan saada laki tunnetuksi ja myös ymmärretyksi ja hyväksytyksi, ei ehkä olekaan tarpeen liittää siihen rangaistusseuraamuksia. Jos tiedottaminen lyödään laimin, joudutaan lakeihin ottamaan sanktiosäännöksiä, jotka vähentävät rangaistusten pelottavaa vaikutusta ja moraalisten arvojen kunnioitusta. (Vérin 1975: 78—79.)

Fiktioksi osoittautuu sekin teoria, joka kiinnittää huomiota vain rikoksentekijän rikolliseen tarkoitukseen eikä lainkaan hänen vaikuttimiinsa. Tutkimalla tekijän tarkoituksen lisäksi hänen vaikuttimiaankin défense sociale ottaa tehdyn rikoksen ohella huomioon tekijän persoonallisuuden.

Vaatiessaan juridisoinnin vähentämistä défense sociale ei hyökkää oikeusjärjestelmää vastaan; se haluaa poistaa elävälle elämälle vieraat fiktiot ja rajoittaa juridisen analyysin ja rikosoikeudellisen dogmatiikan käyttöä normijärjestelmän kehittämisessä. Turhasta juridisoinnista luopuminen mahdollistaa tehokkaan kriminaalipolitiikan käytön rikollisuutta vastaan. (Ancel 1981 a: 211.)

3.6. Nykyajan rikollisuutta vastaan käytettävät keinot

Kriminaalipoliittisen päätöksenteon ajankohtaisia ongelmia ovat rikollisuuden jatkuva lisääntyminen ja nimenomaan uudentyyppiset väkivaltarikokset:

terrorismi, panttivankien ottaminen ja lentokonekaappaukset. Tällaisen rikollisuuden kohdalla ei yksilöllinen käsittely ja terapia tule kysymykseen. Défense sociale -liikkeen edelläkävijät Lombroso ja Garofalo vaativat vaarallisten rikollisten neutralisointia. Yleistä turvallisuutta vastaan kohdistuvan väkivaltarikollisuuden uudet muodot ovat meidän aikanamme tällaisia erityisen vaarallisia rikoksia. Yksilön vakavimpana uhkana ovat kuitenkin liikennerikokset ja työrikokset, joihin näyttää alistutun kohtalon välttämättömyydestä. Niiden ja monien muidenkin yksityiselle tai yhteisölle vaarallisten rikosten sanktiointi on riittämätön. Sellaisia ovat valkokaulusrikollisuus, vero- ja ympäristörikokset ja yksityiselämän loukkaukset. Useissa maissa rikosoikeudellisen suojan riittämättömyys johtuu viime vuosisadan maaseutu- ja agraariyhteiskuntaa varten säädettyjen rikoslakien jatkuvasta voimassaolosta.

Marc Ancel on määritellyt défense sociale -liikkeen lyhyen aikavälin tavoitteeksi preventiiviset toimenpiteet. Rikollisuuden torjunnassa on käytettävä varta vasten laadittuja ennakkosuunnitelmia, joilla mahdollisuudet rikosten tekoon pyritään estämään. Tähän uuteen preventiopolitiikkaan kuuluu myös poliisin aktivoiminen lähempään kanssakäymiseen oman piirinsä väestön kanssa ja nuorten, etenkin huumeongelmaisten, auttaminen kasvatuksellisin toimenpitein. (Ancel 1975: 15—17; Ancel 1979: 13—14.)

Väkivaltarikollisuuden kasvu on yhä useammin johtanut siihen, että rangaistuksia on ankaroitettu, muutoksenhakukeinot evätty ja puolustautumista rajoitettu. Terrorismin vastaisessa taistelussa on jopa ihmisoikeuksia loukattu. Väkivaltaa ei näillä toimenpiteillä ole pystytty vähentämään.

Pitemmän aikavälin tavoitteena tulee olla väkivallan syiden selvittäminen tutkimalla rikostilanteita kaikilla tasoilla, kuten perhepiirissä, lähiympäristössä, koulussa ja sotaväessä. Sosiaalipoliittisin toimenpitein on pyrittävä ehkäisemään väkivaltaista käyttäytymistä. On yritettävä antaa väkivallasta totuudenmukaisempi kuva kuin joukkoviestimien yleensä antama. Se herättää ensin pelkoa, sitten siihen totutaan ja lopuksi se passiivisesti hyväksytään. Sosiaalipoliittinen suojelu olisi ulotettava yksityisten kansalaisten, pienryhmien ja julkisen vallan välisiin keskinäisiin suhteisiin. On pyrittävä välttämään sosiaalisia selkkauksia. Yksilöä on autettava pitämään yhteyttä naapuriinsa, huolehtimaan työoloistaan sekä hoitamaan hallinnolliset ja oikeudelliset asiansa. Näin voidaan estää marginaalinen ja poikkeava käyttäytyminen sekä kapinointi järjestelmää vastaan. (Ancel 1979: 14.)

4. Défense sociale -liike ja Suomen rikoslainsäädäntö

Défense sociale -liikkeen toiminnan vaikutus maamme kriminaalipoliittiseen päätöksentekoon on jäänyt varsin vähäiseksi (Koskinen 1986: 51; Kiuru 1988: 105—110). Tosin Suomessa on jo ennen liikkeen järjestäytymistä toteutettu sellaisia uudistuksia, jotka heijastavat liikkeen periaatteita. Rikoslain henkinen isä Jaakko Forsman on korostanut, että rangaistuksen oikeudenmukaisuuden ohella vuoden 1889 rikoslainsäädännössä pantiin toissijaisesti painoa parannuksen periaatteelle. Hän on kuitenkin luonnehtinut rikoslakia kauttaaltan klassisen koulun hengen ja periaatteiden läpitunkemaksi. (Lahti 1977: 8.) IKV:n voimakkaasti puoltama ehdollinen tuomio toteutettiin 1918 annetulla lailla. Valvontaa ei uuteen seuraamukseen aluksi lainkaan kuulunut, eivätkä täysi-ikäisten henkilöiden valvontaa koskevat ehdotukset myöhemminkään toteutuneet. Ainoa erityisehto, jonka tuomioistuin lain mukaan saattoi liittää tuomioon, oli vahingonkorvausvelvollisuuden täyttäminen. Vasta vuonna 1940 annetulla lailla nuorista rikoksentekijöistä säädettiin, että ehdollisesti tuomitun 15—20-vuotiaana rikoksen tehneen nuoren rikoksentekijän oli oltava koetusaikana valvonnassa, ellei oikeus katsonut tuomitun ojentuvan ilman valvontaakin. (Anttila 1960: 2, 14 ja 48—49.) Vuoden 1918 laki kumottiin 1976 annetulla lailla ehdollisesta rangaistuksesta. Aikaisemman lain mukaan rangaistuksen ehdollisuutta harkittaessa oli kiinnitettävä huomiota tekijää koskeviin yksilöllisiin seikkoihin ja ennusteeseen hänen vastaisesta käyttäytymisestään. Uudessa laissa painotetaan yleisestävyyttä sallimalla ehdollinen rangaistus vain, jollei yleisen lainkuuliaisuuden ylläpitäminen vaadi rangaistuksen tuomitsemista ehdollisena. (Koskinen 1979 a: 90.)

Päiväsakkojärjestelmä, joka Suomessa toteutettiin jo 1921, on saanut défense sociale -liikkeen varauksettoman hyväksymisen (Ancel 1981 a: 278—279). Sakon suorittamatta jättäminen ei kuitenkaan saisi aiheuttaa vankilatuomiota. Sen asemesta olisi käytettävä muunlaista seuraamusta, esim. yhdyskuntapalvelua, jollainen vaihtoehto Suomessakin on suunnitteilla (Kuusama 1988: 49).

Yhteiskunnan suojelulla perusteltiin 1932 toteutettua vaarallisten rikoksenuusijain eristämistä koskevaa lainsäädäntöä. Syyllisyyttä edellyttävää rangaistusta ei katsottu riittäväksi suojaksi yleiselle turvallisuudelle vaaralliseksi osoittautunutta parantumatonta rikoksentekijää vastaan. (HE 91/1931 vp: 1, 5.) Vielä pitemmälle vietyä seuraamuksen yksilöllistämistä merkitsee nuoria rikoksentekijöitä koskeva lainsäädäntö vuodelta 1940. Yksilöllisten seuraamusten merkitystä on vähentänyt niiden kaavamainen käyttö. (Koskinen 1971: 43—47.) Pakkolaitokseen ja nuorisovankilaan määräämisestä päättävää vankilaoikeutta

Marc Ancel (1966: 256) on pitänyt hyvänä esimerkkinä oikeudellisten takeiden antamisesta täytäntöönpanolle. Vankilaoikeus tuskin kuitenkaan täyttää défense sociale -liikkeen asettamia vaatimuksia; sen ratkaisuihin ei voi hakea muutosta (Honkasalo 1956: 137).

Sodanjälkeiseltä kaudelta on osoitettavissa monia erityisestävältä kannalta merkittäviä uudistuksia: työsiirtoloiden perustaminen 1946, vankisiirtoloiden perustaminen 1954, rikoksesta ilmoittamatta, syyttämättä ja tuomitsematta jättäminen 1966, rangaistusasteikosta tai -lajista poikkeaminen 1972, yksilajiseen rangaistukseen siirtyminen ja avolaitosjärjestelmän laajentaminen 1974. Rikoksen uusimissäännöstön korvaaminen mittaamissäännöksillä 1976 sitä vastoin perustuu uusklassiseen normaalirangaistusajatteluun. Pyritään ennalta-arvattavuuteen ja korostetaan lainkäytön yhdenmukaisuutta ja yleisestävyyttä. Rangaistus on mitattava niin, että se on oikeudenmukaisessa suhteessa rikoksen vaarallisuuteen sekä rikoksesta ilmenevään tekijän syyllisyyteen. Yksilölliset rangaistukset eivät enää tule kysymykseen. (Koskinen 1979 b: 313.)

Rikosoikeuskomitea korostaa mietinnössään yleisestävyyttä ja suhtautuu torjuvasti sellaiseen yksilölliseen seuraamusvalintaan, joka perustuu käsittelytarpeeseen. Komitean käsityksen mukaan yhdenvertaisuustavoitteen kannalta olisi aiheellista poistaa kaikki ajaltaan epämääräiset seuraamukset. Tämä vaatimus koskee lähinnä pakkolaitosta ja nuorisovankilaa. (Kom. 1976: 62—68.) Rikoslain kokonaisuudistusorganisaatioon kuuluva seuraamustyöryhmä on mietinnössään 1987 harkinnut aresti- ja yhdistelmärangaistusten, varoitus- ja valvontatyyppisten seuraamusten sekä yhdyskuntapalvelun käyttöönottoa ja toimenpiteistä luopumisen soveltamisen laajentamista. Työryhmä on päätynyt kannattamaan varoitusseuraamusten ja toimenpiteistä luopumissäännöstön soveltamisalan laajentamista. Rikoslakiprojektin johtoryhmä on hyväksynyt työryhmän ehdotukset. (Rikoslakiprojektin ehdotus 1987.) Yhdyskuntapalvelun alueellisesti ja ajallisesti rajoitettua kokeilua on ryhdytty valmistelemaan (Kuusama 1988: 49). Kaikki edellä mainitut seuraamustyöryhmän harkittavana olleet vapausrangaistuksen vaihtoehdot ovat défense sociale -liikkeen periaatteiden mukaisia seuraamuksia.

Tuomitun sopeuttamista korostava hoitoideologiaksi kutsuttu kriminaalipoliittinen suuntaus ei ole Suomessa vaikuttanut seuraamusjärjestelmän uudistamiseen yhtä suuressa määrin kuin muissa Pohjoismaissa (Kom. 1976: 63). Hoitosuuntauksen viimeistä vuosikymmentä seurasi kontrollijärjestelmän uudelleen arviointia merkinnyt 1960-luku. Hoito osoitettiin tehottomaksi ja sen kohteeksi joutuneiden oikeusturva heikoksi. Yksilölliset seuraamukset loukkasivat yhdenvertaisuutta ja ennustettavuutta. Kriminologisilla tutkimuk-

silla pyrittiin osoittamaan, että rangaistuksen oikeutusta ei enää voitu perustella hoitovaikutuksella. (Anttila 1975: 278—279.)

Maamme rikoslainsäädännössä on siis toteutettu myös défense sociale -liikkeen ajamia uudistuksia. Virikkeet niihin ovat kuitenkin tulleet pikemmin pohjoismaisen yhteistyön tuloksina kuin défense sociale -liikkeen aikaansaannoksina. (Helasvuo 1969: 108.)

Lähteet

Ancel, Marc 1954: La défense sociale nouvelle. Paris.
— 1961: Responsabilite et défense sociale. La responsabilité pénale. Annales de la faculte de droit et des sciences politiques et économiques de Strasbourg VIII: 355—370. Paris.
— 1962: Social Defence. The Law Quarterly Review 1962: 497—503. London.
— 1966: La défense sociale nouvelle. Deuxième édition revue et augmentée. Paris.
— 1969: Privation de liberté et traitement de la délinquance. Svensk Juristtidning 1969: 90—101. Stockholm.
— 1975: Vingt-cinq ans de défense sociale. Paris.
— 1979: La défense sociale devant la criminalité moderne. Bulletin 1979: 9—14.
— 1981 a: La Défense sociale nouvelle. Troisième édition entièrement révisée. Paris.
— 1981 b: Le Xe Congres international de défense sociale: point d'arrivèe et point de depart. Revue de Science criminelle et de Droit pénal comparé 1981: 927—930. Paris.
— 1985: La défense sociale. Que sais-je? 2204. Paris.
Anttila, Inkeri 1960: Laki ehdollisesta rangaistustuomiosta. Suomen Lakimiesliiton kirjasarja n:o 13. Helsinki.
— 1975: Rikosoikeuden uusi linja. Juhlajulkaisu Urho Kaleva Kekkonen 1900 - 3/9 - 1975: 278—287. Helsinki.
Graven, Jean 1950: Introduction à une procédure pénale rationnelle de prévention et de défense sociales. II. Revue pénal suisse 1950: 170—199. Bern.
Graven, Philippe 1970: La répression pénale selon l'optique de la défense sociale. Revue pénal suisse 1970: 37—85. Bern.
HE = Hallituksen esitys 91/1931 valtiopäivät.
Helasvuo, Kaarlo 1969: Ken oikeutta maassa saa. Kriminaalipolitiikan tarkastelua. Jyväskylä.
Herzog, Jacques-Bernard 1954: Pour une juridiction de défense sociale. L'individualisation des mesures prises l'égard du délinquant: 273—282. Paris.
Honkasalo, Brynolf 1956: Uusin kriminaalipoliittinen liike. T. M. Kivimäen juhlajulkaisu: 129—142. Vammala.
Kiuru, Hannu 1980: Défense sociale -liikkeen lähtökohtia ja periaatteita. Rikosoikeudellisia kirjoitelmia IV: 79—90. Vammala.
— 1986: Tuomari ja rangaistusten täytäntöönpano. Täytäntöönpanotuomarin tehtäväkuva. Rikosoikeudellisia kirjoitelmia V: 93—102. Vammala.
— 1988: Défense sociale -liike. Lähtö- ja taitekohtia. Lisensiaattitutkimuksen käsikirjoite. Helsingin yliopiston rikos- ja prosessioikeuden laitos.
Kom. 1976: Rikosoikeuskomitean mietintö 1976: 72. Helsinki.

Koskinen, Pekka 1971: L'individualisation judiciaire dans le droit pénal finlandais en vigeur. Les techniques de l'individualisation judiciaire. Rapport nationaux et particuliers. VIII Congrès international de défense sociale: 43—47. Roma.

— 1979 a: Rikosoikeuden viimeaikaisista uudistuksista ja kehitysnäkymistä I. Defensor legis 1979: 83—95.

— 1979 b: 80-luvun rikosoikeus. Lakimies 1979: 313—319.

— 1986: Die Neuformulierung des Minimalprogramms der Défense Sociale — Kommentare und Vorschläge. Cahiers de défense sociale 1986: 51—53. Bamberg.

Kuusama, Leena 1988: Uutta lainsäädäntöä. Uusi Kriminaalihuolto 4/1988. Helsinki.

Lahti, Raimo 1977: Suomen rikosoikeudellisen seuraamusjärjestelmän kehitysvaiheista. Turun yliopiston rikos- ja prosessioikeuden julkaisusarja A n:o 3. Turku.

Marx, Yvonne 1953: Introduction comparative au problème de l'état dangereux. Le problème de l'état dangereux. Deuxième cours international de criminologie: 481—495. Paris.

Prins, A. 1986: La défense sociale et les transformations du droit pénal. Reprint de 1910. Genève.

Rikoslakiprojektin ehdotus 1987 = Vankeusrangaistuksen vaihtoehdoista. Rikoslakiprojektin seuraamustyöryhmän mietintö ja johtoryhmän mietinnöstä antama lausunto. Oikeusministeriön lainvalmisteluosaston julkaisu 4/1987. Helsinki.

Strahl, Ivar 1957: Bør avgjørelsen av reaksjonsspørsmålet henlegges til specielle organer? Nordisk tidsskrift for kriminalvidenskab 1957: 55—73. København.

Tulkens, Françoise 1986: Un chapitre de l'histoire des réformateurs. Introduction. Teoksessa A. Prins: La défense sociale et les transformations du droit pénal.

Vérin, Jacques 1975: La défense sociale contre les fictions. Aspects nouveux de la pensée juridique. II: 73—84. Paris.

— 1980: Pedagogie de la responsabilité. Revue de Science criminelle et de Droit pénal comparé 1980: 489—497. Paris.

Mitä satavuotiaan tilalle?

Oikeustieteen tohtori *Antti Kivivuori*

Vuoden 1888 valtiopäiville annettiin esitys yleiseksi rikoslaiksi (esitys 1/1888). Toukokuussa 1988 annettiin eduskunnalle hallituksen esitys rikoslainsäädännön kokonaisuudistuksen ensimmäisen vaiheen käsittäväksi rikoslain ja eräiden muiden lakien muutoksiksi (HE 66/1988). Muutosesityksen tarkoituksena oli uudistaa omaisuus-, vaihdanta- ja talousrikoksia koskevat sääntelyt.

Seuraavassa selailen muutosesityksen säännösehdotuksia ja niiden perusteluja. En juurikaan kajoa ratkaisujen sisältöön. Yritän lukea, mistä tahdotaan rangaista. Pohdin, mitä perustelut kertovat säännösehdotusten tarkoituksesta ja sisällöstä. En ole asiantuntija.* Näkökulmani on kansalaiskeskeinen, Suomesta tuomarivaltiota rakentavien mielitermiä toiseen yhteyteen lainatakseni. Rikosoikeutta tunteva pystyy varmasti selittämään useatkin pakinanomaisista silmäilyistäni 'oikealle tolalle'. Rikoslaki virallisine perusteluineen ei kuitenkaan saa vaatia oppiteorian tai oikeustapausten tuntemusta. Siksi olen koonnut tähdenvälejä kertaluonteisen katselun pohjalta tutkimukseen tähtäämättäkään.

Rikoslain juhlavuoden takia olen selannut vain sellaisia esityskohtia, joita vastaavia sisältyi jo alkuperäiseen rikoslakiesitykseen (1888). Lakiesitysten perusteluja ei käy luontevasti vertaaminen, sillä muutosesityksen (1988) perustelut ovat laajat, kun taas satavuotiaan esityksen perustelut käsittivät vain joitakin yleisiä näkökohtia sekä viittaukset vuonna 1864 hyväksyttyihin rikoslain perusteisiin sekä komiteoiden mietintöihin (1875, 1884), jotka jaettiin erikseen valtiopäivien jäsenille. Lakiesitysten sisältämien säännösehdotusten ilmaisua sopii vertailla, kunhan muistaa, että vuosisata erottaa ne yhteisöt toisistaan, joille ehdotukset oli elämänsäännöiksi tarkoitettu.

---

* Eikä kirjoitukseni missään suhteessa edusta minkään viranomaisen kantaa.

Varkaus ja kavallus

Vuonna 1888 haluttiin varkaana tuomita se, joka varastaa »tavaraa tai rahaa», vuonna 1988 se, joka varastaa »irtainta omaisuutta». Uuden kaavailun mukaan irtainta omaisuutta olisivat muun muassa »kiinteistön maapohjan osat» mutta eivät »saamisoikeudet» taikka »sähköiset (tilillä olevat) varat». Irtainta omaisuutta ei liioin olisi sähkö tai lämpö, mutta »sähköön tai lämpöön, joka on saatettu taloudellisesti hyväksi käytettävään muotoon», pitäisi sovellettaman, »mitä irtaimesta omaisuudesta on säädetty». Varkausrikoksia koskevan luvun perusteluissa ei puhuta mitään nykyajan maksuvälineistä, käteisen rahan rinnalle tulleista maksuvälineistä, vaikka maksuvälinerikoksia koskevan luvun perusteluissa teemasta puhutaan paljon ja viitataanpa luottokorttianastuksiinkin (s. 152). Satavuotias tuntuu siis sanovan asiansa etevämmin. Tavarasta rohkenee uusi kauppalakikin (1987) puhua (Sevón/Wilhelmsson/Koskelo: Kauppalain pääkohdat, 1987, s. 16).

* * *

Muutosesityksen mukaan varkautta on anastaminen »toisen hallusta» (kuten jo 1972 alkaen). Perustelujen mukaan (s. 35) haltuun ottamista ei ole tavaroiden siirtäminen kaupan ostoskoriin mutta »esimerkiksi tavaroiden piilottaminen vaatteisiin tai laukkuun on jo haltuun ottamista». Muutosesitysten laatija näyttää edellyttävän kuluttajalta analyyttisen oikeusajattelun hallintaa: sijoittaminen ostoskoriin merkitsee relaatiossa asiakas/kauppias muuta kuin relaatiossa asiakas/asiakas. Jollei näin tilannetta arvosteltaisi, saattaisi asiakkaiden välillä syntyä uhkaavia tulehduksia.

* * *

Varkauden kohteella »ei välttämättä tarvitse olla taloudellista arvoa» (s. 36). »Riittää, että kohteella on omistajalleen esimerkiksi tunnearvoa, joka myös muiden ihmisten taholta tunnustetaan. Ehdotuksen mukaan esimerkiksi henkilöllisyystodistusten, passien, karttuvien talletustilien vastakirjojen ja shekkilomakkeiden tapaiset esineet voisivat riidattomasti olla varkausrikoksen kohteina.» Perustelujen laatija on tulkinnut aikaansa viiltävästi: talletuskirjojen ja shekkilomakkeiden tunnearvo myönnetään »ihmisten taholta».

* * *

Törkeästä varkaudesta tuomittaisiin, jos anastetaan »erittäin arvokas omaisuus». Perusteluissa luonnehditaan omaisuuden arvokkuutta yksinomaan taloudellisin mitoin, markkalukemina. Tunnearvo tai muu aineeton arvo ei näytä tekevän omaisuudesta »erittäin arvokasta» (perintökalu, valokuvakansio, päiväkirja, 1000-sivuisen väitöskirjan ainoa käsikirjoitus), vaikka talletuskir-

jojen ja shekkilomakkeiden tunnearvon selitetäänkin kelpaavan varkausrikoksen kohteeksi. Vahingontekorikoksia esiteltäessä tunnearvotkin asetetaan (s. 126) rangaistussuojan piiriin. — Rahan varastaminenkin luokitetaan »omaisuuden» varastamiseksi, paljon rahaa olisi ilmeisesti »erittäin arvokas omaisuus»; törkeän kavalluksen tunnusmerkiksi kylläkin piirretään »erittäin arvokas omaisuus tai suuri määrä varoja».

* * *

Törkeästä varkaudesta tuomittaisiin, jos »rikoksen uhrille aiheutetaan tämän olot huomioon ottaen erityisen tuntuvaa vahinkoa». Käsite 'vahinko' tuo sääntelyyn piirteitä, joita muutosesityksen perustelut eivät onnistu juurikaan valaisemaan. Varkauden ydintä ilmentänee näkemys, että varkaudella tarkoitetaan siirtää vääriin käsiin tavaran tai rahan omaisuusarvot, jolloin haltija menettää suunnilleen sen, mitä varas saa. Haltijan ydinvahinkona on siis tässä katsannossa kohteen menetys. Mutta termi 'vahinko' tuo kuvaan lisäpiirteinä a) itse rikoksenteon aiheuttamat 'oheisvahingot' (särkynyt ikkuna, murrettu ovi, liatut paikat, lämpövauriot) sekä b) hyödykkeen menetykseen liittyvät 'välilliset' vahingot (saamatta jäänyt hyöty, lähiön lukkojen vaihtotyöt kun huoltomieheltä on varastettu avainnippu, matkan estyminen varastettujen lippujen myötä jne.). Vahingosta saatavan vakuutuskorvauksen merkityksestä ei perusteluissa lausuta sanaakaan.

Viittausta uhrin olosuhteisiin ja vaatimusta erityisen tuntuvasta vahingosta selitetään perusteluissa (s. 37) suhteuttamiseksi 'uhrin' — tunnepitoinen sana muuten — varallisuuteen ja elinoloihin, jolloin erikseen mainitaan uhrin vähävaraisuus. Vähävaraiselta varastaminen on nähty vankempaa rangaistusuhkaa kaipaavaksi. Sosiaalinen asetelma täydentyy, kun siirrytään kolmanteen törkeän varkauden tunnusmerkkiin.

* * *

Törkeästä varkaudesta tuomittaisiin rikoksentekijä, joka »käyttää hyväkseen rikoksen uhrin avutonta tai hädänalaista tilaa». Keitä 1980-luvun lopun Suomessa ovat »avuttomat ja hädänalaiset»? Perustelujen mukaan (s. 37) avuttomina ja hädänalaisina pidetään »ennen kaikkea» vanhuksia, sairaita, lapsia ja syrjäseudulla yksin asuvia. Kun kesällä katselin mökkini ikkunasta Suomen ja Neuvostoliiton rajan tuolla puolen aukeavia Karjalan salomaita, en tuntenut itseäni avuttomaksi enkä hädänalaiseksi, vaikka vietin kesälomaani yksin ja vaikka eteläisen Kiteen Närsäkkälä lienee »syrjäseutua» (naapurin isäntää vastaan tallusteli keväällä karhu).

Tilasta puheenollen: perusteluissa ei puhuta viinaa juoneista, jotka saattavat olla hädänalaisia tai ainakin avuttomia, jolleivät suorastaan sammuneita,

vuoden 1888 esityksen runollisin sanoin »kedolla nukkuvia». Heiltähän usein varastetaan.

* * *

Törkeästä varkaudesta tuomittaisiin »rikoksentekijä tai osallinen, joka teon toteuttamista varten varustautuu ampuma-aseella, räjähdysaineella taikka muulla näiden kaltaisella vaarallisella välineellä». Rikosta hankkivan edellytetään siis varustautuvan varkautta varten ampuma-aseella. Kun aseen käyttäminen tekee teosta ryöstön, eikö tuossa varustauduta pikemminkin ryöstöön? Toisaalta ryöstöä pidetään törkeänä, jos siinä käytetään ampuma-asetta tai teräasetta. Törkeää varkautta koskevan säännöksen perusteluissa ei puhuta sanaakaan teräaseesta, vaikka maassa on (vuodesta 1977) teräaselakikin.

Säännöksen muotoilulla halutaan estää tavallisen kunnollisen ja ammatillisesti pätevän murtomiehen liian ankara kohtelu. »Nykyajan käsityksiä tuskin vastaa, että varkautta yleensä olisi pidettävä törkeänä jo sillä perusteella, että tekijä rikoksen tekemistä varten on varustautunut tavanmukaisilla murtovälineillä» kuten pihdeillä ja taltalla (s. 37—38). Yhdyn »nykyajan käsityksiin». En huolestu, jos töihin lähtiessä vastaani tulee mies, jolla on kädessään pihdit ja taltta. Pihdeillä ei saa otetta huoneistoni ulko-ovesta, jossa ei ole mitään ulokkeita, eikä talttakaan kerrostalon portaikossa vaikuta vihamieliseltä.

* * *

Törkeästä varkaudesta tuomittaisiin vielä sekin, joka murtautuu asuttuun asuntoon. Maaseudulla ei ole tapana aina pellolle, metsään tai kaupalle lähdettäessä taikka yöksikään lukita ovia. Muutosesityksen perusteluihin viitaten saattaisi kysyä, eikö asuttuun mutta tyhjään ja lukitsemattomaan taikka asuttuun mutta lukitsemattomaan asuntoon tunkeutuminen ja varastaminen sieltä merkitse a) kotirauhan loukkausta, b) erityistä turvattomuuden tunnetta sekä c) pelkoa väkivallasta? Vuoden 1888 esityksen mukaan taskuvarkaudestakin rangaistiin ankarammin kuin tavallisesta varkaudesta.

* * *

Törkeää varkautta koskevan säännöksen mukaan vaaditaan aina sitäkin, että varkaus »on myös kokonaisuutena arvostellen törkeä». Mitä seikkoja arvostellaan, kun arvostellaan varkautta »kokonaisuutena», sitä ei selitetä perusteluissa, ei yleisperusteluissa (s. 19) eikä erityisperusteluissa (s. 36). Sen sijaan toisaalla (s. 38) todetaan näpistämisen luokittuvan varkaudeksi, jos näpistäjä rikkoo »tuhansia markkoja maksavan myymälän ikkunan». Sen lisäksi että luonnehdinta kertoo tekokategorian vakavoituvan rikosympäristölle aiheutetun vahingon ja samalla 'kokonaisuutena arvostelemisen' myötä, se sanoo

jotakin siitä, mitä 'kokonaisuutena arvostelemisella' tarkoitetaan (vrt. rikoslain 6 luku).

* * *

Muutosesityksessä on omaksuttu ajatuskuvio, jonka mukaan kokonaisarviointi voisi vain pudottaa teon »perusrikoksesta» keveämpään kategoriaan, kun taas »perusrikoksesta» raskaampaan kategoriaan siirryttäisiin vain täsmällisen teonpiirteen esiintyessä tapauksessa. Ideana on (s. 19) vaatia tarkkuutta (ennakoitavuutta), jos rangaistaan »normaalia ankarammin». Tämä myyttinen merkillisyys vaatisi kertomaan, millä perusteilla 'perusrikos' valikoituu.

* * *

Näpistystä koskeva säännösehdotus ilmentää sekin ajatusta, että rangaistavuuden sääntely saa jäädä epämääräiseksi, jos se näyttäytyy ikäänkuin lieventymisenä jostakin lähtötasosta, 'perusrikoksesta'. Kehitys jumalhämärään jatkuukin johdonmukaisena: ensin (1888) ratkaisi varastetun vähäinen arvo, sitten (1972) arvo, tekotapa ja motiivi, ja nyt (1988) »huomioon otetaan» anastetun arvo tai »rikokseen liittyvät seikat» ja vielä »kokonaisuutena arvostellen».

* * *

Kavallusta koskevan säännöksen perustelut tietävät joidenkin varojen tulevan »siviilioikeudellisesti» kavaltajan omaisuudeksi »sen jälkeen kun ne on liitetty hänen varoihinsa». Perustelut tuntevat myös »velvoiteoikeudellisen tilitysvelvollisuuden, joka syntyy varojen muuttuessa liittämisen kautta tekijän omaisuudeksi» (s. 41). Historian siipien havinaa.

* * *

Kavallusta koskevassa säännöksessä puhutaan »erehdyksen kautta» saaduista varoista. Eikö sanojen järjestyksen pitäisi olla »kautta erehdyksen», genom misstag?

* * *

Jos käyttää »toimeksiannon perusteella tai muulla sellaisella tavalla» haltuunsa saamiaan varoja tai »niiden tilalle tulleita varoja» tilitysvelvollisuuden vaarantavasti, tekee itsensä vikapääksi kavallukseen. Milloin raha tulee toisen tilalle? Kun vaihtaa rahan pienempään tai suurempaan, otaksun. Entä muulloin?

* * *

Useassa säännöksessä käytetään rakennetta 'huomioon ottaen A *tai* B'. Eikö kaikissa tarkoitetuissa tilanteissa arviomiehen (tuomarin) pitäisi ottaa huomioon molemmat tekijät ja antaa kummallekin sellainen arvo, mikä kulloinkin kuuluu?

Ryöstö ja kiristys

Ryöstöstä tuomittaisiin se, joka anastaa omaisuutta tai pakottaa toisen luopumaan »taloudellisesta edusta». Kun taloudelliseksi eduksi saattaa hyvin luokittaa ihmisten kaikenlaiset mahdollisuudet, taidot, tiedot ja tilanteet, sijoittuu ilmaisu 'taloudellinen etu' sekin suureen jumalhämärään, josta ryöstöä haikaileva pieni ihminen ei sitä hevin löydä (s. 97).

* * *

Törkeään kiristykseen syyllistyisi se, joka »käyttää häikäilemättömästi hyväksi toisen erityistä heikkoutta tai muuta turvatonta tilaa». Häikäilemättömyys on laskelmoivaa ja keinoista piittaamatonta menettelyä, valaistaan perusteluissa. Erityisestä heikkoudesta kärsiviä tai turvattomassa tilassa ovat perustelujen mukaan vanhukset, sairaat, vammaiset ja erilaiset laitoshoidokit. Törkeän varkauden uhriryhmiin luetuista eivät tähän joukkoon mahdu lapset ja syrjäseudulla yksin asuvat. He voivat olla hädänalaisessa tai avuttomassa tilassa mutta eivät tyypillisesti turvattomassa tilassa. Kun törkeän varkauden tyypillisenä uhritahona ei mainittu päihtyneitä, he näyttävät nyt saavan — laitostilaan jouduttuaan — tehostettua suojaa kiristämiseltä, koska laitoshoidokit nimetään. Laitoshoidokit nimeämällä sivutaan myös käytännössä merkittävää kiristämisen miljöötä, vankiloita (laki rikosvahinkojen korvaamisesta 8 §).

Kätkemisrikokset

Nimikkeenä sana »kätkemisrikos» tuo mieleen lapsuuden piiloleikit. Lapsuutta edeltäneen ajan tuo mieleen ilmaisu »ryhtyä omaisuuteen». Kiinteistöjä ei lapsena ollut tapana piilottaa, kätkemisrikoksen kohteena voisi olla myös kiinteä omaisuus (s. 103, 105). Toisaalta kätkemisrikoksiin ei kuulu minkäänlainen ihmisen piilottelu vaikka luulisi (vrt. RL 16: 20).

* * *

Ammattimaista anastetun omaisuuden välittäjää kunnioitetaan yli neljän vuoden vankeudella mutta ei ammattimaista varasta tai ryöstäjää taikka pettäjän tietä kulkevaa kauppiasta. Liian ankaria ei haluta olla »tavanomaiseen kätkemisrikokseen» eksyneellekään. »Tavanomaisuus näet osoittaa vain rikoksentekijään juurtunutta tapaa toistaa tietyn tyyppisiä rikoksia», selittävät perustelut (s. 103), sosiobiologisesti.

* * *

Rikosnimike »kätkeminen» katkoo uudelleen tuottamuksellisen kätkemis-

rikoksen sääntelyssä, koska tuottamuksesta on vähän paha kätkeä. Niinpä tuottamuksellisen kätkemisrikoksen teonkuvauksessa ei esiinnykään verbi 'kätkeä', vaikka nimikkeessä esiintyykin.

Väärennys

Väärennysrikosten sääntelyn keskeiseksi termiksi on valittu »todistuskappale», joka myös erityisellä säännöksellä määritellään (33: 6). Määritelmä näyttää sitovan väärennysrikoksen kohteen esineisiin, jotka ovat syntyneet intentionaalisesti ilmaisuksi jostakin tosiasiasta. Sana »todistuskappale» tuntuu minusta kattavan tarkoitettua selvästi laajemman alueen. Sormenjälkien pyyhkiminen taikka väärän näytteen (jätevesi, doping-testi) antaminen?

* * *

Vierauden tuntua herättävät ilmaisut »lievä väärennys» (33: 3), »väärennysaineisto» (33: 4) ja »maasto-olosuhteiden todistaminen» (33: 5).

Petos ja epärehellisyys

»Petosta olisi virheellisen tavaran myyminen virheettömästä», ilmoitetaan perusteluissa (s. 131). Luultavasti tarkoitetaan, että virheellinen tavara on myyty virheettömänä (vrt. »hän myi taivasosuutensa hernerokasta»; hernerokka on taivasosuudesta saatu vastike eikä sille annettu väärä nimi). Joka tapauksessa perustelut ovat kliinisen puhtaat kaikesta talouden toimintaperiaatteisiin liittyvästä pohdistelusta sekä elämänalueen sääntelykokonaisuudesta (kuten kuluttajansuoja, tuotevastuu, elinkeinovalvonta jne.; vrt. Ulla Reinius: Om svindleriparagrafen. Dagens Nyheter 3. 10. 1989).

* * *

Perustelutyyliä (s. 132):

> »Toisen henkilön erehdyksen passiivinen hyväksikäyttäminen voisi toteuttaa petoksen tunnusmerkistön ainoastaan silloin, kun hyväksikäyttäminen tapahtuu oikeudettoman hyödyn hankkimiseksi tai toisen vahingoittamiseksi. Ellei hyväksikäyttäjällä ole erityistä oikeudellista velvollisuutta vastapuolen erheellisen mielikuvan poistamiseen, hänen vaikenemisensa tuskin voitaisiin katsoa osoittavan pyrkimystä *oikeudettoman* hyödyn hankkimiseen tai toisen vahingoittamiseen. Tällainen velvollisuus toisen erehdyksen oikaisemiseen voisi perustua joko lain säännökseen taikka asianomaisen omaan edellä käyneeseen toimintaan.»

Yhtään esimerkkiä tuollaisista lain säännöksistä taikka luonnehdintaa tilanteista, joissa »asianomaisen oma edellä käynyt toiminta» velvoittaisi erehdyksen oikaisemiseen, ei kehältä kuulostavassa tekstissä esitellä.

* * *

Perustelutyyliä (s. 132):

> »Vahinko voisi aiheutua myös sille, jonka eduista erehtyneellä henkilöllä on ollut mahdollisuus määrätä. Ehdotus ei siis edellyttäisi varsinaista sopimukseen perustuvaa toimeksiantosuhdetta erehtyneen ja vahingonkärsijän välillä. Oikeuselämässä ilmenee järjestelyjä, joissa joillakin henkilöillä on ilman eri valtuutustakin tosiasiallinen mahdollisuus määrätä toisten taloudelliseen asemaan välittömästi vaikuttavista seikoista. Esimerkkinä nykyisestä oikeuskäytännöstä voidaan mainita pankin antaman lunastustakuun alaisen maksuvälineen väärinkäyttö. Tällöin erehdyttäminen voi kohdistua kauppiaaseen, mutta vahingon kärsii joko pankki tai pankin asiakas siitä huolimatta, etteivät kauppias ja vahingonkärsijä ole sopimussuhteessa keskenään. Mainitut tapaukset arvosteltaisiin tosin ehdotetun maksuvälinepetosta koskevan säännöksen mukaan, mutta vastaavia järjestelyjä saattaa esiintyä muuallakin.»

Sääntelyä havainnollistetaan siis yhdellä esimerkillä, mutta kerrotaan, ettei sääntely sitä kuitenkaan koskisi. Vahingonkärsijän ja erehdytetyn välisen suhteen kuvaus vaikuttaa avuttomalta.

* * *

Tekevätkö ne sen itse? »Kansalaisen on voitava luottaa pankinjohtajaan enemmän kuin kadulla satunnaisesti tapaamaansa henkilöön.» (s. 135).

* * *

Petos olisi törkeä, jos käytetään hyväksi »toisen erityistä heikkoutta tai muuta turvatonta tilaa». Perusteluissa (s. 135) tosin viitataan sairaiden ja vanhusten pettämiseen, mutta puhe ihmisen »heikkoudesta» tuntuu vievän ajatuksen ihmisen mielihaluihin: lihan heikkous taikka heikkous »makean perään».

* * *

Palvelupetokseen syyllistyy se, joka »ketään erehdyttämättä» »hankkii pääsyn kulkuvälineeseen», esimerkiksi se, joka »menee junaan salaa» (s. 136). Saatan kuvitella rikoslakiprojektin johtoryhmän pyrkimässä salaa paikallisjunaan Helsingin asemalla. Talvisaikaan »pääsyn hankkiminen» vaatii, että osaa avata junan oven ulkoseinällä olevasta kahdesta napista oikeaa painamalla, kesäaikaan »pääsyn hankkiminen» junaan ei ole yhtä vaativaa, koska ovia pidetään auki.

* * *

Perustelujen mukaan palvelupetokseen syyllistyy sekin, joka »tilaa vesijoh-

toliikkeestä korjausmiehen suorittamaan korjaustyötä» mutta pyrkii »erehdyttämään vesijohtoliikettä esimerkiksi ilmoittamalla virheellisen laskutusosoitteen». Tällainen palvelupetos ei olisi ovelimmasta päästä paitsi jos oletetaan, että tilaaja ilmoittaa väärän osoitteen myös korjaustyölle.

* * *

»Maksamatta jättämisen ajatus voisi syntyä esimerkiksi ravintola-ateriaa nautittaessa tai maksullisen tilaisuuden pääsylippujonossa, kun sopiva tilaisuus tarjoutuu.» Ravintolaesimerkki osoittaa, että lainlaatija osaa halutessaan eläytyä ihmisen arkeen. Vielä todellisempi olisi ollut havainto, että 'maksamatta jättämisen ajatus voisi syntyä esimerkiksi ravintolassa tarjoilijan tuotua laskun nautitusta ateriasta'. Tässä aterian vaiheessa palvelupetoksen tekeminen on kyllä operatiivisesti hankalampaa.

* * *

Rikosnimike »luottamusaseman väärinkäyttö» ei luontevasti kuvaa puhdasta laiminlyöntiä, tehtävien tekemättä jättämistä.

* * *

Luottamusaseman väärinkäyttäjiksi sopivia luonnehditaan (s. 137) näin:

> »Rikoksen tekijöinä tulisivat kysymykseen myös henkilöt, joiden tehtävänä on hoitaa jonkin yhteisön asioita. Tähän ryhmään kuuluisivat ensinnäkin ne henkilöt, jotka on asetettu yhteisön hallintoelimiin nimenomaisena tehtävänään hoitaa yhteisön asioita, siis esimerkiksi yhteisön hallituksen jäsenet ja toimitusjohtaja. Kysymykseen tulisivat myös hallintoelimien ulkopuolella olevan henkilöt, joille on annettu toimeksi hoitaa oikeushenkilön asioita esimerkiksi rahastonhoitajana.»

Neste Oy:n ja Nokia Oy:n 'rahastonhoitajat' havainnevat, ettei rangaistussääntelyä ole koottu yhteisöoikeuden tai talouselämän tuntijoiden työpajoissa.

* * *

Luottamusaseman väärinkäytön rangaistavuutta selitetään (s. 137—138) myös seuraavasti:

> »Ehdotettu säännös ei ole yleensä tarkoitettu sääntelemään työntekijän ja työnantajan välistä suhdetta. Poikkeuksellisesti työntekijällä saattaisi olla ehdotetussa säännöksessä edellytetty luottamusasema, jos hänen toimenkuvaansa kuuluu, että hän voi itsenäisesti ja työnantajaa sitovin vaikutuksin päättää joistakin tämän taloudellisista tai oikeudellisista asioista.»

Perusteluissa ei mitenkään suhteuteta tätä rangaistussääntelyä niihin rangaistavuus- ja yleensä vastuunalaisuusperiaatteisiin, joiden on tarkoitettu tai tulkittu nykyisin sääntelevän yhteisörakenteita. Esimerkiksi työturvallisuus-

alueella on äskettäin uudistettu muun muassa työnjohtoportaan rangaistusvastuun sääntöjä (HE 81/1985 vp. s. 10—11).

* * *

Kiskontasääntelyä (36: 6) selostetaan perusteluissa (s. 139):

> »Ehdotuksessa tarkoitetun taloudellisen hyödyn olisi oltava selvästi epäsuhteessa vastikkeeseen eli luvattuun vastasuoritukseen. Yksittäisessä tapauksessa tulisi arvioitavaksi, onko suorituksen ja vastasuorituksen välillä selvä epäsuhde osapuolten olosuhteet huomioon ottaen.»

Niin tulisi.

* * *

Perusteluissa (s. 139) todetaan edelleen, että kiskontasäännöksessä »tarkoitettu taloudellinen etu olisi hankittava tai edustettava jonkin sopimuksen tai muun oikeustoimen yhteydessä. Se voisi sisältyä itse sopimusehtoihin, mutta se voitaisiin saada myös sopimusneuvotteluissa tai muutoin sopimuksen tekemisen yhteydessä. Edun hankkiminen merkitsisi edun lopullista haltuunottamista.» Miten sopimusneuvotteluissa hankitaan taloudellinen etu, joka ei näy itse sopimuksen ehdoissa? Ehkäpä tarkoitetaan neuvottelutilanteessa tarjottavaa kestitystä, sen »lopullista haltuunottamista».

* * *

Jälkikiskonnaksi nimetyn rikoksen luonnehdinta perusteluissa (s. 139) vaikuttaa kaikin puolin eteeriseltä.

Maksuvälinerikokset

Rikosnimikkeenä »maksuvälinerikos» toi mieleen radiotoimittaja Usko 'Peliväline' Santavuoren, jonka lisänimi tuli siitä, että hänellä oli tapana jalkapalloottelua selostaessaan sanoa palloa pelivälineeksi.

* * *

> »Rahan väärentämisellä tarkoitettaisiin sellaisen muutoksen tekemistä käypään rahaan, jonka johdosta raha antaa erehdyttävän kuvan arvostaan maksuvälineenä. Esimerkiksi metalliraha voidaan päällystää aineella, joka tekee rahan suurempiarvoisen rahan näköiseksi, tai setelin arvoa osoittavat numerot voidaan muuttaa suuremmiksi.»

Nämä esimerkit pakottavat ajattelemaan tuotantoteknisiä ja uhripsykologisia mietteitä.

* * *

> »Rahan väärentämistä olisi ehdotuksen mukaan myös rahan vajentaminen. Sillä tarkoitetaan metallirahan arvon vähentämistä leikkaamalla, viilaamalla tai jollakin muulla tavalla.»

Kun säännösehdotuksissa ei lainkaan käytetä sanaa »vajentaminen», perusteluselitys saa kulttuurihistoriallisen liittymän luonteen. Asiaan kierrytään 1930-luvun alussa lakitekstiin omaksutun ja nyt siitä siis poistumassa olevan vieraantuntuisen termin kautta. Vielä arvokkaampi kulttuurihistoria tallennetaan verbeihin »leikata» ja »viilata», nehän ovat olleet rikoslaissa vuosisadan verran. Rangaistavuuden taltioiminen lienee paikallaan. Ihmisille tulisi sukkela olo, jos saisivat pankista tai kaupasta metallirahaa, josta on leikattu viipale (segmentti) tai lohko (sektori) pois.

* * *

Lopuksi lainlaatija huomaa ne rikolliset, jotka tarjoavat väärää rahaa pantiksi (s. 145):

> »Ehdotuksen mukaan olisi panttaukseenkin yleensä katsottava sisältyvän pantiksi annetun rahan käypänä liikkeelle saattamisen tarkoitus, koska panttauksen luonteeseen selvästi sisältyy pantiksi annetun rahan kiertoon joutumisen mahdollisuus.»

Juuri niin. Kun pantattu käteinen raha realisoidaan myymällä se panttihuutokaupalla, käteisen rahan ostaja saattaa maksaa sillä ostoksensa osuuskaupassa.

* * *

Rikosnimikettä »lievä rahanväärennys» tunnustelen vertaamalla sitä nimikkeeseen 'lievä murha'. Miksi?

* * *

Rahajäljitelmän levityksenä pidetään »käypää rahaa erehdyttävästi muistuttavan lomakkeen» levittämistä yleisölle (37: 7). Tuon lomaketta muistuttavan Suomen rahan täytyy olla minulle vieraaksi jäänyt 1 000 markan seteli, sillä tuntemani setelit eivät mielestäni muistuta lomaketta. Jos taas säännöstä suunniteltaessa on pyritty nimeämään tuoteryhmiä, joihin helposti eksyy rahannäköisyyksiä, kyllä kai lomake kuuluu vähiten luonteviin. Tyypillisessä Suomen rahassa kun ei ole lomakkeelle luonteenomaista tyhjää, täytettävää tilaa. Parempi olisi ollut koota sääntely linjalta 'paperi- tai metallituote, jota joku saattaisi erehtyä luulemaan käyväksi rahaksi'.

* * *

Maksuvälinepetoksesta tuomittaisiin (37: 8.2) sekin, joka rikkoo katevaatimusta, »jollei hänellä maksuvälinettä käyttäessään ollut aikomus viipymättä

korvata vahinko». Entä reaalinen mahdollisuus? Ajattelun vivahteiden todistaminen?

* * *

Määritelmä vahvistetaan (37: 12.3) maksuvälinelomakkeesta mutta ei maksuvälineestä.

* * *

Puhutaan »maksavasta laitoksesta» (37: 11) ja »maksavasta raha- tai rahoituslaitoksesta» (37: 12.3). Why?

Kieli ja ilmaisu

Muutosesityksen perusteluissa ilmoitetaan pyrityn uudenaikaiseen kieliasuun sekä käsitteitä muodostetun yleiskielen pohjalle. Hyvä tavoite. Muutosesityksen ilmaisu ja ote kuulostavat silti elämänvieraalta kamarisuunnittelulta. Niinpä jo 1950-luvulla valmistunut nykysuomen sanakirja piti ilmaisua »ryhtyä omaisuuteen» yleiskielessä »hiukan vanhahtavana». Sama sanakirja ei ollut yleiskielestä lainkaan paikallistanut sellaisia ilmaisuja kuin »edustaa korkoa» tai »vajentaa rahaa». Säännösehdotusten lauserakenteet ovat katkovia, monet sanat utuisen veteliä. Rikosnimikkeitä vaivaa muutamin kohdin osumatarkkuuden puute (mikä perusteluissa nöyrästi myönnetäänkin) sekä väärin valittu yleistystyyli. Perusteluista löytää välillä vekkuleita uutuuksiakin: sähköiset varat, vaihdantaelämä, erehtymistapahtuma, ammattimaisen väärentämisliikkeen käyttöirtaimisto, aitousteoria. Rikosoikeuden ammattilaiset eivät ole päässet slangistaan: »ei ole porrastettu niin kuin useimmissa muissa rikoksissa on tehty» (s. 95)/»keskeinen rangaistussäännös olisi väärennys» (s. 110)/ »tarvitaan erityissäännös valtiollisten rikosten yhteyteen» (s. 111)/»raharikoksissa pyrittäisiin säilyttämään verrattain ankara rangaistusasteikko» (s. 143). Löytyypä tällaistakin: »voidaan joutua harkitsemaan säännöstä myös luvattomaan käyttöön» (s. 33).

Sosiaalinen siviilioikeus on jo keksitty. Jos joku haluaisi keksiä sosiaalisen rikosoikeuden, hän löytäisi muutosesityksestä kiitollista materiaalia. Rangaistusuhkia käyttämällä tavoitellaan — hengeltään kauniisti — suojaa avuttomille, hädänalaisille, heikoille, turvattomille, ahdinkoon joutuneille, vähävaraisille, vammaisille, vanhuksille, sairaille, lapsille, laitoshoidokeille ja syrjäseudulla yksin asuville. Keille kulloinkin ja minkälaisen moraalin vahvistamiseksi, siinä selvittämistä.

Todellisuuden ja tiedon kuva

Lakeja suunniteltaessa joudutaan hakemaan soveliasta yleistämisen tasoa ja tapaa. Muutosesitys henkii omalaatuista elämänvierautta. Kun lukee säännösehdotuksia ja perusteluja, joutuu tuontuostakin pohtimaan, millaista menettelyä on kulloinkin pidetty pahana ja rangaistusta vaativana. Niin ikään saa kiusallisesti hakea selitystä, mitkä tekijät ovat johtaneet mitoittamaan rangaistuksen juuri noin. Pohtimisen ja etsimisen tarve ei kohtuullisissa puitteissa ole tavatonta, mutta epäilyjä siitä, että tekstien ilmentämää todellisuutta ei lainkaan ole olemassa, ei saisi viritä. Tekstit tuntuvat käsittelevän jotakin vierasta todellisuutta. Niistä ei kuvastu näiden päivien arki. Eikä näiden päivien oikeustiede. Oikeusturvaakin vaarannetaan.

Päätän siihen, mistä aloitin: mitä satavuotiaan tilalle?

Rikoslaki ja todistusharkinta

Todistusharkinta rikosoikeuden »mentaliteettina»

Professori *Hannu Tapani Klami*

1. Normit ja näyttöongelmat: lähtökohta

Faktojen merkitys riippuu oikeussäännöksistä. Oikeussäännökset määrittävät, millaiset tosiasiat ovat merkityksellisiä päätöksenteolle ja millaisia harkinnallisia tai arvostuksellisia tunnistamisoperaatioita faktojen käsittely oikeusseuraamusten valitsemiseksi vaatii. On myös selvää, että faktojen selvittämistä koskevilla todistusoikeudellisilla säännöksillä on merkitystä oikeusnormien sisällön ja toimivuuden kannalta. Oikeussäännökset konkretisoituvat, kun niitä verrataan jutussa enemmän tai vähemmän varmasti selvitettyihin faktoihin. Päätösinformaation faktapuoli on riippuvainen siitä, mikä normien mukaan on merkityksellistä — mutta myös siitä, *mitä saadaan näytetyksi toteen.*

Vuoden 1889 rikoslakimme on siinä suhteessa erittäin mielenkiintoinen tutkimuskohde, että sen voimassa ollessa tapahtui vuonna 1948 toteutettu lainuudistus. Siirryttiin vuoden 1734 lain legaalisesta todistusteoriasta vapaaseen todistusharkintaan. Lainsäädännöllisen uudistuksen merkitystä toteuttamisaikanaan ei tosin sovi liioitella. Legaalisen todistusteorian säännöt olivat nimittäin murentuneet oikeuskäytännössä useiden vuosikymmenten aikana. Myös lainsäädännössä oli niihin tehty niin paljon poikkeuksia, että hyvällä syyllä saattoi kysyä, olivatko poikkeukset jo muuttuneet pääsäännöksi, josta voitiin tehdä yleistyksiä — vai oliko vanha pääsääntö vielä voimassa.[1] Vastausta kysymykseen ei ainakaan oikeuskäytäntöä tarkastelemalla saa. Päätösten peruste-

[1] Tämä on eräs *Kaarle Markkosen* esimerkeistä juridista induktiota vastaan, ks. Zur Problematik der juridischen Entscheidung, Turku 1965 s. 202 s.

luissa näet yleensä vaietaan tyystin siitä, mitä näyttöä on pidetty merkityksellisenä, kun sitä tai tätä on katsottu selvitetyksi.

Legaalisen todistusteorian merkityksestä vuoden 1734 lain kannalta on esitetty erilaisia näkemyksiä. Yksinkertaistetusti: kaksi todistajaa oli täysi näyttö, yksi todistaja puoli näyttöä, jota indisiot saattoivat täydentää niin, että ne muodostivat yhdessä täyden näytön, eivät kuitenkaan henkeä koskevissa asioissa. Sellaisia vuoden 1734 lain pahanteonkaaressa oli alunperin runsaasti.[2] Indisiot eivät *yksinään* lain mukaan riittäneet näytöksi ainakaan rikosasioissa.

Syytetyn *tunnustus* muodostui lain mukaan hyvin merkitykselliseksi. Lakiin sisältyi mm. säännös siitä, että syytetty, jota vastaan oli esitetty enemmän kuin puoli näyttöä, voitiin tunnustamisen esiin pakottamiseksi alistaa ajallisesti epämääräiseen »ankarahkoon» tunnustamisvankeuteen. Sen kuluessa pappi silloin tällöin kävi kehottelemassa häntä tunnustamaan rikoksensa, jotta hän voisi saada niistä rangaistuksen kautta sovituksen.[3] Lain mukaan oli myös mahdollista lykätä juttu »uuden ilmoituksen varaan», milloin tiettyä vahvahkoa näyttöä syytetyn syyllisyydestä oli esitetty, mutta näyttö ei ollut tuomitsemiseen riittävä, ja toiveita oli siitä, että tulevaisuudessa sellainen näyttö olisi saatavissa (OK 17: 32). Tunnustamisvankeus ja lykkääminen tulevaisuuteen olivat kuitenkin jääneet käytännössä jo melkein kuolleeksi kirjaimeksi, kun vuoden 1889 rikoslaki vuonna 1894 astui voimaan.

Systemaattisesti ei ole tutkittu sitä, miten legaalinen todistusteoria alkoi jo vuoden 1734 lain oikeudenkäymiskaaren alkuperäisen muodon voimassa ollessa murentua niin Ruotsissa kuin Suomessakin. Uppsalan-kolleegaltani Göran Ingeriltä — joka on tutkimassa juuri 1800-luvun ruotsalaista prosessioikeutta — saamani tiedon mukaan Ruotsissa esiintyi jo ennen 1800-luvun puoliväliä tapauksia, joissa täyden näytön vaatimusta on arvioitu legaalisen todistusteorian säännöistä oleellisesti poikkeavalla tavalla. Indisionäyttö on hyväksytty myös henkeä koskevissa asioissa. Suomessa vastaava kehitys ajoittunee myöhempään ajankohtaan, mutta tarkempien tutkimusten puuttuessa asiasta ei voi tässä yhteydessä sanoa mitään varmaa. Kuitenkin on melko selvää, että jo vuoden 1889 rikoslain säätämisvaiheissa legaalista todistusteoriaa ei otettu enää niin täydestä kuin esimerkiksi 1800-luvun alussa. Tällöin puukkojunkkarijutuissa Etelä-Pohjanmaalla syylliset jäivät usein rangaistukseen tuomitsematta siitä syystä, että tunnustamisia ei saatu, eikä toisaalta surmaamistapahtumas-

[2] Vuoden 1734 lain todistelusäännöksistä ks. *R. A. Wrede,* Finlands gällande civilprocessrätt II, 3. p. Helsingfors 1923 s. 91 ss.

[3] Ks. tästä *Göran Inger,* Institutet »insättande på bekännelse» i svensk processrättshistoria, Lund 1976 s. 24 ss.

ta saatu täyttä näyttöä. Kahta jäävitöntä todistajaa, jotka olisivat kertoneet samalla tavalla, ei löytynyt.[4] Ilmiantaja ei kelvannut todistajaksi, eivät myöskään asianosaisten lähisukulaiset.

2. *Todistusoikeus rikosoikeuden »mentaliteettina»*

Käsitykseni mukaan olisi mielenkiintoista tarkastella, mikä yhteys rikoslain käyttämällä käsitteistöllä ja todistusharkintaa koskevilla säännöksillä on. Tässä tutkielmassa voidaan asiaa tarkastella vain luonnosmaisesti. Ainakin voisi ajatella, että formuloitaessa rikoslain teonkuvauksia otettaisiin huomioon, *millaisia todistusongelmia ne synnyttävät.* Huomioon olisi myös otettava, että mahdolliset säännöt sallituista ja kielletyistä todisteista sekä riittävän näytön (näyttökynnyksen) kriteereistä vaikuttaisivat siihen, millaisia teonkuvauksia käytettäisiin. Todistusoikeus kuuluisi siis materiaalisen rikosoikeuden »mentaliteettiin» — käyttääkseni annalistikoulukunnan termiä perustavista ajatustottumuksista. Mutta onko tämä olettama oikea?

Jo roomalaisten lainoppineiden ajoista lähtien on esiintynyt juristien piirissä tietty tendenssi sulkea oikeustieteellisestä tarkastelusta pois näyttökysymykset. Niitä on pidetty juristin ammattikuvaan kuulumattomina asioina, jotka voidaan ratkaista joko terveen järjen tai mahdollisesti legaalisen todistusteorian tarjoamien jäävi- ja luotettavuussääntöjen perusteella. Juristi ei tämän käsityksen mukaan voisi ammattipätevyytensä ja tieteellisen menetelmänsä (sikäli kuin hänellä sellaista on) avulla ottaa kantaa siihen, mikä jutussa on riittävästi näytetty toteen ja mikä ei.

Kuitenkaan ei voi välttää olettamasta, että esimerkiksi lakeja valmistelevat henkilöt ainakin tiedottomasti ottavat huomioon sen, miten heidän kirjoittamansa normit ja niiden päätöskriteerit tulisivat *toimimaan* konkreettisessa päätöksentekotilanteessa. Toisin sanoen: otetaan huomioon se, asettavatko normit näytölle niin vaikeita kysymyksiä, että riittävän varmoja vastauksia niihin ei saa. Tällöin joudutaan turvautumaan todistustaakkasääntöihin. Jos oikeusnormin mukaan merkityksellisistä tosiseikoista ei ole saatu riittävää näyttöä, päätöksen faktapremissiksi tulee todistusteeman vastakohta. Yksinkertaisesti: jos syytetyn syyllisyyttä ei ole riittävän varmasti onnistuttu toteennäyttämään, on lähdettävä siitä, että hän on syytön. Rikosasiassa tuomio on nykyisenkin lain mukaan oltava joko syylliseksi toteava tai vapauttava. Vapauttavaan päätökseen on päädyttävä kaikissa tapauksissa, joissa riittävää näyttöä syyllisyydestä ei ole saatu — huolimatta siitä, onko *syyttömyysolettaman* tueksi esitet-

[4] *Heikki Ylikangas,* Puukkojunkkareitten esiinmarssi, Helsinki 1975 s. 195 ss.

ty enemmän tai vähemmän painavaa näyttöä.[5] Äärimmäisissä tapauksissa syyttömyyden tueksi voi jäädä täysin olematonkin näyttö, jopa sen vastainen syytetyn suorittama tunnustaminen, jota kuitenkaan ei pidetä olosuhteisiin nähden riittävän luotettavana (näin jo vanha OK 17: 36).

Erityisen mielenkiintoisen ongelman muodostaa teon ja seuraamuksen suhde — ja toisaalta teon jakaminen subjektiiviseen ja objektiiviseen puoleen. Suomessa oli omaksuttu lähinnä saksalaiseen rikosoikeuteen perustuva jäsennysmalli, ja johtavat rikosoikeuden tutkijamme, ensiksi Jaakko Forsman, sittemmin mm. Allan Serlachius ja myöhemmin Brynolf Honkasalo olivat kaikki saksalaisen tieteisopin eri suuntausten kannattajia.[6]

Todistusoikeuden tilanne oli kuitenkin varsin erilainen Suomessa ja Saksassa. Vuoden 1734 lain legaaliset säännöt riittävästä näytöstä koskivat periaatteessa niin rikoksen subjektiivista kuin objektiivistakin puolta. Saksassa, mistä monet mallit suoraan tai Ruotsin kautta oli saatu, pääsääntönä oli vapaa todisteiden harkinta, sillä Saksassa oli jo kauan sitten irtaannuttu vanhan germaanisen todistusteorian legaalisista säännöistä. Saksalainen todistusoikeudellinen ajatustapa perustui paljolti roomalaiseen oikeuteen. Roomalainen oikeus oli vapaan todistusten harkinnan kannalla.[7] Tiettyjä legaalisia presumptioita tosin oli. Klassisessa roomalaisessa oikeudessa näyttökysymysten harkinta kuului osapuolten tuomarilistasta valitsemalle yksityistuomarille, iudexille, jolta ei edellytetty sanottavia lainopillisia tietoja. Hänen edellytettiin olevan korkean yhteiskunnallisen asemansa johdosta tervejärkinen ja harkitseva. Hänen harkintaansa ei ollut tarpeen juuri sitoa kiintein, ennalta-asetetuin oikeussäännöin. Myöhemmässä prosessissa, jota hoiti virkatuomari, oli todistusharkinta tiukemmin säännelty legaalisin presumptioin ja säännöin eri todisteiden prioriteetista, jolloin etenkin viranomaisasiakirjoilla oli keskeinen merkitys mm. todistajanäytön edellä. Tässä muodossa — siis legaalisten presumptioiden rajoittamana — vapaan todistusharkinnan periaate siirtyi roomalaisen oikeuden osana vaikuttamaan myöhempään oikeuteen.

Vuoden 1734 lain säännös jutun lykkäämisestä epämääräiseen tulevaisuuteen vastasi — paradoksaalista kyllä — roomalaisen oikeuden alkuperäistä kantaa. Roomalainen tuomari oli näet saattanut kieltäytyä tekemästä päätöstä, milloin hän piti tosiasiapuolta liian epäselvänä. Euroopassa oli kuitenkin tullut

[5] Ks. *Hannu Tapani Klami—Mikael Marklund— Marja Rahikainen—Johanna Sorvettula,* Täysi näyttö — teoriaa, asenteita, todellisuutta, LM 1988 s. 467 ss.

[6] Saksalaistaustasta ks. *Hannu Tapani Klami,* Oikeustaistelijat, Juva 1977 s. 89 ss; *sama,* Suomen oikeustiedettä 1900-luvulla, Turku 1987 s. 55 ss.

[7] *Max Kaser,* Roomalainen yksityisoikeus, Porvoo—Helsinki 1968 s. 347 s; s. 356.

1800-luvulla vallitsevaksi *deni de justice* -kielto: »non liquet» -asenne ei enää tuomarille sopinutkaan. Hänen oli tehtävä ratkaisu suuntaan tai toiseen, joko vapautettava syytetty tai tuomittava hänet rangaistukseen. Tulevaisuuteen lykkääminen menetti Suomessakin vähitellen käytännön merkityksensä.

3. Rikoslaki ja todistusharkinta — ideaalimalli vai realismi?

Vuoden 1734 lain todistusoikeuden lähtökohdista käsin ryhdyttiin siis Suomessa valmistelemaan vuoden 1889 rikoslakiamme. Mutta mikä oli todistuskysymyksiin nähden valmistelun perustava metodinen lähtökohta? Oletettiinko, että tuomioita langetettaisiin *ideaalisessa todistusten harkintatilanteessa,* jossa kaikki normien mukaan merkitykselliset seikat olivat tulleet riittävästi toteennäytetyiksi? Vai otettiinko huomioon, että oikeussäännökset edellyttivät näyttöongelmia, ja että näihin ongelmiin voitiin saada rikosprosessuaalisten, todistusharkintaa ja todistustaakkaa koskevien sääntöjen valossa *enemmän tai vähemmän vakuuttava* vastaus? Forsmanin oppikirjat ovat kauttaaltaan melko dogmaattisia. Niissä ei tulkintasuosituksia juuri peilata näyttöongelmiin sen enempää kuin ajan saksalaisessa kirjallisuudessakaan, joka oli Forsmanin paradigmaattinen malli.

Minusta näyttää siltä, että rikoslakia valmisteltaessa lähdettiin yleensä pikemmin idealistisesta kuin realistisesta asetelmasta. Ajateltiin, että rikoslain säännökset toimisivat ideaalisessa todistelutilanteessa, jolloin asiaan vaikuttavat seikat olisi riittävästi selvitetty. Tehtiin siis ero oikeuskysymysten ja todistuskysymysten kesken — mikä perinne on ollut juristeille ominainen roomalaisen oikeuden ajasta saakka. Mutta on toisenkinsuuntaisia esimerkkejä.

Rikoslain alkuperäiseen versioon sisältyi melko runsaasti ns. *seurausvastuurikoksia,* joissa teon rikosnimikointi ja/tai rangaistavuus riippui pikemminkin teon seuraamuksesta kuin tekijän suhtautumisesta siihen. Hyvä esimerkki on tappelurikosten kohdalla kaikkien tappeluun osallistuneiden samanlainen rankaiseminen, seuraamuksesta riippuen, kun selvittämättä oli jäänyt, kuka esim. oli aiheuttanut kuoleman tai vaikean ruumiinvamman jollekin tappelupukareista.

4. Legaalinen todistusteoria ja tahallisuusoppi

Oli silloin ja myöhemminkin malleja, joilla pyrittiin jäsentämään heuristisesti tekijän suhtautumista tekoonsa ja sen seuraamuksiin. Frankin kaavat — dolus determinatus, dolus directus ja dolus eventualis ovat tästä esimerkkinä.

Mutta miten pystytään näyttämään toteen, että tekijä on tietyssä tilanteessa mieltänyt jonkun seuraamuksen ja suhtautunut siihen hyväksyvästi — mieltänyt seuraamuksen enemmän tai vähemmän todennäköiseksi ja tästä todennäköisyydestä enemmän tai vähemmän riippuen suhtautunut siihen enemmän tai vähemmän hyväksyvästi? Voisimme jatkaa tätä sarjaa, jossa luulonvaraisesti yksi olettama mielenliikkeistä edellyttää toistaan ja kukin tekoon johtava oletama niinikään teorian tasolla edellyttää toistaan.[8]

Tahallisuusoppi ilmentää tiettyä perusajattelutapaa. Sen olettamasarja edellyttää inhimillisen käyttäytymisen jäsentämistä rationaalisen mallin: tavoite/seurausolettama/seuraamuksen arvostaminen. Mutta miten tämä voidaan todistusoikeuden pelisääntöjen valossa riittävästi näyttää toteen? Petosrikoksen tunnusmerkistö edellytti täyttä näyttöä erehdyttämistarkoituksesta (RL 36: 1). Mikä tällainen näyttö voisi olla? On tietenkin kokemussääntöjä siitä, että joku saatuaan tietyn tiedon tai oltuaan sitä saamatta erehtyy tai on erehtymättä. Voidaanko — ja millaisilla näytöllisillä perusteilla — tekijän olettaa lähteneen tällaisista yleisluontoisista kokemussäännöistä?

Mutta legaalinen todistusteoria on ajatustapa, jossa näyttökysymyksissä päähuomio kiintyy siihen, mitä *ulkopuoliset* voivat havaita ja siitä todistajina kertoa.

Legaalisen todistusteorian ja vapaan todistusharkinnan periaatteen välisestä erosta on kuitenkin esitetty tulkinta, joka pyrkii eron vähättelyyn. *Anders Stening*[9] on tulkinnut legaalista todistusteoriaa siten, että todisteita koskevat määräykset — kiinteät jäävisäännöt sekä säännöt vaadittavien todisteiden määrästä ja laadusta — olivat ainoastaan eräänlainen *vähimmäis*vaatimus, mutta ne eivät muodostaneet *riittäviä* edellytyksiä tuomitsemiselle. Vuoden 1734 laki ei siis hänen mielestään velvoittanut tuomaria tuomitsemaan vastoin vakaumustaan siitä, mitä asiassa oli totta, vaikka näyttö muodollisesti katsoen olisikin ollut riittävä. Tähän on kuitenkin tehtävä varaus. Vuoden 1734 laki (OK 17: 7) salli kyllä todistajanäytön hylkäämisen tietyissä tapauksissa todistajan henkilökohtaisen epäluotettavuuden perusteella. Mutta laki edellytti, että tätä asiaa koskeva ratkaisu tehtiin *ennen* kuin todistaja päästettiin valalle. Oli tietysti mahdollista, että todistaja jäi kiinni valheesta valan jälkeen, kertomustaan esittäessään. (Vanhan suomalaisen tavan mukaan voi tällöin huutaa: »Pellit auki!» — jotta oikeussalissa oleva piru pääsisi ulos.)

---

[8] *Hannu Tapani Klami,* Dolus eventualis — oikeusteoreettista analyysia, LM 1984 s. 127 ss; *Hannu Tapani Klami—Johanna Sorvettula—Minna Hatakka,* Att bevisa uppsåt, TfR 1988 s. 387 ss.

[9] *Anders Stening,* Bevisvärde, Stockholm 1975 s. 27.

Teoriat, jotka ovat pyrkineet vetämään rajaa tahallisuuden eri asteiden ja tuottamuksen kesken, vaikuttavat varsin suuressa määrin kirjoituspöytäviisaudelta — lähtökohtanahan näyttää olevan ideaalinen todistelutilanne eikä esimerkiksi se varsin yleinen tapaus, että humalassa tekonsa tehnyt syytetty jälkeenpäin ei muista, mitä hän on tehnyt, saati sitä, miten todennäköisenä hän on seuraamusta pitänyt ja miten hän on siihen suhtautunut. Meillä *Allan Serlachius* korosti vahvasti sitä, että tahallisuuden ja tuottamuksen välinen ero on käytännössä pääteltävä *ulkoisista,* havainnoitavissa olevista seikoista.[10] Hän viittasi tässä yhteydessä juuri näyttövaikeuksiin. Hän painotti objektiivista seurausta — todennäköisyyttä tahallisuuden ja tuottamuksen rajanvedon kriteerinä. Toisinaan on oletettu, että kysymyksessä olisi positivistisen tietoteorian omaksuminen; en olisi aivan samaa mieltä. Lausuma tulee paremmin ymmärrettäväksi, kun otetaan huomioon vuoden 1734 lain todistelujärjestelmä.

Jos syytetty ei ollut tunnustanut, oli pakko perustaa tahallisuuttakin koskeva olettama ulkoisesti havaittaviin seikkoihin, siis ensisijaisesti todistajankertomuksiin tai joskus myös indisioihin. Mutta varsin keskeinen kysymys on, kuka teki johtopäätökset teon subjektiivisen puolen suhteen. Vaadittiinko todistajalta tällaista päätelmää — vai riittikö, että tuomari teki sen hänen puolestaan? Käsitykseni on se, että legaalinen todistusteoria, kiinnittäessään suurta huomiota ulkoisten seikkojen toteennäyttämiseen, samalla antoi tuomarille jopa arveluttavan pitkälle menevät valtuudet tulkita tosiseikkoja vaikeasti havaittavissa olevien subjektiivisten tunnusmerkkien osalta.

Kun henkilö ampuu toista haulikolla rintaan parin metrin päästä, hänen varmasti tulkitaan toimineen surmaamisen aikomuksessa. Tämä perustuu kuoleman seuraamuksen suureen todennäköisyyteen yleisen elämänkokemuksen valossa sekä siihen, että niinikään sellaisen elämänkokemuksen valossa tekijä suhtautuu yleensä hyväksyvästi seuraamukseen, joka on hyvin todennäköinen.[11]

Vuoden 1734 laki lähti siitä, että toteennäytettäviä olivat nimenomaan ulkoiset, objektiivisesti havaittavissa olevat tosiasiat. Todistajien oli kerrottava niistä. Tuomioistuimen asiana oli tehdä niistä johtopäätökset — esimerkiksi rikoksen subjektiivisen puolen osalta. Toisaalta lain todistusjärjestelmä oli varsin tunnustuskeskeinen, mitä mm. tunnustusvankeuden (»kovanpuoleisen vankeuden», OK 17: 37) olemassaolo osoitti. Todistusoikeudellinen pääsääntö oli siis se, että syytetty kertoi *itse* omista mielenliikkeistään — siis tunnusti. Jollei syytetty tunnustanut, tuomioistuimen asiana oli tulkita ulkoisesti havainnoi-

[10] *Allan Serlachius,* Suomen rikosoikeuden oppikirja, 2. p. Helsinki 1919 s. 124 s.
[11] *Klami—Sorvettula—Hatakka,* TfR 1988 s. 397 s.

tavissa olevia seikkoja. Ero vapaaseen todistusharkintaan verrattuna ei ollut siis kovin suuri. Tiettyä eroa kuitenkin epäilemättä oli. Tämä ilmeni edellä jo käsiteltyjen seurausvastuurikosten kohdalla. Niitä on vaikea täysin ymmärtää edellyttämättä, että tausta-ajatuksena oli oletus: ei voida tarkoin selvittää, millaisia seurauksia tekijän mielenliikkeet kattoivat. Kun jotain on seurannut, on kohtuullista olettaa, että tekijä on suhtautunut siihen ainakin jossain määrin hyväksyttävästi. On myös syytä muistaa, että ihmisten yleinen tietoisuus kausaliteetista oli tuolloin paljon epävarmempi kuin nykyään — esim. kuoleman tai vaikeiden ruumiinvammojen kohdalla. Seurausvastuurikosten taustalla ei ole pelkästään moraalinen arvostelma, vaan myös todistelunäkökohdat. Seuraus oli helpompi näyttää toteen kuin rikoksentekijän subjektiivisen syyllisyyden ulottuvuus.

5. *Legaalinen todistusteoria ja oikeusturva*

Vuoden 1734 lain 17 luku ilmensi osittain varsin pitkälle vielä keskiaikaan saakka pohjautuvaa ajatustapaa. Vaikka OK 17: 7 kielsi päästämästä todistajaksi mm. ilmiantajaa, sitä joka oli rikoksesta levittänyt huhua tai oli vain kuullut siitä toisilta, laki (OK 17: 30) piti sallittuna mm. seuraavanlaista »näyttöä»: »Ther uppenbart, och så sannoliga skiäl grundadt ryckte eller andra bindande omständigheter och liknelser äro mot then, som tilltales». Tällöin syytetty oli tuomarin harkinnan mukaan päästettävä puhdistusvalalle, mutta vain »i nödfall, och ther sanning ej annars utletas kan». Ihmettelemään tietysti jää, millainen on *todennäköisiin syihin perustuva huhu,* ja miten se voidaan rinnastaa todistusoikeudellisessa suhteessa sitoviin aihetodisteisiin. Täyden kuvan saaminen tällaisten säännösten todellisesta merkityksestä edellyttäisi pöytäkirjaaineiston varsin systemaattista läpikäyntiä — ja silloinkin olisi varmaan vaikea päästä käsiksi todistusharkintaan, kun tällaisia päätöksiä ei ole juuri perusteltu. Steningin hypoteesi, jonka mukaan käytännössä legaalisen ja vapaan todistusharkinnan ero ei ole ollut niin dramaattinen kuin pelkkiä pykäliä lukemalla saattaisi luulla, on käsittääkseni sangen uskottava.[12] Huhun *lähtökohta* — esim. ilmianto — tai huhun *levitys* teki asianomaisen esteelliseksi, mutta siitä seurannut tulos kävi näyttönä, joka mahdollisti jopa ankaranpuoleisen tunnustamisvankeuden käytön syytetyn tunnustamisen esiin puristamiseksi. Tässä on toki tietty ristiriita. Mutta asian ymmärtämiseksi on paikallaan tarkastella tiettyjä oikeussosiologisia kehityslinjoja.

[12] *Stening,* Bevisvärde s. 27 ss. Vrt. *Per Henrik Lindblom,* arv. Stening, SvJT 1977 s. 283.

Legaalinen todistusteoria on nähtävä aikansa ja taustaoletustensa valossa. Kysymys oli alkujaan perimmältään pyrkimyksestä turvata tuomioistuinten toiminnan legitimiteetti, kun niiden kannanottoja epäselviin ja riidanalaisiin näytökysymyksiin ei tarvinnut perustaa pelkästään päätöksentekijöiden omaan harkintaan. (Tosin OK 17: 1 säännellessään kirjallisten todisteiden merkityksestä painotti tuomarin velvollisuutta yksityiskohtaisesti tutkia niiden todistusarvoa.)

Tärkeätä oli, että tuomari — ja lautakunta — saattoivat ottaessaan kantaa jommankumman asianosaisen puolesta toista vastaan vedota *oikeusnormiin*. Tämä lisäsi toiminnan luotettavuutta. Toinen ja epäilemättä hyvin merkityksellinen näkökohta liittyy yleiseen *oikeusturvaodotukseen*. Tuomioistuimen jäsenet ja asianosaiset tunsivat toisensa paljon läheisemmin kuin nykyään, ja heidän kontaktinsa olivat intensiivisemmät. Tällöin oli tarjona vaara, että henkilökohtaiset olosuhteet pääsisivät asiattomalla tavalla vaikuttamaan todistusharkintaan.

*Pentti Renvall*in tutkimukset 1500-luvun suomalaisesta ihmisestä hänen oikeuskatsomustensa valossa[13] osoittavatkin, että asianosaisten yleisellä maineella ja uskottavuudella oli rikosoikeuden hoidossa merkitys, jollaista nykyihmisen on hyvin vaikea kuvitella. Huhu kelpasi näytöksi, manaus kelpasi kuolemansyyksi, huono maine hyväksyttiin näyttönä ja hyvä maine vastanäyttönä syyllisyydestä. Vuoden 1734 laki oli edistysaskel tässä suhteessa: lain vähimmäisvaatimukset langettavalle tuomiolle toimivat tietynlaisina syytetyn oikeusturvan takeina liian mielivaltaista todistusharkintaa vastaan. Haluttiin välttää vääriä langettavia päätöksiä. Mutta asialla on myös kääntöpuolensa. Jäävisäännökset ja kaavamaiset näyttövaatimukset johtivat vääriin päätöksiin, mutta toiseen suuntaan. Ilmiantaja ja asianosaisten lähiomaiset eivät kelvanneet todistamaan valalla — vaikka jäävillisiä henkilöitä voitiin tietyin rajoituksin ja tuomarin harkinnan mukaan asian selvittämiseksi törkeissä rikosasioissa kuulla ilman valaa (OK 17: 7, vrt. OK 17: 9). Kuitenkin saattoi käydä, että surmaamisteko tapahtui uhrin kotona vain tämän lähiomaisten läsnäollessa. Tällöin ne, jotka olivat surmaamisteon nähneet, eivät kelvanneet todistamaan — tai vaikka eivät olisi olleetkaan jäävillisiä, he eivät uskaltaneet koston pelosta kertoa koko totuutta.[14]

Legaalisen todistusteorian hapuilevasta suhtautumisesta totuuteen kertoo eräs toinen seikka. Kun tuomioistuimelle jäi laajat valtuudet tulkita subjektii-

[13] *Pentti Renvall,* Suomalainen 1500-luvun ihminen oikeuskatsomustensa valossa, Turku 1949 s. 142 ss.

[14] *Ylikangas,* Puukkojunkkareitten esiinmarssi s. 195 ss.

vista puolta sen valossa, mitä objektiivisesta puolesta oli saatu selville, voitiin johtua syytetyn oikeusturvan kannalta varsin vaarallisiin tuloksiin.

Lars Björne on väitöskirjassaan »...syihin ja lakiin eikä mielivaltaan...» osoittanut, miten 1920- ja 1930-luvun oikeuskäytännössämme laki ei ollut suinkaan sama kaikille.[15] Siinä, missä äärivasemmistolaista toimintaa käsiteltiin hyvin ankarasti — mm. valtiopetoksen valmistelun käsitettä pitkälle venyttäen — suhtauduttiin erittäin ymmärtäväisesti äärioikeistolaiseen toimintaan. Viime kädessä kysymys tietysti oli tuomioistuinten poliittisista asenteista, kommunismin pelosta kansalaissodan jälkitunnelmissa ja Neuvostoliiton naapuruudessa. Pelkästään todistusharkinta tai laintulkinta eivät riitä selityksiksi. Mutta legaalinen todistusteoria kiinnittää todella rakenteeltaan päähuomion rikosten objektiiviseen puoleen ja ulkoisiin, havainnoitaviin tosiseikkoihin. Tuomarilla on pitkälle menevät valtuudet tulkita niiden avulla subjektiivista puolta.

1920- ja 1930-luvulla kävi niin, että valtiopetoksen valmisteluna pidettiin todistettuja kommunisti*sympatioita* ja yhteydenpitoa samanmielisiin — lähtien ilmeisesti sellaisesta konstruoidusta kokemussäännöstä, että se, joka on kommunisti, oppinsa mukaisesti valmistelee valtiopetosta. Yksittäistapauksissa ei varmaan riittävää huomiota kiinnitetty tämän tulkinnan ongelmallisuuteen. Konkreettista näyttöä valtiopetoksellisista teoista ei näet aina vaadittu, vaan näyttö kommunistisesta mielenlaadusta riitti tuomitsemiseen.

Mikä on rikosoikeudenhoidon tason kriteeri? Eräs keskeinen kriteeri on *päätösten perusteleminen.* Siirtymisen legaalisesta vapaaseen todistusharkintaan odotettiin parantavan asioita tässä suhteessa, vaikka muutos ei enää vuoden 1949 alussa voimaan astuessaan kovin dramaattinen ollutkaan. Olihan vapaan todistusharkinnan periaate käytännössä jo paljon aikaisemmin vakiintunut. Mutta jos joku oletti — niinkuin Ruotsissa osittain tapahtuikin — että tieteellisesti perustellut kokemussäännöt ja niiden avoin käyttö perusteluissa tulisivat korvaamaan legaalisen todistusteorian jäykät jäävi- ja näyttösäännöt, niin tässä luulossa jouduttiin pettymään.[16] Aivan viime vuosiin saakka on törkeissäkin rikosjutuissa tyydytty sellaisiin formulointeihin kuin että »oikeus on tutkinut asian ja katsoo siinä selvitetyksi, että...» tai: »Oikeus on tutkinut asian ja katsoo syytteen toteennäytetyksi, minkä vuoksi...» Todistusharkintaa ei yleensä ole lainkaan perusteltu. Vuoden 1948 lainmuutos ei sanottavasti ollut

[15] *Lars Björne,* ...Syihin ja lakiin eikä mielivaltaan...», Vammala 1977 s. 372 ja s. 376 ss; vrt. *Hannu Tapani Klami,* arv. em. teoksesta, LM 1977 s. 483.

[16] *Bror Clas Carlson,* Om doms motivering, DL 1961 s. 15 ss. Todistelun perusteluvaatimuksesta ks. *Johanna Sorvettula & Hannu Tapani Klami & Minna Hatakka,* Todistusharkinnan perustelemisesta, DL 1988 s. 86 ss.

muuttanut tilannetta. Perustelujen puuttumiselle on siis ollut muitakin syitä kuin se, että tuomioistuimet *poikkesivat todistuksia harkitessaan lain kirjaimesta,* minkä seikan avointa julkituomista suomalaisen legalistisen perinteen valossa haluttiin välttää; perustelut ovat nimittäin olleet myös oikeuskysymysten osalta pitkään hyvin niukat.

6. *Todistusharkinta ja rikosoikeudellinen tutkimus*

Suomalaiset tuomioistuimet ovat osoittaneet haluttomuutta sitoutua tulkintoihin, jotka merkitsisivät abstraktien sääntöjen esiintuomista. Tämä on ilmennyt myös siinä, että oikeusnormin soveltamistulkinta ja/tai subsumptio kätketään mitäänsanomattoman todistusharkintafraasin taakse: »On jäänyt näyttämättä, että varkaus olisi tehty sellaisissa olosuhteissa, että varkautta olisi pidettävä törkeänä».

On huomionarvoista, miten vähässä määrin vielä *Honkasalo* oppikirjoissaan on käyttänyt hyväkseen oikeuskäytäntöä. Kun siviilioikeudelliset tutkimukset vielä pitkälle 1950-luvulle asti olivat lähinnä keskustelua saksalaisen (ja myöhemmin myös pohjoismaisen) tieteisopin kanssa, on tämä ymmärrettävää siltä kannalta, että monista kysymyksistä ei yksinkertaisesti kotimaista oikeuskäytäntöä ollut juuri saatavissa. Rikosoikeuden osalta tilanne oli pitkälti toisenlainen. Oikeustapauksia olisi kyllä ollut, mutta ei sellaisia, joista olisi saanut merkityksellistä aineistoa tulkintasuosituksia varten. Oikeuskäytännön arvovaltaa pidettiin silloin myös vähempänä kuin nykyään.

Tutkimusaiheiden akateeminen valikoituminen kuvastaa osaltaan suuntautumista lähinnä teoreettiseen keskusteluun. Väitöskirjan ja pätevöitymistöiden aiheiden valikoituminen on selvä merkki tästä. Professoritasolle yltäneistä tutkijoista *Forsman* väitteli pakkotilasta, *Allan Serlachius* oikeuserehdyksestä, *Alanen* hätävarjelusta. *Salmiala* ja *Honkasalo* kyllä väittelivät prosessioikeudessa, mutta heidän professorinväitöskirjansa käsittelivät rikosoikeuden yleisiä oppeja. *Salmiala* kirjoitti mm. varsinaisesta osallisuudesta erikoisrikoksiin, *Honkasalo* kausaalikysymyksestä. Seuraavakin tutkijapolvi oli samoilla linjoilla. *Bo Palmgren* tutki asianomistajan syyteoikeutta, *Salovaara* kelvotonta yritystä, *Anttila* loukatun suostumusta, *Reino Ellilä* tutkintavankeutta jne. Monografiat erinäisten rikosten alalta olivat harvinaisia. *Estlander*in professorinväitöskirja petoksen tunnusmerkistöstä sai huonon vastaanoton. Kun *Honkasalo* ja *Anttila* käsittelivät eri kannoilta siveellisyysrikoksia, näkökulma oli osin oikeussosiologinen. Kun luetteloon lisätään *Kekomäen* tutkimus ammattimaisesta ja tavanomaisesta rikoksesta, *Palmen* tutkimus jatketusta rikoksesta, *Hil-*

tusen (hylätty) väitöskirja syyllisyyskäsitteestä rikoksen uusimisessa ja *Uiton* tutkimus ehdonalaiseen vapauteen päästämisestä, on kuva jo melko täydellinen. Vasta 1960-luvulla alkavat väitöskirja- tai pätevöitymistyöt kohdistua myös erinäisiin rikoksiin, kuten petokseen *(Ståhlberg)* tai konkurssirikoksiin *(Heinonen)*. *Niilo Salovaaran* pienen varkauskirjan ensimmäinen versio 1940-luvulla ei ollut varsinainen julkaisu. Siis: erinäisiä rikoksia ei juuri tutkittu, kun haluttiin pätevöityä akateemisesti. Tämä on saatettavissa yhteyteen näyttöongelmienkin kanssa. Tieteellisen paradigman kannalta kyllä katsottiin, että arvokkaita tuloksia oli saavutettavissa lähinnä tutkittaessa tulkintaongelmia, joilla oli selvä liityntä teoreettisiin kysymyksiin.

Ei tietysti voi sanoa, että erinäisten rikosten monografinen käsittely *välttämättä* olisi edellyttänyt tutkimuksen pohjaksi ennakkotapausaineistoa. Sen suhteellinen niukkuus oli kuitenkin ilmeisesti argumentti, joka puhui tällaista aiheenvalintaa vastaan. Äärimmäisen lakoninen päätösten kirjoittamistapa, jossa todistusharkintaa ei perusteltu eikä yleensä myöskään selkeästi tuotu julki sovelletun lakipykälän tulkinnalla asetettua normipremissiä, ei ole vieläkään täysin sivuutettu. Kirjoitustapa »ei ole näytetty, että varkautta olisi pidettävä törkeänä» jättää päätöksen lukijan arvailemaan, onko kysymys ollut todistusharkinnasta vai subsumptiosta — vaiko molemmista.

En halua väittää, että melko vähäinen tieteellinen kiinnostus erinäisiä rikoksia kohtaan johtuisi pääasiassa legaalisen todistusteorian muuntumavaiheesta vapaaksi todistusharkinnaksi ja tähän liittyvästä ratkaisujen niukasta perustelemisesta, jossa yhteydessä legaaliselle todistusteorialle tyypilliseen tapaan subjektiivisen ja objektiivisen puolen välinen ero jäi jossain määrin epäselväksi. Taustalla on ollut myös *Forsmanin* mahtava hahmo: hänen perusteellisia ja arvovaltaisia tulkintojaan erinäisten rikosten tunnusmerkistöistä oli sangen vaikea ylittää tai edes saattaa kysymyksenalaisiksi. Mutta tietoisuudella ainakin periaatteessa voimassa olevista jäykistä todistelusäännöistä oli oma merkityksensä. Ei juuri kannattanut suosittaa kovin hienojakoisia tulkintoja, jotka olisivat asettaneet kysymyksiä, joihin ei kuitenkaan olisi todisteiden valossa saanut kunnollisia vastauksia.

Vuoden 1889 rikoslaki on monilla tavoin korjailtuna ja paikattuna edelleen voimassa. Sen aikana on kuitenkin yleisen yhteiskunnallisen muutoksen ohella tapahtunut asioita, jotka ovat vaikuttaneet rikosoikeuden normien toimintatapaan. *Totuuden selvittämismetodit* ovat tässä suhteessa keskeisessä asemassa. *Pentti Renvall* on 1500-luvun suomalaista oikeuskäsitystä koskevassa »mentaliteettitutkimuksessaan» osoittanut, miten taikauskoinen käsitys kausaliteetista ja huhujen sekä maineen pitäminen kelvollisena näyttönä johtivat

usein päätöksiin, jotka aineellisen totuuden kannalta olivat ilmeisesti vääriä — jolloin arveluttavinta tietysti oli, että uhkauksia tai manauksia ladellut henkilö voitiin tuomita jopa kuolemaan, kun ne olivat käyneet toteen. Legaaliselle todistusteorialle oli puolestaan ominaista, että näytön puutteessa jouduttiin tekemään suhteellisen paljon vääriä vapauttavia päätöksiä, samalla kun rikostutkinnan alkeellisuus johti siihen, että ilmeisesti varsin paljon rikoksia jäi kokonaankin selvittämättä.

Rikoslain voimassa ollessa on totuuden selvittäminen monella tavoin kehittynyt. *Rikostutkinta* on edistynyt sekä *tekniikaltaan* että *organisaatioltaan;* vuoden 1734 lain keskeisten todistuskeinojen, tunnustuksen, todistajien ja asiakirjojen rinnalle on tullut tieteellinen rikostutkimus kokemussääntöineen. Legaalinen todistusharkinta on korvautunut vapaalla. Tällä on vaikutuksensa myös rikosoikeustieteelliseen tulkintaan: kun jutun tosiseikat voidaan selvittää entistä hienojakoisemmin, myös tulkinnat voivat olla eritellympiä kuin aikaisemmin. Olisi mielenkiintoista selvittää, miten tosiasioiden selvittämismahdollisuudet suhtautuvat laintulkintojen kehitykseen. Tämä artikkeli on ollut pikemmin kysymyksenasettelujen kuin tutkimustulosten esittelyä.

Rikosoikeus ja moderni biolääketieteellinen teknologia

Professori *Raimo Lahti*

I. Johdanto

1. Tämä kirjoitus on suomenkielinen muunnelma aihetta koskevasta yleisraportistani Kansainvälisen rikosoikeusyhdistyksen (AIDP) XIV kongressia (1989) varten. Tuo yleisraportti sekä sen perustana olleet, 29 maata käsittävät kansalliset raportit on julkaistu Revue Internationale de Droit Pénal'in niteessä 3—4/1988 (= s. 549—1371). Suomen kansallisen raportin laati Timo *Tuovinen.*[1] Aihetta käsiteltiin sanotun aineiston pohjalta valmistavassa kollokviossa Freiburgissa, Saksan liittotasavallassa, vuonna 1987, ja siellä hyväksyttiin alustava päätöslauselma (laatimani luonnoksen pohjalta).[2] Lopullinen päätöslauselma on tarkoitus hyväksyä lokakuussa 1989 pidettävässä Wienin kongressissa.[3]

Mainitun yleisraportin laatimisen jälkeen on meillä julkistettu oikeusministeriön rikoslain kokonaisuudistusta valmistelemaan asetetun hankeorganisaation (rikoslakiprojektin) alustava, 22. 6. 1989 päivätty ehdotus ihmisen alkion, sikiön ja perimän rikosoikeudellisesta suojasta. Olen ollut ehdotusta valmistelleen, 11. 8. 1988 asetetun työryhmän puheenjohtaja.[4] Työryhmän ehdo-

---

[1] Ks. Revue Internationale de Droit Pénal (RIDP) 1988 s. 861—883.

[2] RIDP 1988 s. 1327—1355 (ranskan-, englannin- ja saksankielisenä). Kollokvion keskustelujen pohjaksi laatimani päätöslauselmaluonnos on s. 624—628.

[3] AIDP:n toiminnasta yleensä ks. Pekka *Koskinen,* Laiminlyöntivastuun ehdot ja rajat. Rikosoikeudellisia kirjoitelmia V Sylvi Inkeri Anttilalle 29. 11. 1986 omistettu. Vammala 1986 s. 112—124.

[4] Työryhmän muina jäseninä ovat olleet professori Inkeri *Anttila,* professori Markku *Seppälä* ja dosentti Kimmo *Kontula* sekä sihteerinä OTK Harri *Sintonen.*

tus liittyy kiinteästi otsikon teemaan, ja käsittelen sitä lyhyesti jäljempänä kulloisissakin asiayhteyksissä. Yleensäkin koskettelen tässä kirjoituksessa Suomen tilannetta enemmän kuin englanninkielisessä yleisraportissani »Criminal Law and Modern Bio-Medical Techniques».

2. Kun on kysymys Kansainvälisen rikosoikeusyhdistyksen ohjelmaan kuuluvasta teemasta, on luonnollista, että sitä käsiteltäessä on pohdittava ennen kaikkea rikosoikeuden roolia ja merkitystä. Toisin sanoen on kysyttävä rikosoikeuden suhdetta (modernin) bio(logis-)lääketieteellisen teknologian käyttöön. Kansallisiin raportteihin tutustuminen kuitenkin osoittaa havainnollisesti, kuinka välttämätöntä on muodostaa kuva itse biologis-lääketieteellisistä ilmiöistä — lähinnä keinoalkuisista lisääntymismenetelmistä ja geenitekniikasta — ja varsinkin niiden synnyttämistä ongelmista. Näiden ongelmien ratkaisemiseen tarkoitetun sääntelyn tarvetta ja ohjauksen tai valvonnan muotoja ei voi muuten mielekkäästi arvioida.

II. Yleistä lääketieteen ja biotieteiden sekä lääkintä- ja bioteknologian kehityksen synnyttämistä ongelmista ja keinoista niiden ratkaisemiseksi

1. Kansallisissa raporteissa vallitsee yksimielisyys siitä, että viimeaikainen vallankumouksellinen kehitys lääketieteessä, biotieteissä sekä lääkintä- ja bioteknologiassa on synnyttänyt sellaisia uusia eettisiä, oikeudellisia ja sosiaalisia ongelmia, joiden ratkaisemiseen perinteiset eettiset ja oikeudelliset normistot sekä ohjaus- ja valvontakeinot eivät tarjoa riittävästi keinoja. Sitä vastoin yksittäiset ongelmat ja niiden merkitys vaihtelevat huomattavasti valtiosta toiseen, ja ongelmien polttavuus koetaan eri tavoin.

Yhtäältä tuon kehityksen vaikutukset poikkeavat toisistaan sen vuoksi, että näiden tieteenalojen ja teknologioiden saavutukset ja niiden hyväksikäytön laajuus vaihtelevat valtioittain mm. sen mukaan, mikä on maiden yhteiskunnallinen kehitysaste, yleisen hyvinvoinnin ja terveydenhuollon taso sekä tutkimus- ja kehittämistoiminnan määrä. Toisaalta kunkin valtion yhteiskunnallisesta ja kulttuurisesta kehityksestä riippuvaiset uskonnolliset, eettiset ja oikeudelliset peruskatsomukset ovat muokkautuneet erilaisiksi, ja nuo katsomukset vaikuttavat mm. sen harkintaan, miten modernin biologis-lääketieteellisen teknologian käyttöä tulisi mahdollisesti säännellä ja kontrolloida.

2. Aihetta on rajattu ensinnäkin siten, että huomion kohteena ovat modernin biolääketieteellisen teknologian *ihmistä* koskevat sovellukset. Näin keskitytään terveydenhuollon, lääkintätoimen, alaan ja pidetään silmällä ihmisiin

(potilaisiin, asiakkaisiin tai koehenkilöihin) kohdistuvia toimenpiteitä, joissa hyödynnetään biolääketiedettä tai sen teknologiaa.

Sanottuun nähden on merkille pantavaa, että varsinkin *bioteknologian* kehitys vaikuttaa merkittävästi ihmiskunnan kehitykseen muutoinkin kuin välittömästi ihmisiin kohdistuvien sovellustensa välityksellä. Erityisesti 1950-luvulla alkaneen molekyylibiologian nopean kehityksen katsotaan avanneen täysin uusia mahdollisuuksia bioteknologian (-tekniikan) sovelluksille niin hyvin teollisessa tuotannossa kuin myös maa- ja metsätaloudessa, terveydenhuollossa ja ympäristönsuojelussa. Merkittäviä ovat tällöin olleet nimenomaan geenitekнologian (-tekniikan) sovellukset.[5]

Juuri geenitekniikan käytön mahdollisten terveys- ja ympäristövaarojen torjumiseksi on eräissä maissa äskettäin annettu erityistä lainsäädäntöä tai sellaisen antaminen on vireillä: Tanskassa on vuodelta 1986 oleva laki (lov om miljø og genteknologi) ja Saksan liittotasavallassa lakiehdotus vuodelta 1989 (Gesetz zur Regelung der Gentechnik). Tällaiset erityislait kattavine kontrollijärjestelmineen ovat kuitenkin poikkeuksellisia, ja esimerkiksi muissa Pohjoismaissa kuin Tanskassa noudatetaan vapaaehtoisuuspohjalta Yhdysvaltain kansallisen terveysinstituutin ohjeistoa ja OECD-järjestön suosituksia.[6] Suomessa ympäristöministeriö on 12. 4. 1989 asettanut työryhmän arvioimaan biotekniikkaa koskevan lainsäädännön kehittämistarvetta.

3. Toiseksi otsikkoaihe on rajoitettu koskemaan nimenomaan *modernia* biolääketiedettä ja erityisesti sen teknologiaa. Siten on haluttu nostaa esiin *uusia* lääketieteen ja oikeuden väliseen suhteeseen kytkeytyviä ongelmia. Perinteiset lääkärin vastuuta ja sanktiointia koskevat periaatteet eivät ole enää sellaisinaan riittäviä, kun on kysymys esimerkiksi keinoalkuisten lisääntymismenetelmien käytöstä tai ihmisgenetiikan lääketieteellisistä sovelluksista.

Entistä useammin joudutaan lisäksi pohtimaan *tutkijan* vastuuta. Tieteellinen tutkimus ja teknologia ovat lähentyneet toisiinsa, eikä arvovalintojen katsota liittyvän vain tieteen sovelluksiin.[7]

---

[5] Ks. runsaasta ulkomaisesta kirjallisuudesta esim. Margaret *Sharp,* The New Biotechnology. Sussex European Papers No. 15, 1985; Joseph G. *Perpich* (ed.), Biotechnology in Society. Pergamon Press, 1986; M. Chiara *Mantegazzini,* The Environmental Risks from Biotechnology. London 1986 ja Peter *Wheale—Ruth McNally,* Genetic Engineering. Harvester, 1988. Kotimaisesta keskustelusta ks. esim. Biotekniikan ja molekyylibiologian kehittämisohjelma vuosille 1988—1992. Suomen Akatemia 1987.

[6] Ks. U.S. National Institute of Health, Guidelines for Research Involving Recombinant DNA Molecules, 1986, ja OECD:n osalta Recombinant DNA Safety Considerations, 1986.

[7] Vm. suhteessa ks. esim. Suomen Akatemian toimintalinjat, 1988, s. 18.

4. Kansallisista raporteista ilmenee, että oikeudellisia sääntelyjä on yleensä pyritty lisäämään varsin varovaisesti keinoina uusien ongelmien ratkaisemiseksi. Lääketieteen ja biologian kehityksen oikeudellisista vaikutuksista puhuttaessa tuo kehitys onkin mielekästä nähdä osana yleistä tieteellistä ja teknologista kehitystä. Yleisen sosiologisen hypoteesin mukaan lainsäädäntö tai oikeudellinen sääntely ei ehdi pysyä tieteellis-teknisen — eikä yhteiskunnallisenkaan — kehityksen mukana. Tällainen hypoteesi (oikeus)kulttuurin viivästymästä näyttäisi oikeusvertailun valossa pätevän myös moderneihin biolääketieteen ja -teknologian sovelluksiin.

5. Lääketieteellinen toiminta on vanhastaan ollut sellaista aluetta, jota on niukasti säännelty oikeudellisin normein. Hippokrateen valaan (400-luvulta e.Kr.) palautuvan ammatillisen etiikan katsottiin riittävästi sääntelevän potilaan ja lääkärin välistä suhdetta. Hippokrateen valassa esitetyt periaatteet, potilaan paras ja vahingollisesta toiminnasta pidättäytyminen yhdistettynä hyveelliseen hoitajaan, ovat olleet lääkintäetiikan keskeisimpiä periaatteita — ja ainuita sellaisia tälle vuosisadalle asti.

Kerrottuun nähden on ollut hyvin uutta painottaa lääkärin eettisissä ohjeissa potilaan integriteettiä ja itsemääräämisoikeutta. Ratkaiseva periaatteellinen muutos tapahtui toisen maailmansodan päätyttyä. Nürnbergin sotarikostuomioistuimen päätöksessä vuonna 1947 vahvistettiin ns. Nürnbergin säännöstö, jossa ihmisillä suoritettavien lääketieteellisten kokeiden luvallisuuden ensimmäiseksi edellytykseksi asetettiin koehenkilön vapaaehtoinen suostumus.[8] Sen jälkeen vaatimus informoidusta suostumuksesta (informed consent) laajeni vähitellen myös hoidon alueelle. Erityisesti 1970-luvulta lähtien on lääkintäeettisissä ohjeistoissa ruvettu yleisemminkin korostamaan potilaiden ja koehenkilöiden *oikeuksia*.[9]

Esimerkiksi Euroopan neuvoston ministerikomitean toimeksiannosta valmisteltiin vuosina 1982—84 suositusluonnos lääkäreiden velvollisuuksista potilaitaan kohtaan. Siinä jäsenvaltioita kehotettiin ryhtymään tarpeellisiin toimenpiteisiin, jotta niiden kansallinen lainsäädäntö on yhdenmukainen lääkä-

---

[8] Tämä Nürnbergin säännöstö on julkaistu suomeksi Suomen Lääkäriliiton julkaisemassa kirjassa Lääkintäetiikka. Vaasa 1982 s. 300—301.

[9] Ks. kehityksestä esim. Ruth R. *Faden* and Tom L. *Beauchamp,* A History and Theory of Informed Consent. Oxford University Press, 1986.

Gerald *Dworkin* on katsonut, että oppi potilaan suostumuksesta hoitotoimenpiteeseen on kehittynyt paljolti koehenkilön suostumusta koskevasta periaatteesta riippumattomasti. Ks. Dworkin, The Delicate Balance: Ethics, Law and Medicine. Biomedical Ethics: An Anglo-American Dialogue. New York 1988 s. 37—45 (39).

reiden velvollisuuksista koostetun säännöstön kanssa ja jotta noiden velvollisuuksien noudattaminen voidaan tehokkaasti taata.[10]

Suomessa sosiaali- ja terveysministeriön asettama terveydenhuollon oikeussuojatoimikunta ehdotti vuonna 1982 jättämässään mietinnössä erityisen potilaan (ja koehenkilön) oikeuksia koskevan lain säätämistä.[11] Sellaista lakia ollaan ministeriössä tiettävästi valmistelemassa sanotun mietinnön ja siitä saatujen lausuntojen pohjalta.[12] Saman toimikunnan tekemään ehdotukseen perustuen annettiin potilaiden korvausturvaa merkittävästi parantanut potilasvahinkolaki (585/86).

6. Kerrotun kaltainen potilaan ja koehenkilön oikeuksien vahvistamiseen tähtäävä kehitys on osaltaan seurausta lääketieteen ja biotieteiden kehityksestä, kuten mm. juuri mainitun Euroopan neuvoston säännöstön perusteluissa lausutaan. Huomattakoon myös, että Yhdistyneiden Kansakuntien (YK) vuonna 1968 Teheranissa pitämän ihmisoikeuskonferenssin jälkeen tieteellisen ja teknologisen kehityksen synnyttämät ihmisoikeuskysymykset ovat olleet kansainvälisessä keskustelussa jatkuvasti esillä.

Niinpä esimerkiksi vuonna 1982 ilmestyneessä YK:n raportissa käsitellään mm. tieteellisen ja teknologisen edistyksen saattamista sopusointuun ihmiskunnan intellektuaalisten, henkisten, kulttuuristen ja moraalisten saavutusten kanssa.[13] Kansainvälisen asiantuntijakokouksen tästä aiheesta vuonna 1975 hyväksymän julkilausuman mukaan eräät tieteelliset ja teknologiset edistysaskelet aiheuttavat vaaroja yksilöllisille ihmisoikeuksille, yhteiskunnan hyvinvoinnille tai ihmiskunnan tilalle maailmanlaajuisesti. Samalta vuodelta on myös YK:n yleiskokouksen aihetta käsittelevä julistus.[14] — Tuossa vuoden 1982 raportissa pidettiin silmällä eräiden muidenkin tieteenalojen kuin biologian ja lääketieteen kehitystä, joskin yksi luku koski nimenomaan näiden tieteenalojen kehityksen synnyttämää lisääntynyttä tarvetta ihmisen persoonan sekä hänen fyysisen ja intellektuaalisen koskemattomuutensa suojelemiseksi.

7. Ongelmien tiedostaminen on edellytyksenä sille, että niiden ratkaisemiseksi pyritään järjestelmällisesti etsimään keinoja. Tällaisia keinoja voidaan

[10] Recommendation R (85) 3 of the Committee of Ministers (without effect); neuvoston oikeudellinen yhteistyökomitea (CDCJ) hyväksyi säännöstön v. 1984.

[11] Ks. Komiteanmietintö 1982: 65. Helsinki 1982.

[12] Lainsäädäntöneuvos Marita *Liljeströmiltä* loppukesästä 1989 saatu tieto.

[13] Human Rights and Scientific and Technological Developments. Department of Public Information. United Nations, New York 1982. Kokoavasti YK:n, UNESCO:n ja WHO:n tähän aihepiiriin kohdistamasta huomiosta ks. United Nations Action in the Field of Human Rights. ST/HR/2/Rev.3. United Nations, New York 1988 s. 302—306.

[14] United Nations 1982 (av. 13) s. 76 ja United Nations 1988 (av. 13) s. 304.

toteuttaa joko kansainvälisellä tai kansallisella tasolla. Pääpaino on tällä hetkellä ja ilmeisesti myös vastaisuudessa kansallisessa lainsäädännössä ja muissa kansallisissa sääntely- ja kontrollitoimenpiteissä, koska kansainvälisesti sitovienkin sopimusten tehokas voimaansaattaminen edellyttää toimivia valtionsisäisiä oikeuskeinoja ja muita ohjausvälineitä.

M. Cherif *Bassiouni* on erottanut yksittäisen ihmisoikeuden *kansainvälisessä hyväksynnässä ja suojelussa* eri vaiheita tai asteita. Niitä on hänen mukaansa enimmillään viisi: muotoileva, julistava, määräävä, toimeenpaneva ja kriminalisoinnin vaihe.[15] Kun on kysymys lääketieteellis-teknologisen kehityksen synnyttämistä uusista ihmisoikeusongelmista, ollaan lähinnä oikeuksia muotoilevassa tai julistavassa vaiheessa. Toisin sanoen, joko ollaan vasta kansainvälisen kanssakäymisen avulla muotoamassa mahdollisimman laajalti kannatettavia ja tärkeinä pidettäviä arvoja taikka ollaan kirjaamassa riittävästi yksilöityneitä inhimillisiä etuja tai oikeuksia kansainvälisiin asiakirjoihin.

Pisimmälle vietyjä suunnitelmia kansainvälisesti sitoviksi järjestelyiksi on olemassa ihmisen geneettistä koskemattomuutta ja ihmiseen kohdistuvaa koetoimintaa koskevissa kysymyksissä (ks. jäljempänä). Lisäksi on tärkeää muistaa, että jo olemassa olevat kansainväliset ihmisoikeussopimukset (kuten YK:n kansalais- ja poliittisia oikeuksia koskeva ns. KP-sopimus ja sitä vastaava Euroopan neuvoston ihmisoikeussopimus) voivat ensinnäkin jo sisältää sellaisia määräyksiä, jotka nimenomaisesti koskevat biolääketiedettä tai sen teknologiaa. Niinpä mainitun KP-sopimuksen 7. artikla edellyttää koehenkilön vapaasti suostuvan lääketieteelliseen tai tieteelliseen kokeiluun. Toiseksi noita sopimuksia saatetaan ruveta tulkitsemaan entistä paremmin uudet ihmisoikeusongelmat huomioon ottavalla tavalla.[16]

Kansainvälisten ihmisoikeusvelvoitteiden sitovuuden astetta ei ole aina helppoa määrittää, koska yleissopimusten lisäksi on otettava huomioon kansainvälinen tapaoikeus ja varsinkin tapaoikeuden sisältöön vaikuttavat osaltaan kansainvälisten järjestöjen päätöslauselmat ja yleiset oikeusperiaatteet. Kansainvälisten järjestöjen, lähinnä YK:n piirissä syntyneillä julistuksilla, ohjeistoilla ja muilla suositusluonteisilla asiakirjoilla on merkitystä silloinkin, kun ne eivät vaikuta oikeudellisesti sitovien velvoitteiden tulkintaan. Sellaisetkin

[15] Bassiouni, International Criminal Law and Protection of Human Rights. Festschrift für Hans-Heinrich Jescheck. Berlin 1985 s. 1452—1475 (1455).

[16] Ks. esim. Euroopan parlamentaarisen yleiskokouksen suositus 934 (1982) geenitekniikasta, jonka kohdassa 4.1 todetaan seuraavaa: Euroopan ihmisoikeussopimuksen artiklojen 2—3 suojaamat oikeudet elämään ja ihmisarvoon pitävät sisällään (imply) myös oikeuden periä geenistö, jota ei ole keinotekoisesti muutettu.

asiakirjat velvoittavat moraalisesti ja poliittisesti niiden puolesta äänestäneitä valtioita.

8. Voimistuneet vaatimukset potilaiden ja koehenkilöiden oikeuksien vahvistamiseksi sekä lääketieteellis-teknologisen kehityksen synnyttämien ihmisoikeusongelmien huomioon ottamiseksi ovat ilmeisesti toistaiseksi saaneet konkreettisia hyväksynnänmuotoja enemmän *kansallisella* kuin kansainvälisellä *tasolla:* useiden maiden joko jo toteuttamina lainsäädäntöuudistuksina tai lainvalmisteluhankkeina.

Useissa kansallisissa raporteissa on kiinnitetty huomiota siihen, kuinka tärkeää on pyrkiä mahdollisimman *yhtenäiseen sääntelyyn* eri maissa, jottei pääsisi syntymään tyystin ohjauksen ja valvonnan ulkopuolelle jääviä keitaita eettisistä näkökohdista piittaamattomille. Modernin biolääketieteen ja sen teknologian mukanaan tuomat ongelmat ovat luonteeltaan ylikansallisia. Tämä johtuu lisääntyneestä kansainvälisestä vuorovaikutuksesta ja valtioiden enenevästä keskinäisestä riippuvuudesta.

Sääntelyiden yhtenäisyys ei kuitenkaan kaikilta osin riitä, vaan Bassiounin luonnostelemia vaiheita seuraten on enenevästi päästävä myös kansainvälisesti *sitoviin* sääntelyihin (ks. jäljempänä).

9. Bassiounin esittämän kaltainen luokittelu on kiinnostava silloinkin, kun pidetään silmällä kansallisten lakien ja niiden täytäntöönpanon kehittämistä. Ennen kuin jonkin maan oikeusjärjestelmään ruvetaan luomaan uusia oikeuskeinoja tai kontrollimekanismeja, on asianomaisessa yhteiskunnassa täytynyt saavuttaa riittävä yksimielisyys uusilla keinoilla suojeltavien oikeuksien tai intressien tärkeydestä. Edelleen joudutaan harkitsemaan, minkälaista suojaa jo voimassa oleva oikeusjärjestys tarjoaa ja minkälaiset sääntelykeinot ovat edullisimpia uusien oikeuksien tai intressien edistämiseksi. Myös kansallisella tasolla oikeudellisia keinoja kehitettäessä kriminalisointi on nähtävä viimekätiseksi keinoksi.

10. Seuraavissa jaksoissa pohditaan ensin *yleisluonteisesti* modernin biolääketieteellisen teknologian esiin nostattamia (uusia) arvoja ja intressejä sekä sen jälkeen niiden suojelemiseksi tarpeellisia (uusia) sääntelykeinoja. Erityistä huomiota on kiinnitettävä rikosoikeuden merkitykseen sääntelykeinojen kokonaisuudessa. Tämän jälkeen käsitellään lyhyesti niitä *erityiskysymyksiä,* jotka liittyvät aihepiirin kuhunkin osakokonaisuuteen:

— ihmiseen kohdistuva lääketieteellinen tutkimus;
— ihmisen elin- ja kudossiirrot;
— ihmisen keinoalkuiset lisääntymismenetelmät;
— alkiotutkimus ja muu ihmisalkioon tai -sikiöön puuttuminen;

— ihmisen perimään puuttuminen;
— geneettinen diagnostiikka ja seulonta.

Näistä osakokonaisuuksista neljä viimeksi mainittua kuuluvat nimenomaan modernin biolääketieteen ja sen teknologian alaan.

III. Yleistä modernin biolääketieteen ja sen teknologian esiin nostattamista suojeluintresseistä

1. Edellä (II.5) lyhyesti kuvattu kehitys johti korostamaan potilaan ja koehenkilön *integriteetin ja itsemääräämisoikeuden* huomioon ottamista kaikessa heihin kohdistuvassa biolääketieteellisessä toiminnassa, on se sitten puhtaasti terapeuttista, puhtaasti kokeellista tai näiden välimaastoon sijoittuvaa ihmisen käsittelyä. Ihmisoikeusnormeissa, kuten kansalais- ja poliittisia oikeuksia koskevan kansainvälisen yleissopimuksen säännöksissä, tunnustetaan mm. nämä ns. vapausoikeudet.

Ihmisarvo (human dignity) on YK:n ihmisoikeusasiakirjoissa eräänlainen perustava ihmisoikeus. YK:n peruskirjan johdannossa lähdetään ihmiskunnan kaikkien jäsenten synnynnäisen arvon tunnustamisesta, ja sama seikka todetaan niin hyvin YK:n ihmisoikeuksien yleismaailmallisen julistuksen (1948) kuin YK:n vuonna 1966 hyväksyttyjen ihmisoikeussopimusten johdannossa.

Mainitut vapausoikeudet — ennen kaikkea oikeus vapauteen ja ruumiilliseen koskemattomuuteen — ovat yleensä saaneet ilmauksensa myös eri maiden perustuslaeissa, ja niiden noudattamisen tehosteena käytetään kriminalisointeja. Ovathan rikosoikeuden perinteisesti suojaamia oikeushyviä juuri ihmisen henki, ruumiillinen koskemattomuus ja vapaus. Rikoslain rangaistussäännöksillä osoitetaan kaikkein voimakkaimmin, mitä arvoja ja etuuksia yhteiskunnassa pidetään tärkeinä.

Silloin kun on kysymys »tavallisesta», terapeuttisesta lääketieteellisestä käsittelystä, jolla puututaan ruumiilliseen koskemattomuuteen, eri oikeusjärjestykset poikkeavat melkoisesti toisistaan siinä suhteessa, minkä edellytysten vallitessa yleiset henkeä, ruumiillista koskemattomuutta tai vapautta suojaavat rikossäännökset voivat tulla sovellettaviksi — jos ovat sovellettavissa lainkaan. — Esimerkiksi Suomen rikoslain näitä oikeushyviä suojaavat säännökset eivät soveltune tavanmukaisiin potilaan koskemattomuuden tai itsemääräämisoikeuden loukkauksiin (varsinkin kun lisäksi otetaan huomioon rangaistavuuden poistavat perusteet); tosin sellaisetkin loukkaukset ovat normaalisti ter-

veydenhuoltohenkilöstön virka- ja ammattivelvollisuuksien vastaista menettelyä.[17]

Mainitunlaisten rikosoikeudellisten säännösten välitön merkitys on suurempi silloin, kun pidetään silmällä muita kuin asianomaisen potilaan hyväksi (hoitamiseksi) suoritettavia lääketieteellisen käsittelyn muotoja, kuten ihmiseen kohdistuvaa lääketieteellistä tutkimusta. Modernin biolääketieteellisen teknologian kehitys on kuitenkin paljastanut puutteita klassisten vapausoikeuksien tarjoamassa suojassa ja perinteisissä rikosoikeuden suojeluobjekteissa.

2. Ennen kaikkea on kysymys ihmisen *syntymistä edeltävän hengen tai terveyden* suojan puutteellisuudesta. Kansallisista raporteista käy ilmi, että voimassa olevien lakien tarjoama suoja on tältä osin varsin fragmentaarista eri maissa. Lakeja uudistettaessa joudutuaan harkitsemaan, kuinka laajalti oikeutta elämään ja/tai *potentiaalisen yksilön* (henkilön, ihmisen) henkeä tai ruumiillista koskemattomuutta olisi pyrittävä oikeuskeinoin turvaamaan. Niin ikään joudutaan ottamaan kantaa siihen, onko nimenomaisin lainsäännöksin pyrittävä suojaamaan ihmisten *geneettistä koskemattomuutta* (identiteettiä).

Mainitut oikeudet ja intressit eivät ole ainuita huomioon otettavia. Muiden muassa oikeus yksityisyyden ja persoonallisuuden suojaan, syrjinnän kielto, ympäristönsuojelu sekä avioliitto- ja perheinstituutiota suojelevat arvot voivat olla asettamassa esteitä tiettyjen biolääketieteellisten menetelmien käytölle (vrt. jäljempänä).

3. Toisaalta *tutkimuksen vapaus* on eräissä maissa jopa perustuslain turvaama arvo (esim. Italiassa, Kreikassa ja Saksan liittotasavallassa). Tutkimuksen vapaudella puolestaan edistetään yhteistä hyvää koskevia kollektiivisia tavoitteita. Sääntelyn tarvetta aiheuttaa se, että tutkimuksen vapaus ei välttämättä johda vain positiivisiin vaikutuksiin yhteiskunnan kannalta (esimerkiksi edistäessään terveydenhuollon tavoitteita), vaan modernin biolääketieteen ja sen teknologian sivuvaikutukset voivat olla myös kielteisiä — eivätkä vain yksilöiden oikeuksien vaan myös yhteiskunnan kollektiivisten tavoitteiden kannalta.

Sanotusta seuraa, että harkittaessa miten säännellä modernin biolääketieteen ja sen teknologian käyttöä joudutaan vertaamaan ja sovittamaan yhteen keskenään hyvin erilaisia oikeuksia ja intressejä tai — hieman toisin muotoiltuna — erilaisia arvoja ja tavoitteita. Tällaisen punninnan vaikeus heijastuu

[17] Ks. esim. Raimo *Lahti,* Potilaalta hoitotoimenpiteeseen hankittavan suostumuksen oikeudellista arviointia. Rikosoikeudellisia kirjoitelmia III Niilo Kullervo Salovaaralle 13. 10. 1972 omistettu. Vammala 1972 s. 64—92 (86) ja *Tuovinen,* RIDP 1988 s. 861—883 (865—866).

keinojen valintaan: ilmeisesti tarvitaan tavallista eriytyneempi valikoima kysymykseen tulevia keinoja.

4. Kuvatunlaista punnintaa ilmeisesti helpottaa tai ainakin selkeyttää moraalifilosofisten erottelujen ja argumentaatiotapojen hyväksi käyttö. Kansallisista raportööreistä on varsinkin Ferrando *Mantovani* (Italiasta) käsitellyt asiaan vaikuttavia ihmiskäsityksiä: vastakkain ovat utilitaristinen ja yksilön oikeuksia korostava käsitys.[18]

Vastaavasti erotetaan moraalisia periaatteita sen mukaan, ovatko ne teleologisia (utilitaristisia) vai deontologisia.[19] Jos tämä jaottelu yksinkertaistaen kytketään edellä esitettyyn, tutkimuksen vapaudella edistettävät yhteiskunnan kollektiiviset tavoitteet ovat utilitaristisen ajattelun mukaisia, kun taas ihmisoikeudet ovat deontologisen etiikan mukaisia arvoja. Se, kummanko moraaliteorian mukaista käsitystä edustaa, ei kuitenkaan välttämättä ilmene yksittäisten toimintasääntöjen tai kannanottojen erilaisuutena.

IV. Yleistä modernin biolääketieteellisen teknologian käytön sääntelemistä tarkoittavista keinoista

1. Useissa kansallisissa raporteissa on pohdittu otsikkokysymystä monipuolisesti. Tarkastelu on ymmärrettävästi suuntautunut oikeus- ja kriminaalipoliittisesti. Useissa raporteissa on myös moraali- ja oikeusfilosofisia aineksia; joudutaanhan sääntelyvaihtoehtoja harkittaessa suorittamaan oikeuden ja moraalin rajankäyntiä.

Esimerkiksi Amos *Shapira* (Israelista) on esittänyt kaksi huomion arvoista lähtökohtaa sääntelykeinojen tarkastelun pohjaksi. Ensinnäkin koska eräät uudet biolääketieteelliset teknologiat usein ovat kiivaiden eettisten kiistelyjen kohteena, optimaalista oikeudellisen kontrollin mekanismia — jos sellaista onkaan — tulee harkita erityisen perusteellisesti. Toiseksi, normatiivista sääntelyjärjestelmää suunniteltaessa on pidettävä mielessä kaikkien asianomaisten ryhmien ja yksilöiden relevantit oikeudet ja intressit.[20]

---

[18] Ks. Mantovani, RIDP 1988 s. 1011—1035 (1012—1013): la conception utilitariste — la conception personnaliste. Mantovani toteaa Italian perustuslain olevan näistä jälkimmäisen kannalla.

[19] Ks. tarkemmin esim. Tom L. *Beauchamp*—James F. *Childress,* Principles of Medical Ethics. 2nd ed. Oxford University Press, 1983, ch. 2. Vrt. esim. Lis *Frost*in erotteluun: Reproduktionsteknologi: Rettigheds-, procedural- eller omsorgsetik? Tidsskrift for Rettsvitenskap 1989 s. 89—111.

[20] Shapira, RIDP 1988 s. 991—1009 (992).

Kansallisissa raporteissa on hyvin laajalti oltu tämän kaltaisista lähtökohdista seuraavalla varovaisella kannalla uusien oikeudellisten, varsinkaan rikosoikeudellisten, sääntelykeinojen käyttöönoton suhteen. Perusteluissa on tietysti erilaisia vivahteita, ja yksittäiskysymyksissä kannat eroavat toisistaan. Ilmeisesti monen raportöörin ajattelua ilmentää Jean-Louis *Baudouin*in (Kanadasta) seuraava lausuma: Todellinen uutta lääketieteellistä teknologiaa koskeva ongelma todennäköisesti on vetää tiedeyhteisöä varten ääriviivat siitä, mikä on sallittua ja mikä ei, sekä määrittää ne ehdot, joiden vallitessa tietyt toimenpiteet saadaan pätevästi suorittaa. Se, käytetäänkö sanktioinnissa rikosoikeutta vai ei, on toisarvoista.[21]

2. Sääntely- ja kontrollivaihtoehtoja harkittaessa on yksi peruskysymys, missä määrin uskotaan »pehmeiden» toimenpiteiden riittävän; toisin sanoen, kuinka pitkälle uskotaan selvittävän toimenpiteillä, joilla tähdätään korkeatasoisen ammattietiikan ylläpitämiseen eettisiä normeja ja niiden toimeenpanokoneistoa kehittämällä. On kuitenkin huomattava, ettei ammattieettinen kontrolli välttämättä ole vastakkaissuhteessa oikeudelliseen sääntelyyn — seuraavista syistä:

Ensiksikin eettiset ja oikeudelliset normit ovat vuorovaikutussuhteessa. Vaikkei jostakin lääketieteellisestä käsittelystä ole expressis verbis annettu säännöksiä, sellaiseenkin toimintaan ovat voimassa oikeusjärjestyksen kokonaisuudesta (siviili-, hallinto- ja rikosoikeudesta) pääteltävät vastuu- ja sanktioperiaatteet. Oikeudellista epäselvyyttä näistä periaatteista voi vallita, ja »aukkoja» niissä voi olla, mutta silloinkaan lääketieteellinen toiminta tai modernin biolääketieteellisen teknologian käyttö ei ole täydellisessä oikeudellisessa tyhjiössä. Toisaalta nimenomaan silloin, kun keskeisesti nojaudutaan yleisiin oikeudellisen vastuun periaatteisiin, ne saavat olennaisen sisältönsä vastaavista lääkintäeettisistä periaatteista.

Toiseksi on kansallisten raporttien perusteella havaittavissa eri maissa sen suuntaista kehitystä, että lääkintä- ja/tai tutkimuseettisiä kysymyksiä käsittelevien paikallisten ja valtakunnallisten toimikuntien tms. elinten oikeudellista asemaa selvennetään ja niille annetaan tiettyjä lakisääteisiä valvontatehtäviä.

Tämän lisäksi on suuntauksena, että näiden eettisten toimikuntien tms. elinten asemaa ja toimintaedellytyksiä eri tavoin kehitetään. Nämä elimet pyrkivät myös yhtenäistämään käytäntöä antamalla yleisluonteisia eettisiä normistoja lääketieteellisen toiminnan ja tutkimustyön eri aloilta.

3. Harkittaessa nimenomaan oikeudellisten keinojen kehittämistä on eri

[21] Baudouin, RIDP 1988 s. 745—774 (768).

maissa — kansallisista raporteista päätellen — muotoutunut erilaisia virallisia valvontajärjestelmiä terveydenhuoltohenkilöstön kontrollia varten. Valvontajärjestelmiin vaikuttaa mm. se, miten suuri on toisaalta julkisen ja toisaalta yksityisen terveydenhuoltosektorin osuus asianomaisessa yhteiskunnassa.

Tämän mukaisesti potilaan ja lääkärin suhde voi olla painottunut joko yksityisoikeuden suuntaan (korostetaan suhteen sopimusluonnetta) tai julkisoikeuden suuntaan (korostetaan hoitoonoton hallinnollisen ratkaisun piirteitä). Potilaan käytettävissä olevat oikeuskeinot voivat vastaavasti painottua joko yksityisoikeuden tai julkisoikeuden puolelle. Erityisesti niissä maissa, joissa julkisen terveydenhuollon osuus on suuri, valvonta tapahtuu paljolti hallinnollista tietä: kurinpitotoimenpitein tai ammatinharjoittamisoikeutta rajoittamalla (näin esimerkiksi Pohjoismaissa).

Oikeudellisen vastuun muotoja kehitettäessä voivat niin ikään sanktioinnin reparatiivinen ja repressiivinen funktio saada hyvinkin erivahvuisen merkityksen. Esimerkiksi Ruotsissa on jo vuonna 1975 ja Suomessa vuonna 1987 otettu käyttöön erityinen potilasvakuutusjärjestelmä, jolla potilaille ja koehenkilöille taataan yleisen vahingonkorvausoikeuden mukaiset korvaukset hoitoon tai koetoimintaan liittyvistä henkilövahingoista. Vakuutuksen kustannuksista vastaavat potentiaaliset korvausvelvolliset, käytännössä lähinnä julkista terveydenhuoltoa ylläpitävät julkisyhteisöt. Rikosoikeuden välitön merkitys, esimerkiksi rikosoikeudenkäyntien määrällä mitaten, on näissä maissa vähäinen, varsinkin kun sitä verrataan terveydenhuoltohenkilöstöön kohdistuvan hallinnollisen valvonnan osuuteen.[22]

Rikosoikeuden merkitykseen terveydenhuollon alalla voivat vaikuttaa myös kunkin maan historialliset taustatekijät. Esimerkiksi Saksan liittotasavallassa näytetään pidettävän erityisen tärkeänä kehittää nimenomaan rikosoikeutta vastaamaan modernin biolääketieteellisen teknologian asettamiin haasteisiin.

V. Erityisesti rikosoikeuden asemasta ja merkityksestä

1. Yleisluonteinen lääkärin rikosoikeudellista vastuuta koskeva problematiikka on jäänyt kansallisissa raporteissa vähälle huomiolle, joskin esimerkiksi *Baudouin*in ja *Shapira*n raporteissa on siitä hyvä katsaus asianomaisten maiden oikeusjärjestysten (Kanadan ja Israelin) kannalta.[23]

[22] Ks. myös *Lahti,* Lääkintätoimi ja rikosoikeus. Rikosoikeudellisia kirjoitelmia V Sylvi Inkeri Anttilalle 29. 11. 1986 omistettu. Vammala 1986 s. 125—138 (129—131).

[23] Ks. Baudouin, RIDP 1988 s. 748—749 ja Shapira, RIDP 1988 s. 992—995.

Pohdittaessa, milloin kriminalisointi eli rangaistusuhan asettaminen on perusteltua, joudutaan analysoimaan rikosoikeuden käytölle asetettavia yleisiä rationaalisuusehtoja. Kiinnostavimpia ovat rikosoikeuden käyttöä rajoittavat periaatteet, joista tunnetuimpiin kuuluvat Jerome *Benthamin* alkuaan esittämät: rikosoikeutta ei tule käyttää sellaisen käyttäytymisen sanktioimiseksi, joka ei aiheuta vahinkoa (harm); rikosoikeutta ei pidä käyttää sellaisen tarkoituksen saavuttamiseksi, johon voidaan päästä vähemmin kärsimyksin; rikosoikeus ei ole sovelias keino, jos rankaisemisesta on enemmän vahinkoa kuin itse rikoksesta.[24]

Jonkin verran Benthamia muunnellen päädytään vaatimuksiin, että kriminalisoinnin tulee olla viimekätinen keino, *ultima ratio:* ensinnäkin on tultava täysin vakuuttuneeksi kriminalisoitavan käyttäytymismuodon haitallisuudesta ja paheksuttavuudesta (ts. käyttäytymismuodon on oltava rankaisemisen arvoinen); toiseksi kriminalisoinnin tulee olla tarkoituksenmukainen eli tarpeellinen ja sovelias keino käyttäytymisen sääntelyyn (tätä harkittaessa on suoritettava vaihtoehtoisten keinojen edullisuusvertailua).[25]

Kriminalisointeja koskevien periaatteiden sisältö määräytyy tietysti paljolti sen mukaan, mitkä ovat tarkastelijan moraalifilosofiset ja kriminaalipoliittiset lähtökohdat. Esimerkiksi argumentaatio voi painottua eri vahvuisesti tavoite- tai arvorationalismin suuntaan sen mukaan, mikä merkitys annetaan utilitaristisille tavoitteille (kuten rikosoikeuden preventiivisille vaikutuksille) ja mikä merkitys yksilön oikeuksille ja oikeudenmukaisuuden ja sen kaltaisille arvoille.

2. Kansallisissa raporteissa on yleensä voimakkaasti korostettu rikosoikeuden toissijaisuutta ja edellytetty kriminalisointia koskevien ratkaisujen perustumista seikkaperäiseen ja eriytyneeseen punnintaan rikosoikeuden käyttöä puoltavien ja sitä vastaan puhuvien argumenttien kesken. Esimerkiksi ajatukseen »ennakoivasta rikosoikeudellisesta suojelusta» on suhtauduttu torjuvasti.[26]

---

[24] Ks. näistä periaatteista ja niiden edelleen kehittelyistä Nigel *Walker,* Punishment, Danger & Stigma. Oxford 1980, ch. 1.

[25] Ks. esim. kansallisista raporteista Portugalin Manuel *da Costa Andrade,* RIDP 1988 s. 1113—1131 (1114) ja lisäksi Albin *Eser,* Strafrechtliche Schutzaspekte im Bereich der Humangenetik. Gentechnologie. Etische und rechtliche Fragen der Gentechnologie und der Reproduktionsmedizin. München 1987 s. 120—149 (123—126). Kriminalisointiperiaatteet ovat saksankielisin käsittein lyhyesti Strafwürdigkeit, Strafbedürftigkeit ja Straftauglichkeit.

Kotimaisesta keskustelusta ks. erit. Rikosoikeuskomitean mietintö. Komiteanmietintö 1976: 72. Helsinki 1977 s. 48—50.

[26] Näin Itävallan Peter J. *Schick,* RIDP 1988 s. 653—674 (668).

Rikosoikeuden käyttökelpoisuutta vastaan kohdistetun kritiikin voimakkuus on ymmärrettävästi yhteydessä toisaalta siihen, miten arvostelija mieltää yksittäisten kriminalisointiperiaatteiden sisällön ja merkityksen, sekä toisaalta siihen, miten hän arvioi yksittäistä kriminalisointiratkaisua omaksumiensa periaatteiden kannalta.

Colin J. H. *Thomson* (Australiasta) on luokitellut olemassa olevia oikeudellisia sääntelyitä ja pohtinut kriminalisointiperiaatteiden sovellettavuutta kuhunkin niistä. Erittely päätyy hyvin pessimistiseen arvioon rikosoikeuden käyttökelpoisuudesta. Modernin biolääketieteen synnyttämät ongelmat ovat ylipäänsä niin uusia, etteivät ne ole vain moraalisesti riidanalaisia vaan kiistanalaisia siinäkin suhteessa, ovatko ne moraalisia kysymyksiä. Moraalisen vääryyden tunnusmerkki on kyseenalainen, koska yhteiskunta on pluralistinen ja koska tuon tunnusmerkin liittäminen tieteelliseen toimintaan saattaa viimeksi mainitun epäasianmukaiseen valoon.[27]

Eräs näkemyseroja aiheuttava seikka on, katsotaanko rikoslain symbolisen funktion — moraalisen paheksumisen — ainakin joissakin tapauksissa olevan riittävä peruste sen käytölle, ilman että vaaditaan edellä mainittujen utilitaristisesti painottuvien kriminalisointiperiaatteiden (teon haitallisuuden tai kriminalisoinnin tarpeellisuuden ja soveltuvuuden) käsillä oloa. Erimielisyys voi tietysti koskea myös haitan käsitteen sisällön määrittelyä tai sen arviointia, onko rangaistusuhka tarkoituksenmukainen sääntelykeino. Rationaalisuuteen tähtäävässä keskustelussa on näistä jälkimmäisistä seikoista ainakin periaatteessa helpompi päästä yksimielisyyteen kuin puhtaasta moraaliarvostelmasta.[28]

A. T. H. *Smith* (Yhdistyneestä Kuningaskunnasta) tähdentää olevan tärkeää erottaa (rikos)lain ohjaustehtävä ja sen merkitys paheksunnan osoittajana. Jos lainsäädäntöön on biolääketieteen alalla ylipäänsä turvauduttava, lailla on luotava ohjausjärjestelmä, jossa luvan myöntävä viranomainen valvoo alaa. Tällöin käytettävissä olevien rikosoikeudellisten seuraamusten tulisi rajoittua ohjaustehtävään (regulatory function).[29]

---

[27] Thomson, RIDP 1988 s. 631—651 (644—648).

[28] Moraalifilosofi R. M. *Hare* on Englannin keinohedelmöitystä koskevaa ehdotusta käsitellessään erottanut intuitiivisen ja utilitaristisen tarkastelutavan. Edelliselle riittää perusteluksi, että jokin käyttäytyminen on paheksuttavaa (esim. moraalituntemusten vastaista), kun taas jälkimmäinen edellyttää kannan tueksi voitavan esittää vakuuttavia argumentteja. Hare, In Vitro Fertilisation and the Warnock Report. Ruth F. Chadwick (ed.), Ethics, Reproduction and Genetic Control. Croom Helm, 1987 s. 71—90 (78—79). Ks. myös esim. Arthur *Kaufmann,* Rechtsphilosophische Reflexionen über Biotechnologie und Bioetik an der Schwelle zum dritten Jahrtausend. Juristen Zeitung 1987 s. 837—847.

[29] Smith, RIDP 1988 s. 1231—1248 (1236).

Tämän johdosta voidaan todeta, kriminalisoinneilla suojeltavien arvojen ja intressien piiri on laajentunut ja samalla hämärtynyt. Tiettyjä tekoja, jotka aiheuttavat kielteisiä vaikutuksia yksilöllisille tai yhteisöllisille intresseille, ei sellaisinaan kriminalisoida, vaan tietty toiminta saatetaan sallia määräedellytysten vallitessa, jolloin säädetään rangaistavaksi jonkin ilmoituksen tekemättä tai luvan hankkimatta tai tiettyihin toimenpiteisiin ryhtymättä jättäminen. Tällainen kehitys on ollut tunnusomaista mm. taloudellisen rikollisuuden sääntelyssä. Kansallisista raporteista päätellen näyttää painopiste myös lääketieteellisen toiminnan ja modernin bioteknologian käytön rikosoikeudellisessa sääntelyssä — silloin kun siihen ylipäänsä turvaudutaan — suuntautuvan samoin.

On huomattava, että esimerkiksi monissa Euroopan oikeusjärjestelmissä rikosoikeudesta selkeästi erotetaan hallintorikosoikeus, ja lisäksi voi olla käytössä (muita) rangaistukseen verrattavia hallinnollisia sanktioita.[30] — Kun edellä on puhuttu lain ohjaustehtävästä — erotuksena paheksumisarvostelmasta —, sellaisen funktion täyttävät tyypillisesti juuri viimeksi mainitun kaltaiset seuraamukset.

Arvioitaessa rikosoikeuden käyttökelpoisuutta sääntelykeinona on muistettava senkin voivan olla siinä mielessä dynaaminen oikeudenala, ettei ole välttämätöntä rajoittua kriminalisoimaan vain määrättyjen vahingollisten seurausten aiheuttamista: rangaistavuus on ulotettavissa vahingon vaaraa aiheuttaviin menettelytapoihin. Monilla oikeudenaloilla on nimenomaan tieteellis-teknisen kehityksen synnyttämien ongelmien johdosta toteutettu konkreettisen, abstraktisen tai vain presumoidun vaaran aiheuttamiselle rakentuvia kriminalisointeja.

Esimerkiksi *Mantovani* (Italiasta) on raportissaan pohtinut uuden preventiivisen rikosoikeuden tarjoamia mahdollisuuksia uuden biolääketieteellisen teknologian käytön sääntelemiseksi.[31] Carlos *Künsemüller* (Chilestä) sekä Tibor *Horváth* ja Kálmán *Györgyi* (Unkarista) ovat käsitelleet maittensa kannalta relevantteja vaarantamiskriminalisointeja.[32]

---

[30] Ks. etenkin RIDP 1—2/1988 (s. 7—525), joka on rikosoikeuden ja hallintorikosoikeuden eroa käsittelevän AIDP:n kollokvion aineisto.

[31] Mantovani, RIDP 1988 s. 1015.

[32] Künsemüller, RIDP 1988 s. 775—789 (781—782) ja Horváth—Györgyi, RIDP 1988 s. 961—981 (964—965).

VI. Ihmisiin kohdistuvat (bio)lääketieteelliset tutkimukset (lääketutkimukset mukaan lukien)

1. Otsikkokysymystä ei ole käsitelty likikään kaikissa kansallisissa raporteissa. Sen sisällyttäminen teeman osakysymyksiin on perusteltavissa toisaalta historiallisilla syillä (em. Nürnbergin säännöstö). Toisaalta ihmiseen kohdistuvaan tutkimukseen sovellettavat periaatteet ovat perustana tai ainakin tärkeitä vertailukohtia kehitettäessä ohjeistoja, jotka koskevat nimenomaan modernia biolääketiedettä ja sen teknologiaa — esimerkiksi ihmisen alkioon kohdistuvaa tutkimusta tai geeniterapiaa.

Nürnbergin säännöstön on katsottu muotoutuneen nimenomaan sotilasoikeudenkäyntien yhteydessä tuomareiden määrittämänä.[33] Säännöstön syntytausta liitti kysymyksen kansainvälisen rikosoikeuden alaan kuuluvaksi ilmiöksi. Erityisesti *Bassiounin* toimenpiteiden tuloksena on vireillä hanke laitonta ihmiseen kohdistuvaa lääketieteellistä tutkimustoimintaa koskevan yleissopimuksen aikaansaamiseksi.[34]

2. Myöhemmin on Nürnbergin säännöstön pohjalta syntynyt muita kansainvälisiä ohjeistoja, joista merkittävin on biolääketieteellistä tutkimustyötä koskeva Helsingin julistus vuodelta 1964 vuonna 1975 tarkistetussa muodossaan.[35] Erityisen huomion arvoinen on myös vuodelta 1982 oleva vastaavanlainen ohjeisto, jonka laatimisessa on ollut mukana Maailman terveysjärjestö WHO.[36]

Kansallisista raporteista päätellen on nimenomaan Helsingin julistuksen mukainen eettinen normisto omaksuttu laajalti eri maissa, joskin useissa maissa ne ovat jonkin kansallisen elimen yhtenäisesti muotoilemia ohjeistoja. Raporteista ei tosin ole aina helppoa tarkkaan päätellä, onko kysymys yksinomaan ammattikunnan sisäisestä itsesäätelystä vai lisäksi virallisesta (oikeudellisesta) sääntelystä, joka asettaa koetoiminnassa noudatettavalle menettelylle hallinnollisesti sanktioituja ilmoitus-, pöytäkirjanpito- tai lupavaatimuksia.

Ihmiseen kohdistuva lääketieteellinen tutkimus on harvoissa maissa ollut erityisen oikeudellisen sääntelyn kohteena. Puola on sikäläiseen rikoslakiin vuonna 1985 tehdyn muutoksen jälkeen harvoja poikkeuksia tässä suhteessa,

---

[33] Ks. esim. A. M. *Capron,* Research Ethics and the Law. Berg—Tranøy (eds), Research Ethics. New York 1983 s. 13—23 (15).

[34] Ks. Le contrôle de l'expérimentation sur l'homme. RIDP 3—4/1980.

[35] Se on julkaistu suomeksi mm. Lääkintäetiikka-teoksessa s. 291—294.

[36] Ks. Proposed International Guidelines for Biomedical Research Involving Human Subjects. WHO & Council for International Organizations of Medical Sciences, 1982.

ja kiinnostavaa Puolan muutetussa rikoslaissa on erityisesti se, että siinä säädetään hyväksyttävän ihmiskokeilun aineellisista edellytyksistä eli rangaistavuuden poistavista perusteista.[37]

Kliinisten lääkekokeiden lain tasoinen sääntely, usein lääkelakien osana, on huomattavasti tavallisempaa (esim. Belgia, Etelä-Afrikka, Italia, Japani, Puola, Ruotsi ja Saksan liittotasavalta). Myös Suomen vuoden 1987 lääkelaissa on perussäännökset kliinisistä lääketutkimuksista. Kummankin tyyppistä koetoimintaa on säännelty oikeudellisesti — paitsi Puolassa — ainakin Israelissa, Unkarissa ja Yhdysvalloissa.

Se, ettei ihmiseen kohdistuvaa tutkimusta ole monissakaan maissa erikseen säännelty oikeudellisesti, ei tietenkään merkitse oikeussuojan täydellistä puuttumista (ks. edellä IV). Esimerkiksi ruumiillisen koskemattomuuden tai vapauden suojaa tarkoittavat oikeuskeinot ovat niiden yleisten edellytysten mukaisesti käytettävissä.

3. Keskeisin Nürnbergin säännöstössä hyväksytty periaate edellytti koehenkilön vapaaehtoista suostumusta. Tämä periaate on edelleen yhtä tärkeä, ja on saanut ilmauksensa myös KP-sopimuksen 7. artiklassa. Helsingin julistuksessa koehenkilön suostumusta koskevaa vaatimusta ei kuitenkaan ole kirjoitettu yhtä ehdottomaan muotoon kuin Nürnbergin säännöstössä.

Oikeustilaa olisikin suostumuksen periaatteen määrittämiseksi syytä selventää. Tällöin olisi erityisesti huolehdittava sellaisten koehenkilöiden suojelemisesta, jotka eivät ikänsä tai sieluntilansa vuoksi kykene itse antamaan pätevää suostumusta toimenpiteeseen tai joiden päätöksenteon riippumattomuus on uhattuna.

4. Luvallisen ihmiseen kohdistuvan tutkimuksen edellytyksistä tärkeisiin kuuluu myös vaatimus koehenkilön edun ja oikeuksien huomioon ottamisesta sekä siitä, että koehenkilölle tai muille koituva riski on verrannollinen odotettavissa olevaan hyötyyn. Puolan vuonna 1985 muutetussa rikoslaissa on hyväksyttävän koetoiminnan edellytykset määritelty tätäkin yksityiskohtaisemmin.

5. Helsingin julistuksen sisältämiä uutuuksia oli se, että ohjeistossa erotetaan toisistaan kliininen eli hoitoon liittyvä tutkimus ja ei-kliininen biolääketieteellinen tutkimus. Tämä erottelu on tärkeä mm. sen havainnollistamiseksi, ettei perinteinen lääkärin ja potilaan väliseen suhteeseen kytkeytyvä eettinen normisto — eikä yksistään terveydenhuoltohenkilöstöön kohdistuva valvonta — ole riittävää. Uusia oikeuskeinoja tarvitaan nimenomaan hoitoon liittymättömän koetoiminnan ohjaamiseksi ja valvomiseksi.

---

[37] Kazimierz *Buchała*—Leszek *Kubicki*, RIDP 1988 s. 1097—1112 (1099—1101).

6. Toinen keskeinen Helsingin julistuksen mukanaan tuoma uutuus oli vaatimus tutkimussuunnitelmien laatimisesta ja tarkistuttamisesta eettisillä toimikunnilla. Näiden eettisten toimikuntien järjestelmää on eri maissa kehitelty vaihtelevasti. Ilmeisesti niiden oikeudellinen status ja toimivalta ovat useissa maissa epämääräisiä ja kaipaisivat selkiinnyttämistä. Näiden toimikuntien asemaa säänneltäessä on huolehdittava siitä, että ne ovat tutkimussuunnitelmia tarkastaessaan riippumattomia ja puolueettomia sekä edustavat monipuolista asiantuntemusta.

7. Joissakin kansallisissa raporteissa on käsitelty lääkkeitä koskevia säätelyitä muiltakin osin kuin kliinisten lääketutkimusten kannalta (esim. niiden rekisteröintiä tai markkinointiluvan antamista). Esimerkiksi Australian ja Yhdysvaltain raporteissa on lääkkeitä koskevien määräysten kerrottu soveltuvan myös geenitekniikan avulla valmistettuihin tuotteisiin.

8. Ihmisiin kohdistuvien lääketieteellisten tutkimusten säätelyitä kehitettäessä on tärkeää parantaa koehenkilön korvausturvaa siten, että hänellä on mahdollisen vahingon tapahtuessa oikeus korvaukseen siitä riippumatta, pystytäänkö osoittamaan jonkun henkilön tuottamuksellaan sen aiheuttaneen. Tällainen sääntely on toteutettu mm. Suomessa ja Ruotsissa. — Kansainvälisesti merkittävä hanke on edistää edellä (VI.1) mainitun yleissopimusluonnoksen saamista lopulliseksi.

VII. Ihmisen elin- ja kudossiirrot

1. Ihmisen elinten tai kudosten irrottamisesta on annettu lain tasoisia erityissäännöksiä useimmissa kansallisten raporttien kattamissa maissa. Näyttää olevan tavallisempaa antaa säännöksiä elinten tai kudosten irrottamisesta kuolleelta kuin elävältä henkilöltä irrottamisesta. Varsin uudet elin- ja kudossiirtolait on annettu Suomessa (1985) ja Belgiassa (1986).

Eurooppalaista alan lainsäädäntöä on ollut omiaan yhtenäistämään Euroopan neuvoston ministerineuvoston asiasta vuonna 1978 hyväksymä suositus.[38] Kairossa maaliskuussa 1987 pidetyssä arabimaiden konferenssissa, jossa käsiteltiin valmistavasti käsillä olevaa AIDP:n teemaa, hyväksyttiin päätöslauselma, jonka keskeinen osa koskee juuri elin- ja kudossiirtoja.[39]

---

[38] Resolution (78) 29 on Harmonisation of Legislations of Member States Relating to Removal, Grafting and Transplantions of Human Substances.

[39] Ks. tuosta Kairon päätöslauselmasta RIDP 1988 s. 1359—1361.

2. Muun muassa viimeksi mainittujen suositusten lähtökohtainen asennoituminen elin- ja kudossiirtoihin on myönteinen. Tähän myönteiseen suhtautumiseen ovat osaltaan vaikuttaneet ne rohkaisevat tulokset, joita lääkintäteknologian kehityttyä on saatu elintensiirtojen onnistumisesta. Esimerkiksi munuaisen siirtoa pidetään nykyään määrätyissä tapauksissa normaalina hoitotoimenpiteenä, ja eräiltä muunkinlaisilta elintensiirroilta on poistumassa kokeellisen toiminnan luonne.

3. Elin- ja kudossiirtoihin liittyy eräitä samantyyppisiä eettisiä ja oikeudellisia ongelmia kuin edellä (VI) käsiteltyihin ihmiskokeisiin. Sellaisia on ensinnä luovuttajan itsemääräämisoikeuden kunnioittaminen, olkoonkin että kuolleen elinten tai kudosten irrottamisesta puhuttaessa suostumusvaatimus saa erilaisen sisällön. — Esimerkiksi, miten on suhtauduttava sellaisten elinten siirtoihin, jotka irrotettaisiin alaikäiseltä tai muuten oikeustoimikelvottomalta? Entä miten tulee suhtautua kuolleen kudosten siirtämiseen silloin, kun kuolleen elinaikanaan ilmaisemaa tahtoa ei ole tiedossa?

Toiseksi joudutaan harkitsemaan elin- ja kudossiirtoihin liittyviä oikeudenmukaisuuskysymyksiä siirtotoiminnan riskien ja hyötyjen jaosta. Esimerkiksi, miten tulisi rajoittaa sellaisten kudosten irrottamista, jotka eivät uusiudu? Miten on suhtauduttava irrottamistoimenpiteeseen, josta aiheutuu vaaraa luovuttajan hengelle tai terveydelle, ja miten olisi huolehdittava luovuttajan korvausturvasta vahingon sattuessa?

4. Päätöslauselmassa kosketeltaviin kysymyksiin kuuluu myös kuoleman määrittelytapa, koska se vaikuttaa elin- ja kudossiirtojen edellytyksiin ja niiden suorittamismahdollisuuksiin. Hyvin voimakas kansainvälinen kehityssuunta on omaksua ns. aivokuolemaan perustuva määrittelytapa. Suomi otti vuonna 1971 ilmeisesti ensimmäisenä maana maailmassa virallisesti käyttöön aivokuoleman käsitteen kuoleman määrittelyssä.[40]

5. Se, että elintensiirtotoiminta on kallista ja elimiä on vaikeaa riittävästi hankkia, luo paineita alan kaupallistumiselle. Sellaista kehitystä on kuitenkin eettisistä syistä vastustettava.

---

[40] Ks. David *Lamb*, Death, Brain Death and Ethics. Croom Helm, 1985, s. 53. Suomen virallinen kanta ilmaistiin lääkintöhallituksen yleiskirjeellä n:o 1508/71. Se, että määrittely annettiin yleiskirjeessä, synnytti tuolloin keskustelua, olkoonkin että vuoden 1957 kudossiirtolaki sisälsi valtuutussäännöksen.

VIII. Ihmisen keinoalkuiset lisääntymismenetelmät

1. Tällä modernin biolääketieteen ja sen teknologian alalla on useimmissa kansallisten raporttien kattamissa maissa tapahtunut tai tapahtumassa voimakasta oikeudellisten sääntelyiden uudistumista.[41] Sääntelyiden erilainen uudistamistahti ja -tarve ovat ilmeisesti yhteydessä tämän lääkintäteknologian hyväksyttävyyteen ja käyttömahdollisuuksiin, ja näissä suhteissa eri maiden kesken on huomattavia eroja.

Esimerkiksi Vatikaanin kanta keinoalkuisiin lisääntymismenetelmiin on uskonnollis-moraalisin perustein erittäin torjuva, ja sen opin mukaan rajoituksia asetetaan jopa homologiselle inseminaatiolle eli aviomiehen siemennesteellä tapahtuvalle keinosiemennykselle.[42] Saman kaltainen on islamilainen näkemys.[43] Valtiot, joissa katolisen kirkon tai islamilaisen uskonnon yhteiskunnallinen asema on vahva (esimerkkinä edellisestä Italia ja jälkimmäisestä Egypti), ovat siten ymmärrettävästi pidättyväisempiä keinoalkuisiin lisääntymismenetelmiin kuin maat, joissa uskonnon yhteiskunnallinen merkitys on vähäisempi.

2. Kansainvälisesti katsoen erityisen suurta mielenkiintoa keinoalkuisia lisääntymismenetelmiä koskevista lainsäädäntöhankkeista ovat herättäneet Australian Victorian osavaltion hedelmättömyyden käsittelystä vuonna 1984 annettu laki sekä Ison-Britannian laki surrogaattiäitiydestä vuodelta 1985. Nämä lait on tässäkin yhteydessä syytä panna merkille mm. sen takia, että niihin sisältyy aiheen kannalta keskeisiä rangaistussäännöksiä.

Kansallisista raporteista käy ilmi, että eri maissa on viime vuosina annettu muunkinlaista aihepiirin lainsäädäntöä, mutta nuo lait ovat yleensä perheoikeudellisesti painottuneita (esim. Belgian laki vuodelta 1987, Ison-Britannian perhelainsäädännön uudistus samalta vuodelta sekä Ruotsin keinosiemennystä ja -hedelmöitystä koskevat lait 1985 ja 1988). Edelleen voidaan todeta, että useissa maissa on lakia alemmanasteisilla säädöksillä annettu määräyksiä keinoalkuisista lisääntymismenetelmistä (esim. Alankomaat, Chile, Israel, Portugal, Tsekkoslovakia ja Unkari). Eräissä maissa on puolestaan arvovaltais-

---

[41] Ks. RIDP 3—4/1988:n sisältämän aineiston lisäksi esim. Biomedical Ethics: A Multinational View. Hastings Center Report. Special Supplement, June 1987 ja kotimaista vertailevaa selvitystä Désirée *Söderlund,* Inseminaatio, in vitro fertilisaatio ja alkio. Oikeusministeriön lainvalmisteluosaston julkaisu (OLJ) 13/1988. Helsinki 1988.

[42] Ks. Instruction on Respect for Human Life in Its Origin and on the Dignity of Procreation. Vatican City 1987.

[43] Ks. arabimaiden konferenssin (1987) päätöslauselmaa, RIDP 1988 s. 1361—1362.

ten eettisten elinten antamia ohjeistoja tältä alalta (esim. Iso-Britannia, Itävalta, Ranska ja Sveitsi).

Kysymyksessä olevalla alalla on niin ikään useissa maissa vireillä laajoja lainvalmisteluhankkeita. Erityisesti on syytä mainita Saksan liittotasavallassa ilmestyneet ns. Benda-komission ja Enquete-komission mietinnöt sekä sikäläisen oikeusministeriön alustava ehdotus alkionsuojalaiksi.[44] Muita tuoreita lakiehdotuksia on äskettäin valmistunut mm. Kanadassa (1985 Law Reform Commission of Ontario), Portugalissa (Commission pour l'Encadrement Législatif des Nouvelles Technologies) ja Suomessa (1988 oikeusministeriön työryhmän ehdotus).[45] Mainittakoon vielä, että Euroopan neuvoston alaisessa komiteassa (CAHBI) on vuonna 1987 valmistunut ohjeisto ihmisen keinoalkuisista lisääntymismenetelmistä.

Freiburgin kollokvion päätöslauselmassa tähdennetään, että lisääntymislääketieteen alalla rikosoikeudella on joka tapauksessa varsin rajallinen merkitys. Mahdollisten velvollisuuksien rikkomiset ovat vaikeasti tutkittavissa ja syytteeseen saatettavissa. Rangaistusuhan asettaminen on sovelias keino — jos silloinkaan — vain siinä tapauksessa, että kun kriminalisoitavan käyttäytymismuodon kiellettävyydestä vallitsee laaja yhteiskunnallinen samanmielisyys.[46]

3. *Keinosiemennystä aviomiehen siemennesteellä* (AIH) pidetään yleensä ongelmattomana eettiseltä ja oikeudelliselta kannalta. Ainoa merkittävä erimielisyys näyttää liittyvän siihen, saadaanko miehen siemennestettä käyttää hedelmöitykseen hänen kuoltuaan ja mikä on tällaisessa tapauksessa syntyvän lapsen oikeudellinen asema.

Tämän — niin kuin muidenkin — keinoalkuisten lisääntymismenetelmien osalta on tietysti edellytettävä, että asianomaiset henkilöt ovat antaneet toimenpiteeseen suostumuksensa. Toinen asia on, tarvitaanko tällaisen itsemääräämisoikeuden varmistamiseksi erityisiä rangaistussäännöksiä (sellaisista sään-

---

[44] Ks. Saksan liittotasavallan tilanteesta, paitsi Heike *Jung*in (RIDP 1988 s. 831—860) perusteellista raporttia, esim. Albin *Eser,* Strafrechtliche Schutzaspekte im Bereich der Humangenetik. Ethische und rechtliche Fragen der Gentechnologie und der Reproduktionsmedizin (1987) s. 120—149 ja Hans-Ludwig *Günther*—Rolf *Keller* (Hrsg.), Fortpflanzungsmedizin und Humangenetik—Strafrechtliche Schranken? Tübingen 1987. — Viimeisin käytettävissäni ollut ehdotus alkionsuojalaiksi on päivätty lokakuussa 1988.

[45] Ks. Ritva *Halme-Kauranen* ym., Ehdotus laeiksi ihmisen keinotekoisista lisääntymismenetelmistä. OLJ 12/1988. Helsinki 1988. Myös siitä annettujen lausuntojen tiivistelmä on ilmestynyt: Söderlund, Ihmisen keinotekoiset lisääntymismenetelmät. OLJ 5/1989. Helsinki 1989.

[46] RIDP 1988 s. 1342, kohta 4.3.

nöksistä ks. Portugalin rikoslain 214 § ja Saksan liittotasavallan ehdotus alkionsuojalaiksi, 4 §).

Kaiken tyyppisiä keinoalkuisia lisääntymismenetelmiä koskevana periaatteena on syytä pitää myös sitä, että näitä toimenpiteitä saavat suorittaa vain lääkärit ammatinharjoittamis- ja mahdollisen virkavastuun alaisina.

4. *Koeputki- eli keinohedelmöitystä* aviomiehen spermalla (IVF/H) pidetään yleensä yhtä hyväksyttävänä kuin vastaavaa homologista inseminaatiota. Naisen munasolun hedelmöittäminen hänen kehonsa ulkopuolella nostaa kuitenkin jo esille kysymyksen munasolun ja alkion suojasta, mikä olisi otettava huomioon tätä lisääntymismenetelmää säänneltäessä.

5. *Keinosiemennys ja -hedelmöitys lahjoittajan siemennestettä tai munasoluja käyttäen* (AID-IVF/D) ovat ongelmallisempia kuin edellä käsitellyt lisääntymismenetelmät; munasolujen luovuttaminen saatetaan nähdä vielä pulmallisemmaksi kuin siemennesteen luovuttaminen. Tämä ei tosin useimmissa maissa tarkoita sitä, että avioliiton koskemattomuutta pyrittäisiin takaamaan tällaisen lahjoittajan myötävaikutusta edellyttävät menetelmät kieltäen.[47] Kysymys on ennen kaikkea siitä, miten syntyvän lapsen etu kyettäisiin riittävästi takaamaan.

Tärkein asia tällöin on ilmeisesti syntyvän lapsen perheoikeudellisen aseman vahvistaminen. Toinen, kansallisten raporttien perusteella riidanalainen kysymys koskee sitä, tuleeko lahjoitetun sukusolun avulla hedelmöitetyllä lapsella olla oikeus tietää geneettisestä syntyperästään. Jos vastaus tähän on myönteinen, on ratkaistava, minkälaisia tietoja tallennetaan sekä minkälaisin edellytyksin ja sanktiouhin tiedonsaanti toteutetaan. Toisaalta esimerkiksi Jugoslavian perhelainsäädäntö nimenomaisesti kieltää selvittämästä sukusolun lahjoittajan henkilöllisyyttä.[48]

Syntyvän lapsen etua edistää myös sen mahdollisuuden kieltäminen, että keinosiemennykseen käytetty siemenneste olisi peräisin useammalta mieheltä (ks. Victorian osavaltion hedelmättömyyslaki, Sec. 26). Rajoittavia määräyksiä tarvitaan ilmeisesti myös sen takaamiseksi, ettei saman luovuttajan siemennestettä käytetä kuin tiettyyn, melko pieneen määrään onnistuneita hedelmöityksiä.

6. *Sukusolujen ja alkioiden varastointi* luo sääntelytarpeita. Sukusolujen

---

[47] Vrt. silti esim. Suomen oikeustilan aiemmista tulkinnoista selostettua, Tuovinen, RIDP 1988 s. 867—868 ja Brynolf *Honkasalo*, Keskustelupuheenvuoro, Förhandlingarna å det nittonde nordiska juristmötet. Stockholm 1952 s. 98—102.

[48] Ko. asiassa ovat myös suomalaisten lausunnonantajien mielipiteet hajonneet jyrkästi. Ks. lausuntojen tiivistelmää, OLJ 5/1989 s. 72—82.

lahjoittamisen osalta moitittavimpana ja jopa rangaistusuhan ansaitsevana menettelynä näyttää pidettävän sitä, että tällainen lahjoittaja antaa tahallaan vääriä tai harhaanjohtavia tietoja perintöaineksestaan (mm. Victorian osavaltion hedelmättömyyslaki, Sec. 27).

Alkioiden lahjoittaminen — samoin kuin muut alkioiden käsittelyn muodot — ovat eri asemassa kuin sukusoluihin kohdistuvat vastaavat toimenpiteet (vrt. jäljempänä). Sellaisten luovutusten täydellinen kieltäminen ei kuitenkaan vaikuta tarkoituksenmukaiselta. Sallittuna olisi eräiden käsitysten mukaan pidettävä ainakin ns. ylijäämäalkioiden luovuttamista (käytännössä lähinnä silloin, kun tämä menettely on keinohedelmöitysten tuloksena syntyneiden ylimääräisten alkioiden hävittämisen vaihtoehto). Avainasemassa tässä on lisääntymismenetelmien kehittäminen siihen suuntaan, ettei hedelmöitysten kannalta tarpeettomia alkioita pääse syntymään (vrt. esim. Saksan liittotasavallan alkionsuojaa koskevan lakiehdotuksen 2 §).

7. *Surrogaattiäitiydessä* nähdään tavallisesti ihmisarvon kannalta kielteisiä piirteitä: ihmisen välineellistämistä ja muodostamista kaupan kohteeksi. Tällaiseen korvikeäitiyteen onkin yleensä suhtauduttu torjuvasti, joskin eri maiden ja raportöörien käsitysten yksityiskohdissa on eroja.

Tavallisinta lienee se, että korvikeäitiyttä koskevat sopimukset katsotaan täytäntöönpanokelvottomiksi. Ammattimainen korvikeäitiyttä hyväksi käyttävä toiminta on kielletty Ison-Britannian asiaa koskevassa erityislaissa ja Victorian osavaltion hedelmättömyyslaissa. Kriminalisoitavan käyttäytymisen rajan vetäminen ei kuitenkaan ole helppoa. Tässäkin yhteydessä on muistettava eettisten normien sekä oikeuskeinoista yksityis- ja hallinto-oikeudellisten sääntelyiden kehittämismahdollisuudet.

8. *Alkioiden varastointi* hyväksytään vain rajoitetuin ehdoin ja toissijaisena toimenpiteenä suku(muna)solujen varastoimiselle. Mainitunlainen varastointi perustuu naisen edun huomioon ottamiseen. Yleisesti kuitenkin edellytetään, että alkioita saa varastoida vain määrätyn ajan.

IX. Puuttuminen ihmisen (elävään) alkioon tai sikiöön. Erityisesti alkiotutkimuksesta

1. Otsikkokysymyksen ajankohtaisuutta osoittaa mm. se, että Euroopan neuvoston parlamentaarinen yleiskokous hyväksyi vuonna 1986 suosituksen, jonka liitteenä oleva ohjeisto koskee ihmisalkioiden ja -sikiöiden käyttöä sekä niiden kudosten irrottamista diagnostisia ja terapeuttisia tarkoituksia varten.

Vuonna 1989 saman elimen yleiskokous on hyväksynyt uuden suosituksen ihmisalkioiden ja -sikiöiden käytöstä tieteellisessä tutkimuksessa.[49] Eri maissa käyty ja kansallisissa raporteissa selvitelty keskustelu on koskenut ennen kaikkea alkiotutkimuksia.

2. Alkiotutkimuksesta ja tutkimuksen sääntelykeinoista keskusteltaessa mielipiteet näyttävät olevan jyrkästikin toisilleen vastakkaisia. Rikosoikeuden asemaa ja merkitystä koskevat periaatteelliset erimielisyydet kulminoituvat tässä kysymyksessä. Mielipide-erot kohdistuvat esimerkiksi siihen, mitkä ovat alkiotutkimuksen kiellolla tai rajoituksilla suojeltavat arvot ja etuudet sekä täyttyvätkö kriminalisointiin turvauduttaessa kaikki ne edellytykset, jotka rationaalisessa kriminaalipolitiikassa on asetettava rikosoikeuden käytölle. (Vrt. edellä IV—V.)

Jonkinlaista käsitysten selkiintymistä kansainvälisessä keskustelussa on havaittavissa, Heike *Jung*in (Saksan liittotasavallasta) mielestä nimenomaan seuraavissa kohdin: 1) alkioita ei saa tuottaa yksinomaan kokeilutoimintaa varten; 2) alkiotutkimusten on palveltava terapeuttisia tarkoitusperiä sekä 3) tutkimukseen ei saa käyttää tiettyä lyhyttä — tavallisimmin kahden viikon — aikarajaa vanhempia alkioita.[50]

Freiburgin kollokvion päätöslauselmassa tosin todetaan, ettei mitään maailmalla yleisesti hyväksyttyä näkemystä alkion moraalisesta statuksesta ole. Tästä huolimatta vallitsee yksituumaisuus siitä, että periaatteessa ihmiselämä on suojelunarvoinen hedelmöityksen päättymisestä alkaen. Tämä suojeluntarve on riippumaton siitä, pidetäänkö (varhais)alkiota persoonana tai perusoikeuksien haltijana vai ei.[51] Muunlaisen kuin alkion itsensä hyvinvointia palvelevan tutkimuksen hyväksyttävyydestä ja mahdollisen hyväksyttävyyden rajoista oltiin kollokviossa varsin eri mieltä, ja myös tätä koskeva päätöslauselman kohta jäi hyvin avoimeksi.[52]

Myös Suomen vuodelta 1988 oleva lakiehdotus on Jungin esittämien vaati-

---

[49] Recommendation 1046 (1986); Recommendation 1100 (1989).

[50] Jung, RIDP 1988 s. 831—860 (845).

[51] RIDP 1988 s. 1343, kohta 5.2. Näin myös esim. Euroopan neuvoston parlamentaarisen yleiskokouksen suosituksissa 1046 (1986) ja 1100 (1989). Vm. suosituksen johdannon kohdassa 7 todetaan lisäksi mm., että »the human embryo... displays also a progressive differentiation as an organism and none the less maintains a continuous biological and genetic identity».

Kirjallisuudesta ks. RIDP 3—4/1988:n aineiston lisäksi esim. Jane E. S. *Fortin*, Legal Protection for the Unborn Child. The Modern Law Review 1988 s. 54—83. Huom. myös *Honkasalo*, Sikiönlähdettäminen de lege lata et de lege ferenda I. Helsinki 1936.

[52] RIDP 1988 s. 1343—1344, kohta 5.4.

musten mukainen, paitsi ettei alkiotutkimuksen tarkoitusperiä ole siinä rajattu.[53] Rikoslakiprojektin alustavassa ehdotuksessa 22. 6. 1989 esitetään rikoslain (RL) 22 luvun 1 §:ssä säädettäväksi laittomasta alkioon puuttumisesta. Säännöksessä edellytetään — vuoden 1988 lakiehdotuksen mukaisesti —, että laissa säädettävin edellytyksin ja menettelytavoin alkiotutkimus olisi luvallista eli oikeudenmukaista. Lisäksi rikostunnusmerkistön yhteyteen ehdotetaan rajoitussäännöstä, jonka mukaan laitonta alkioon puuttumista ei voi olla sellainen lääketieteellinen toimenpide, jonka tarkoituksena on asianomaisen alkion tai sikiön turvaaminen tai sen kehityshäiriön toteaminen.

Kansallisista raporteista käy ilmi, että rikoslakien perinteiset hengen, terveyden tai sikiön suojaa koskevat säännökset soveltuvat huonosti — jos lainkaan — alkiotutkimuksiin. Esimerkiksi sikiön rikosoikeudellisen suojan katsotaan useissa maissa alkavan vasta hedelmöityneen munasaolun kiinnittymisestä kohdun seinämään (nidaatiosta). Perinteiset sikiönlähdettämissäännökset suojaavat sikiötä sen surmaamiselta kohtuun. — Uudenlaisista rangaistussäännöksistä mainittakoon Victorian osavaltion hedelmättömyyslaki (Sec. 6.3—8). Huomion arvoisen mallin rangaistussääntelylle tarjoaa Saksan liittotasavallan alkionsuojaa koskeva lakiehdotus kokonaisuudessaan.

X. Ihmisen perimään puuttuminen. Geneettinen diagnostiikka ja seulonta

1. Kansallisissa raporteissa on yleensä melko niukasti tietoja ihmisgenetiikkaan liittyvistä kysymyksistä. Tätä voi pitää merkkinä siitä, että geenitekniikan lääketieteellisissä sovelluksissa ei ole vielä käytännössä ajankohtaistunut eettisiä ongelmia samassa määrin kuin keinoalkuisten lisääntymismenetelmien käytössä. Toisaalta tällä ja edellisillä osateemoilla on läheinen yhteys, koska keinohedelmöitys on avannut mahdollisuuksia geenitekniikan ihmissovelluksiin.[54] Ihmisgenetiikan sääntelykeinoja harkittaessa on kuitenkin erityistä painoa kehotuksella välttää perustelematonta, ennakoivaa (rikos)oikeuden käyttöä.

---

[53] OLJ 12/1988: ehdotus laiksi ihmisen keinotekoisista lisääntymismenetelmistä, 6, 21 ja 34 §. Ehdotuksessa annetut lausunnot ovat ko. suhteessa pääosin samoilla linjoilla; ks. OLJ 5/1989. Alkiotutkimuksen rajoituksia kritisoivat utilitaristisen etiikan edustajina Heta ja Matti *Häyry*. Timo Airaksinen ym., Tiedepolitiikan oikeudenmukaisuus ja tutkijan vastuu. Helsinki 1987 s. 87—95.

[54] Ks. esim. Peter *Singer*—Deane *Wells*, The Reproduction Revolution. Oxford University Press, 1984, s. 173.

2. Jo vuodelta 1982 olevassa suosituksessaan Euroopan neuvoston parlamentaarinen yleiskokous käsitteli geenitekniikan ohjaamiseksi ja valvomiseksi tarpeellisia alueellisia ja kansallisia toimenpiteitä. Saman suosituksen mukaan oikeus geneettiseen perimään, jota ei ole keinotekoisesti muutettu, tulisi nimenomaisesti tunnustaa ihmisoikeudeksi.[55] Myöhemmistä vastaavanlaisista dokumenteista mainittakoon etenkin Euroopan yhteisöjen parlamentin 17. 3. 1989 hyväksymä ohjeisto geenitekniikasta.[56]

Kansallisista raporteista on pääteltävissä, että 1980-luvulla on ainakin seuraavissa Euroopan maissa vireillä alan lainsäädäntö- tai muita sääntelyhankkeita: Alankomaat, Italia, Portugal, Ranska, Ruotsi ja Saksan liittotasavalta (vm. valtiosta huomattakoon varsinkin alkionsuojaa ja geenitekniikkaa koskevat lakiehdotukset). Jo olemassa olevia rangaistussäännöksiä kiellettyjä ihmisen perimään puuttumisia vastaan on Victorian osavaltion hedelmättömyyslaissa (1984) ja Tanskassa vuonna 1987 annetussa laissa eettisestä neuvostosta ja tiettyjen biolääketieteellisten kokeiden sääntelystä.[57]

3. Useissa kansallisissa raporteissa puolletaan viimeksi mainittujen maiden esimerkin mukaista rikosoikeuden käyttöä eräiden, ihmisarvon näkökulmasta kaikkein paheksuttavimpien ihmisen perimään puuttumisen muotojen torjumiseksi (ks. etenkin Alankomaiden, Italian, Portugalin, Ranskan, Romanian, Saksan liittotasavallan ja Tsekkoslovakian raportteja). Freiburgin kollokvion päätöslauselman mukaan kriminalisointi voisi koskea seuraavanlaisia menettelytapoja — jotka myös rikoslakiprojektin alustavan ehdotuksen 22. 6. 1989 mukaan olisivat rangaistavia: se, että saadaan tai yritetään saada keinotekoisesti aikaan 1) perimältään samanlaisia ihmisiä (ns. kloonauksella), 2) ns. kimeerayksilöitä tai 3) ihmisen ja eläimen yhdistelmiä (ns. hybridiolentoja).[58]

Kriminalisoinnin perustelu on mainituissa tapauksissa ennen kaikkea lueteltujen menettelytapojen selvästi ihmisarvoa loukkaava luonne.[59] Tämä argu-

[55] Recommendation 934 (1982) on genetic engineering. Ks. erit. kohta 7.b.

[56] Ks. tarkemmin Report on the ethical and legal problems of genetic engineering (rapporteur W. Rothley). European Communities, European Parliament, Document A 2-0327/88.

[57] Lov om oprettelse af et etisk råd og regulering af visse biomedicinske forsøg. Jo vuonna 1986 Tanskassa annettiin ympäristöä ja geeniteknologiaa koskeva laki (lov om miljø og genteknologi).

[58] Ks. tarkemmin RIDP 1988 s. 1345, kohdat 6.9—10 ja rikoslakiprojektin ehdotuksen 22. 6. 1989 luonnos RL 22 luvun 3 §:ksi.

[59] Mainittakoon, että vaikka *Kaufmann* (Juristen Zeitung 1987 s. 841) on yleensä kriittinen ihmisarvoon vetoamiseen argumenttina, hän katsoo kerrotunlaisten menettelytapojen hylättävyydestä oltavan niin yksimielisiä, että ihmisarvo-argumenttia voidaan käyttää.

mentin riittävyys on kyseenalainen sellaiselle, joka vaatii menettelytavoista johtuvien yhteiskunnallisten haittojen osoittamista. Kritiikin painoa lisää se, että ainakin toistaiseksi on kysymys sen (ennakoivasta?) kriminalisoimisesta, että biolääketieteellistä koetoimintaa harjoitetaan kuvatunlaisten sovellusten aikaansaamisen tarkoituksessa.

4. Kansallisten raporttien perusteella on muita ihmisen perimään puuttuvia toimenpiteitä ja niiden sääntelytarvetta koskevissa kannanotoissa enemmän hajontaa. Ihmisen perimään kohdistuvalle tutkimukselle voidaan esittää lukuisia hyväksyttäviä perusteluja. Geenitekniikan sovellukset solujen toiminnan tutkimisessa avaavat uusia mahdollisuuksia sairauksien määrittämisessä ja hoidossa. *Somaattisten solujen geeniterapian* vaikutukset eivät periydy. Sitä koskevaa koetoimintaa pidetään yleisesti eettisesti hyväksyttävänä, kun noudatetaan tavanmukaisia biolääketieteellistä tutkimusta ohjaavia periaatteita. Sitä vastoin vastaavanlainen tutkimustoiminta, joka tähtää *sukusolujen perimän muuttamiseen,* on monissa kansainvälisessä keskustelussa esiin tuoduissa sääntelyehdotuksissa tai suosituksissa haluttu joko kokonaan kieltää tai ainakin asettaa sille olennaisia rajoituksia. — Freiburgin kollokvion päätöslauselmassa tällainen periytyvästi vaikuttava geeniterapia halutaan toistaiseksi kieltää, joskaan siinä ei ehdoteta kriminalisointia.[60]

5. *Geneettinen diagnostiikka ja seulonta (genomianalyysi)* näyttävät nykyisin olevan käytännössä merkittävimpiä ihmisgenetiikan sovelluksia. Euroopan yhteisöjen parlamentin hyväksymässä em. ohjeistossa (1989) on suosituksia genomianalyysistä yleensä sekä erikseen työntekijöiden yksityisyyden suojaamiseksi ja erikseen vakuutustoimintaa varten. Euroopan neuvoston alainen komitea (CAHBI) on puolestaan saanut vuonna 1989 valmiiksi alustavan suosituksen syntymää edeltävää (prenataalista) geneettistä seulontaa ja diagnostiikkaa koskeviksi periaatteiksi.

Freiburgin kollokvion päätöslauselmassa suositetaan rajoituksia prenataalisen geneettisen diagnostiikan käyttöön samoin kuin yleensä geneettisen informaation keräämiseen, säilyttämiseen ja hyödyntämiseen. Rangaistusuhin sanktioituja oikeuskeinoja pidetään tarpeellisina, jotta henkilön perintöteki-

[60] RIDP 1988 s. 1345, kohta 6.8. Toisenlaisesta, sallivasta kannasta ks. Dorean M. *Koenig,* RIDP 1988 s. 1249—1294 (1275—1276).

Rikoslakiprojektin ehdotuksen 22. 6. 1989 perusteluissa (s. 11) todetaan, että periytyvästi vaikuttavan geeniterapian käyttö saattaisi tietyin edellytyksin olla eettisesti hyväksyttävissä erittäin vaikeiden perinnöllisten sairauksien hoidossa. Ehdotuksen rangaistussäännökset eivät koskisi ylipäänsä geeniterapiaa.

jöitä koskeva yksityisyyden suoja taataan ja hänen niihin perustuva syrjimisensä ehkäistään.[61]

[61] RIDP 1988 s. 1344—1345, kohdat 6.3—5. — Suomen rikoslakiprojektin ehdotus Rikoslain kokonaisuudistus II (OLJ 1/1989) sisältää nykyistä laaja-alaisemman syrjintäsäännöksen (uuden RL:n 11 luvun 9 §), joka kattaa myös kollokvion suosituksessa tarkoitetun syrjinnän. Tosin syrjinnän perustana olevien seikkojen luettelossa ei ole nimenomaista mainintaa perintötekijöistä.

Humalan vaikutuksesta rangaistusvastuuseen

Dosentti *Tapio Lappi-Seppälä*

1. Johdanto

Humalan vaikutuksesta säädetään rikoslain vähentynyttä syyntakeisuutta koskevassa pykälässä. Rikoslain 3 luvun 4 §:n 2 momentin alkuperäisenä säilynyt sanamuoto kuuluu: »Älköön tässä tapauksessa päihtymystä tai muuta senkaltaista mielenhäiriötä, johon rikoksentekijä on itsensä saattanut, yksinään pidettäkö syynä tällaiseen rangaistuksen vähentämiseen.»

Rikosoikeuden opetuksessa säännöksen sisältö on yleisesti tiivistetty muotoon »itse hankittu humala ei alenna vastuuta». *Anttila—Heinonen* kirjoittavat oppikirjassaan päihtymyksen merkityksestä:

> »Yleisestävistä syistä ei laissa ole voitu katsoa alkoholin tai huumausaineen aiheuttamaa tilapäistä mielenhäiriötä, johon rikoksentekijä on itsensä saattanut, rikosoikeudellista vastuuta poistavaksi tai edes sitä lieventäväksi perusteeksi... Vaikka tuomioistuimelle voitaisiin tehdä täysin uskottavaksi, että tapahtunut pahoinpitely tai varkaus on johtunut juuri rikoksentekijän humalatilasta, tekijä saa yhtä ankaran rangaistuksen kuin jos hän olisi tehnyt vastaavan teon ilman alkoholin vaikutusta» (*Anttila—Heinonen* 1977 s. 149—150).

Tätä ankaraa vastuuta on toki lievennetty opettamalla, että poikkeuksen muodostaa mielenhäiriöön rinnastettavan tunnottoman tilan synnyttämä ns. patologinen humala (ks. mts. 150). Opiskelijoita on myös ollut tapana hauskuttaa painottamalla, että vastuusta vapautuminen on mahdollista, jos humaltuminen tapahtui vahingossa, on juotu viiniä vetenä tai konjakkia Ginger Alena — eikä juopumus siis ollut »itse hankittu».

Syyllisyysperiaatteen kannalta on vaikea hyväksyä humalassa tehtyjen tekojen rinnastamista tieten tahtoen tehtyihin rikoksiin. Vielä vaikeammalta tuntuu kuitenkin myöntää rikoksentekijälle vastuuvapaus hänen humalansa vuoksi.

Kuten *Honkasalo* kirjoittaa, »aivan vakiintunut on mielipide, että sellaisen itsehankitun sielullisen häiriötilan rinnastaminen rikosoikeudelliseen merkitykseensä nähden häiriötiloihin, joihin rikoksentekijä ei ole syypää, on oikeuspoliittiselta kannalta mahdotonta» (*Honkasalo* 1967 s. 43). Siihen, kuinka vakiintunut tuo kanta on, ja millaisiin perusteisiin se nojaa, on seuraavassa tarkoitus etsiä hieman lähempää selvitystä.[1]

2. Itse hankittu humala ja kotimainen oikeuskirjallisuus

Vaikka juopumuksen vaikutus rangaistusvastuuseen on kotimaisessa oikeuskirjallisuudessa jäänyt melko vähälle huomiolle, antavat jo oppikirjoissakin esitetyt kommentit asiasta edellä selostettua monisyisemmän kuvan.

Forsman toistaa Bernerin kannan, jonka mukaan tiedottomuutta lähestyvä juopumus poistaa syyntakeisuuden. Kommentoidessaan tämän jälkeen tarkemmin itsehankitun humalan merkitystä sekä tulkitessaan RL 3: 4,2:n määräystä, Forsman tarkastelee kysymystä ainoastaan syyksiluettavuuden kannalta. Edellyttäen, ettei humalaa ole hankittu rikoksen tekemisen tarkoituksessa, tiedottomuuteen johtava humala poistaa tahallisuusvastuun. Tekijä voi kuitenkin joutua vastuuseen tuottamuksellisesta rikoksesta, jos humalaan hankkiutuminen on tapahtunut olosuhteissa, joissa tekijään voitaisiin kohdistaa tuottamusmoite. Tätä lievempi humala ei Forsmanin mukaan vaikuttaisi vastuuseen, olkoonkin, että menettely onkin osaksi vastoin yleistä syyllisyysperiaatetta. Ankara vastuu on kuitenkin perusteltavissa kriminaalipoliittisin syin (*Forsman* 1900 s. 84 ss).

Grotenfelt ottaa rikoslain kommentaarissaan vuodelta 1913 kysymykseen varsin selkeän kannan. Hänen mukaansa RL 3: 4,2:n säännös on otettu lakiin varovaisuussyistä. Sen tarkoituksena on estää lievennykset tilanteissa, joissa tekijä on rikoksen tekemiseen tarvittavan rohkeuden saadakseen juonut itsensä humalaan. Kun 2 momentin säännös viittaa vain 1 momentin mukaiseen lievennykseen, on selvää, että jos juopumus johtaa RL 3: 3:n tarkoittamaan tilaan, on tekijää pidettävä syyntakeettomana. Kun RL 3: 4 ei myöskään sääntele tilanteita, joissa juopumuksen vaikutus rangaistavuuteen olisi ao. lainkohdan edellyttämää pienempi, voidaan humala ottaa huomioon mittaamisessa »ta-

[1] Kirjoituksessa rajoitutaan ensi sijassa vapaaehtoisen (itse hankitun) humalan luomiin vastuuongelmiin. Tilanteet, joissa päihtymys on tapahtunut omatta syyttään, kuuluvat lähinnä erehdysoppien puolelle.

vallisena» lieventämisperusteena. Edellytyksenä kuitenkin on, ettei tekijä ole saattanut itseään po.tilaan rikoksen tehdäkseen (*Grotenfelt* 1913 s. 79—80).

Myös *Serlachiuksen* mukaan on selvää, että humala poistaa syyntakeettomuuden, edellyttäen, että päihtymys on »todella niin perinpohjainen, että juopunut kokonaan on ymmärrystään vailla». Päihtymys, joka ei ole edennyt tunnottomuuteen asti, ei sen sijaan vaikuta vastuuseen (RL 3: 4,2). Perustelut ovat kriminaalipoliittiset: Rangaistus on ainoa käytössä oleva keino suojata yhteiskuntaa »siltä vaaralta, joka uhkaa sitä juuri juopuneiden taholta» (*Serlachius* 1919 s. 120—121).

Alasen vuonna 1940 ilmestyneessä kirjoituksessa humalan vaikutusta tarkastellaan erikseen syyntakeisuuden ja syyksiluettavuuden kannalta. Juopunut on katsottava syyntakeettomaksi, jos hän ei humalansa vuoksi ole ymmärtänyt tekonsa merkitystä ulkomaailman kannalta (*Alanen* 1940 s. 373). Syyntakeisuuden poistavasta humalasta on kyse, milloin »henkilön tietoisuus on melkoisesti hämmentynyt ulkonaisten tapahtumien liittyessä vain epätäydellisesti tajuntaan ja tahdonsuunnan säännönmukaisen määräytymisen mielteiden kautta häiriytyessä». Tätä lievempi humala ei sitävastoin vaikuta vastuuseen (perusteena RL 3: 4,2). Lain ilmentämän kannan perustelut ovat ensinnäkin kriminaalipoliittiset: »juopumustilassa tapahtuneiden tekojen kovakourainen käsittely on sosiaalipedagoogiselta kannalta välttämätöntä... on erinomaisen tärkeä saada yleiseen kulttuuritietoisuuteen juurrutetuksi sellainen käsitys, että humalaisen tekoja ei rikosoikeudellisessa forumissa arvostella ja käsitellä liian lievästi» (mts. 386). Rikoksentekijään kohdistettavan moitearvostelun kannalta ankaraa vastuuta voidaan perustella lähinnä sillä, että itsensä saattaminen humalatilaan on sellaisenaan moitittava teko (mts. 384).

Alanen tarkastelee kysymystä myös de lege ferenda. Hän hylkää mm. Serlachiuksen kannan, jonka mukaan juopumuksella ei missään oloissa olisi vaikutusta syyntakeisuusarviointiin: »Periaate, että rikoksentekijän tulee teon suoritushetkellä olla syyntakeinen, on kuitenkin siinä määrin huomattava ja keskeinen rikosoikeudellinen normi, että sitä ei ole syytä syrjäyttää edellä selostettujen rikospoliittisten näkökohtien johdosta» (mts. 388).

Humalan vaikutus syyksiluettavuuteen on Alasen mukaan ratkaistava syyntakeisuudesta irrallaan. Vaikka syyntakeisuuden puolella noudatetaan suhteellisen tiukkaa linjaa, ei tästä ole »loogillisesti välttämättömänä johtopäätöksenä», että sama pätisi syyksiluettavuuteen (s. 390—391). Alasen oma kanta kysymykseen jää lopulta kuitenkin hieman avoimeksi. Hän kritisoi konstruktiota, jonka mukaan juopuneen tekemät rikokset olisi rangaistava aina tuottamuksellisina tekoina (humalaan hankkiutuminen ts. katsotaan jo sellaisenaan

varomattomaksi menettelyksi). Alanen tuntuisikin myöntävän humalasta aiheutuvalle erehdykselle normaalit oikeusvaikutukset. De lege ferenda tarkoituksenmukaisinta olisi hänen mukaansa »käsitellä päihtymystä sellaisenaan vaarantamisrikoksena» (mts. 392).

Honkasalo tarkastelee kysymystä ensi sijassa syyntakeisuuden kannalta. Täällä ankara vastuu on Honkasalon mukaan oikeuspoliittisesti periaatteessa välttämätön. Jos humala poistaisi syyntakeisuuden, päihtymyksestä muodostuisi tekosyy, jolla pyritään vapautumaan vastuusta. Tämä tosin tuntuu koskevan vain vastuun lieventämistä RL 3: 2:n merkityksessä. Rikoslain sanamuodon mukaan on kiistatonta, ettei päihtymystä ole asetettu erikoisasemaan RL 3: 3:n osalta. Oikeuskäytäntö on Honkasalon mukaan kantaa tuskin kuitenkaan omaksunut (*Honkasalo* 1967 s. 44). Toisaalta, vaikka RL 3: 4,2:n perusteella on selvää, ettei humala milloinkaan johda vähentyneeseen syyntakeisuuteen, ei tämä kuitenkaan estä ottamasta humalaa huomioon rangaistusta lieventävänä mittaamisperusteena (*Honkasalo* 1967 s. 44).

Honkasalo asettuu syyksiluettavuuspuolella ankaran vastuun kannalle. Jos tekijä on humalan vuoksi erehtynyt, asia ratkaistaisiin hypoteettisen kokeen avulla. Olisi selvitettävä, olisiko henkilö myös selvänä syyllistynyt samaan virhearviointiin. Honkasalon perustelut nojaavat eräänlaisiin johdonmukaisuusargumentteihin: Kun kerran päihtymys on vähentyneen syyntakeisuuden osalta asetettu eri asemaan (RL 3: 4,2), on »varsin vaikeata ajatella» ettei vastaavaa poikkeusta olisi tehty syyksiluettavuuden puolella (*Honkasalo* 1967 s. 46).

Kaiken kaikkiaan vanhempi kotimainen oikeuskirjallisuus on siis *syyntakeisuuden* osalta yksimielinen siitä, että tiedottomuuteen yltävä tai sitä lähenevä humala poistaa syyntakeisuuden.[2] Myös siitä ollaan yksimielisiä, ettei tätä lievempi humala (yksin) johda vähentyneeseen syyntakeisuuteen (perustana RL 3: 4,2). Sen sijaan humalan muutoin rangaistusta lieventävästä vaikutuksesta ollaan erimielisiä. Vaikkei juopumusta voi kohdella (RL 3: 4,2:n johdosta) yleisenä vähentämisperusteena, ei Grotenfeltin ja Honkasalon mielestä kuitenkaan ole estettä sille, että esim. juopumustilan aiheuttamia motivointivaikeuksia käytetään tavallisena rangaistuksen lieventämisperusteena (ks. tästä tarkemmin *Lappi-Seppälä* 1987 s. 417—418). Harvat *syyksiluettavuutta* koskevat kannanotot ovat myös jonkin verran erisuuntaiset. Forsmanin mukaan tiedottomuuteen johtava humala poistaa tahallisuusvastuun (pois lukien actiones liberae in causa -tapaukset). Alanen tuntuisi myöntävän humalan synnyttämille

[2] Näiden tapausten käytännöllinen merkitys on kuitenkin kyseenalainen. Jos todella edellytetään tiedottomuuteen saakka johtanutta humalaa, niin tilanne voisi korkeintaan koskea laiminlyöntirikoksia.

erehdyksille normaalit oikeusvaikutukset. Honkasalo taas vaatisi johdonmukaisuussyistä ankaraa vastuuta myös syyksiluettavuuspuolella. Tässä tilanteessa on hyödyksi tarkastella hieman ulkomaisia ratkaisumalleja.

3. Oikeusvertailua

3.1. Ruotsi

Ruotsissa juopumuksesta säädetään syyksiluettavuutta koskevien määräysten yhteydessä. BrB 1: 2 §:n 1 momentin mukaan teko katsotaan rikokseksi vain, jos se on tehty tahallisesti. Toisessa momentissa todetaan, ettei siitä, että teko on tehty itse hankitussa humalatilassa, seuraa, etteikö tekoa voisi pitää rikoksena.[3]

Juopumusta koskevan määräyksen rakenne on monimutkainen ja sisältö tulkinnanvarainen. Lainsäätäjän tavoitteita sekä voimassa olevan oikeuden sisältöä koskeviin tulkintaerimielisyyksiin saatiin osittaista helpotusta Ruotsin korkeimman oikeuden ratkaisulla NJA 1973 s. 590. Ratkaisulla täsmennetään BrB 1: 2:n sisältö seuraavaksi (ks. tarkemmin *Beckman* ym. I s. 42 ss):

(1) Lainkohdalla on tahdottu säilyttää aikaisempi oikeustila, jonka mukaan »vastuuvapautta ei tulisi myöntää sillä perusteella, että tekijä on humalatilansa vuoksi erehtynyt ulkoisista olosuhteista tavalla, joka sulkisi normaalisti vastuun». Säännöksellä olisi tarkoitettu ts. nimenomaisesti tuoda julki poikkeus 1 momentin tahallisuusvaatimuksesta.

(2) Toisaalta määräyksellä ei olisi tahdottu tehdä poikkeusta tahallisuusvaatimuksesta niissä tapauksissa, joissa tunnusmerkistö edellyttää erityistä tarkoitusta tai kvalifioitua tahallisuutta (ts. tilanteita, joissa tahallisuus muodostaa itsenäisen subjektiivisen tunnusmerkin, »fristående subjektiv moment»). Humalainen, joka on ottanut haltuunsa vieraat, mutta omiksi luulemansa lastenvaunut, on tämän perusteella katsottu voitavan vapauttaa varkaussyytteestä, koska häneltä on puuttunut varkausrikoksen edellyttämä erityinen anastustarkoitus (ks. *Beckman* ym. I s. 44—45).

---

[3] BrB 1: 2 kuuluu kokonaisuudessaan:

»I denna balk beskriven gärning skall, om ej annat sägs, anses som brott endast då den begås uppsåtligen.

Har gärningen begåtts under självförvållat rus eller var gärningsmannen eljest genom eget vållandde tillfälligt från sina sinnens bruk, må därav icke föranledas att gärningen ej anses som brott.»

Edellä vahvistettua ns. vallitsevaa kantaa oli toisaalta kritisoitu jo pitkään.[4] Sääntelyä näkyvimmin arvostelleen *Strahlin* mukaan säännöksestä ei voida lukea muuta kuin muistutus siitä, että sovellettaessa rikoslain säännöksiä, myös humalaisten teot on arvioitava normaalimääräysten mukaan: Humala ei estä teon katsomista rikokseksi, eikä humalan tarvitse myöskään välttämättä sulkea poisi tahallisuutta. Jos on humalassa erehtynyt vastuun poistavalla tavalla, on erehdys rikosoikeudellisesti relevantti (*Strahl* 1976 s. 96 ss).

Strahlin mukaan BrB:n nykyiseen muotoonsa saattanut vuoden 1953 rikoslakikomitea oli myös antanut aikaisemmasta oikeustilasta harhauttavan kuvan.[5] Hän perustelee kantaansa mm. viittaamalla vanhemman oikeuskäytännön ratkaisuihin, joissa rangaistuksesta luopuminen on ollut selitettävissä ainoastaan tahallisuuden puuttumisella. Jos taas humalassa toiminut henkilö on tuomittu, ei tuomion perusteluissa viitata BrB 1: 2:n poikkeussäännökseen, vaan vastuu on perustunut siihen, että tahallisuusvaatimus on täyttynyt (*Strahl* 1976 s. 97—98 sekä laajaa selostusta teoksessa *Strömmerstedt* 1987 s. 136 ss).

3.2. Norja

Norjassa kysymyksestä säädetään Suomen lailla syntakeettomuuden yhteydessä. Syyntakeettomuutta koskevan rikoslain 44 §:n mukaan teko ei ole rangaistava, jos siihen syyllistynyt on tiedottomassa (»bevisstløs») tilassa. Tiedottomuus, joka on seurausta itsehankitusta humalasta (»selvforskyld rus»), ei kuitenkaan vapauta rangaistusvastuusta (45 §)[6]. Vastuuta voidaan toisaalta lieventää lain 56 §:n nojalla, edellyttäen, että käsillä on lieventäviä asianhaaroja, eikä tekijä ollut humalluttanut itseään rikoksen tehdäkseen.

Juopumussäännös on mm. sen sijoittelu huomioon ottaen tulkittavissa selväksi poikkeamaksi 44 §:n syyntakeettomuutta koskevasta säännöksestä (NOU 1983: 57 s. 163). Esitöiden ja oikeuskäytännön nojalla määräyksen katsotaan muodostavan poikkeuksen myös syyksiluettavuussäännöistä. Tämä merkitsee,

---

[4] Korkein oikeus korosti kuitenkin ottavansa kantaa vain BrB 1: 2:n tulkintaan, ei siihen, mikä olisi tarkoituksenmukaisin tapa po. kysymyksen sääntelemiseksi (ks. *Beckman* ym. I s. 45). Tämän ratkaisun herättämistä kysymyksistä ks. tarkemmin *Strahl* 1976 s. 101—104 ja *Jareborg* 1985 s. 25 ss.

[5] Sama pätee myös rikoslakikomitean työhön osallistuneen ja sen kannanottoon suuresti vaikuttaneen Folke *Wetterin* varhaisempaan kirjoitukseen vuodelta 1928 (kirjoituksessa esitetään virheellisesti Ruotsin oikeuden olleen ankaran vastuun kannalla jo ennen vuoden 1733 lainmuutoksia, ks. *Jägerskiöld* 1965 s. 308—309 sekä *Nelson* 1977 s. 344—345).

[6] 45 §. Bevisstløshet som er en folge av selvforskyldt rus (fremkalt ved alkohol eller andre midler), utelukker ikke straff.

että tiedottomaksi humaltuneen tekemää tekoa arvioidaan syyksiluettavuusvaatimuksen osalta ikäänkuin tekijä olisi ollut selvä. Jos teko olisi katsottu selvän henkilön tekemänä tahalliseksi, tuomitaan myös juopunut rikoksentekijä tahallisesta rikoksesta, vaikkei esim. tahallisuuden edellyttämää tietoisuutta olisikaan käsillä. Kyseessä on ts. tekaistu tai fiktiivinen syyksiluettavuus/syyllisyys. Samaa konstruktiota sovelletaan johdonmukaisuussyistä myös tilanteissa, joissa tietoisuus on vain alentunut. Poikkeuksen tähän tekaistuun syyllisyyteen perustuvasta vastuusta muodostavat rikokset, jotka edellyttävät erityistä tarkoitusta tai harkintaa (»hensikt», »overlegg»). Jos henkilöltä humalan vuoksi puuttui rikoksen edellyttämä erityinen tarkoitus, ei häntä voi tuomita tämän (mutta mahdollisesti kyllä jonkin toisen) tunnusmerkistön nojalla.[7]

Myös Norjan voimassa olevan oikeuden kantaa on kritisoitu. *Andenæs* on vastoin rikoslakineuvoston enemmistöä esittänyt, että juopumustapauksissakin on noudatettava yleisiä syyksiluettavuus- ja syyntakeisuussääntöjä (*Andenæs* 1974 s. 300). Nykyiseen sääntelyyn johtanut vuoden 1929 lainmuutos merkitsi vastuun tiukentamista (aikaisempi laki edellytti myös humalaiselta tahallisuutta). Muutosta perusteltiin vetoamalla oikeustajunnan vaatimuksiin. Ankara vastuu voidaankin Andenæsin mukaan rinnastaa yleiseen seurausvastuuseen (jota niinikään perustellaan nojaamalla yleisön vaatimuksiin). Molemmissa tilanteissa rangaistusvaatimusten perusta on yleisön tavassa sivuuttaa teon psykologinen puoli ja motivaatioon vaikuttavat seikat, sekä taipumuksessa panna paino yksinomaan tai ensisijaisesti ulkoisille seurauksille.[8] Andenæsin mukaan on johdonmukaisuussyistä mahdotonta ymmärtää »erityistä tarkoitusta» koskevaa poikkeusta. Teon edellyttämä erityinen tarkoitus joudutaan päättelemään ulkoisten seikkojen perusteella aivan samoin kuin kvalifioimatonkin tahallisuus. Jos on mahdollista tekaista jälkimmäinen, on mahdollista konstruoida myös edellinen.[9]

Juopumuksen rikosoikeudellinen sääntely tulee uudelleen arvioitavaksi myös Norjan rikoslain kokonaisuudistuksen yhteydessä. Rikoslakikomitean mietin-

[7] »Selvforskyld»-tunnusmerkki viittaa lähinnä tuottamusta vastaavaan syyksiluettavuuteen. Humala on tässä merkityksessä itse (omasta syystä) hankittu, milloin tekijän viaksi voidaan laskea se, että hän on tullut humalaan. Näin vuorostaan on asia, milloin tekijä on nauttinut alkoholia (tms.) niin suuren määrän, että hän voi ottaa huomioon sen mahdollisuuden, että hän saattaa menettää kontrolloimiskykynsä (*Andenæs* 1974 s. 299).

[8] Säännös on tämän ohella nähtävissä myös aikansa alkoholipoliittisena kannanottona (*Andenæs* 1974 s. 294, ks. tältä osin esitystä jaksossa 4).

[9] »Kan loven fingere forsett, kan den også fingere hensikt». Kirjoittajan mukaan ei tässä liene kyse muusta kuin siitä, että erityisen tarkoituksen tekaiseminen tuntuu vielä keinotekoisemmalta kuin perustahallisuutta koskevan fiktion käyttö (*Andenæs* 1974 s. 298).

tö vuodelta 1983 on kysymyksen suhteen kuitenkin jossain määrin epätietoinen ja erimielinen (ks. NOU 1983: 57 s. 163—164). Mietintöön sisältynyt ehdotus merkitsee vähäistä lievennystä nykyisiin säännöksiin ja rakentuu seuraavien periaatteiden varaan:

(1) Tekaistun syyllisyyden konstruktio säilytetään. — Tärkeimpänä perusteena viitattiin käytännöllisiin syihin: Olisi huomattavan vaikeaa selvittää, onko humalainen riittävässä (tahallisuuden edellyttämässä) määrin ollut selvillä asioiden oikeasta tilasta (NOU 1983: 57 s. 164). Järjestelyllä on myös kasvattava ja rikoksia ehkäisevä vaikutus. Yleinen mielipidekään ei sitäpaitsi pidä mitenkään kohtuuttomana (!), että humalaista kohdellaan ikäänkuin hän olisi ollut selvä.

(2) Poikkeustilanteessa myös itse hankittu humala vapauttaisi vastuusta. — Edellytyksenä on, että humala on aiheuttanut vakavan tietoisuushäiriön ja tapaukseen liittyy muutoinkin erityisiä vastuusta vapauttamista puoltavia syitä. Näihin anteeksiannettaviin yksittäistapauksiin (»mer unnskyldelige enkelttilfeller») kuuluisi perustelujen mukaan mm. atyyppinen humala, jonka seurauksena tekijä on joutunut tiedottomaan tai voimakkaasti alentuneeseen tietoisuuden tilaan (NOU 1983: 57 s. 164).

(3) Mahdollisuus lieventää rangaistusta. — Nykyisen lain tuntema mahdollisuus lieventää rangaistusta säilytettäisiin. Edellytyksenä on, että itse hankittu humala on voimakkaasti alentanut tietoisuuden tasoa sekä erityiset syyt puhuvat vastuun lieventämisen puolesta.

3.3. Tanska

Juopumuksesta säädetään erikseen syyntakeisuuden yhteydessä (Rikoslain 16 §:n 2 mom.). Lähtökohtana on, että alkoholin nauttiminen voi saattaa henkilön tilapäiseen mielenhäiriöön rinnastettavaan tilaan ja siis syyntakeettomaksi. Poikkeuksena yleisistä syyntakeisuussäännöistä säädetään, että milloin po. (syyntakeisuuden yleisesti perustava) tila on seurausta alkoholin tms. huumeen nauttimisesta, voidaan tekijä tuomita rangaistukseen, jos siihen on erityisiä syitä. Erityisinä vastuuta puoltavina syinä mainitaan tapaus, jossa henkilö on aikaisempien kokemusten perusteella ollut selvillä alkoholin atyyppisistä vaikutuksista ja niihin liittyvistä riskeistä. Näissä tilanteissa voi myös sanoa, että patologinen humala on »itse hankittu» (*Waaben* 1987 s. 153).

Tanskassa presumptio on siis tavallaan käänteinen; syvä humala poistaa lähtökohtaisesti syyntakeisuuden, mutta tekijää voidaan kuitenkin rangaista, mikäli siihen on erityisiä syitä. Vastuuta toisaalta tiukennetaan sen kautta, että

oikeuskäytäntö on varsin pidättyväinen sen toteamisessa, onko humala saavuttanut vaadittavan patologisen humalan asteen (*Greve* ym. s. 161—162).

Juopumuksen suhteesta syyksiluettavuuden muotoihin ei ole erikseen säädetty. Norjan ja Ruotsin oikeuden kantaa väitöskirjassaan selostanut *Waaben* ei pidä ankaran vastuun tueksi esitettäviä argumentteja vakuuttavina. Rikosten edellyttämä perustahallisuus tulee hänen mukaansa todistetuksi useimmissa tapauksissa, vaikka henkilö olisi humalassa. Syvän humalan tapauksissa, joissa vastuuehdot ilmiselvästi jäisivät täyttymättä, ei myöskään rangaistuksesta luopumisella olisi pelättyjä preventiota tai yleisön luottamusta oikeuslaitokseen heikentäviä vaikutuksia (*Waaben* 1957 s. 340—341). Myöhemmässä oppikirjassaan hän toteaa, ettei Norjan ja Ruotsin soveltama ankara vastuu pätene Tanskassa. Humalaiseltakin edellytetään tahallisuutta, joskin tahallisuuden todistamiskynnystä jouduttaneen jonkin verran laskemaan syytetyn vahingoksi (*Waaben* 1987 s. 154; vrt. myös NOU 1983: 57 s. 164).

3.4. Saksalainen kielialue ja Saksan liittotasavalta

Saksan liittotasavallassa, Sveitsissä ja Itävallassa humalan aiheuttamaa tietoisuuden ja tajunnan häiriötä käsitellään syyntakeisuuspuolella jokseenkin tavallisten sääntöjen mukaan. Riittävän syvä humala poistaa syyntakeisuuden. Tässä ei edellytetä tiedottomuuteen yltävää humalaa. Jo varhaisemmassakin vaiheessa juopumus voi vaikeuttaa käyttäytymisen säädeltävyyttä tavalla, joka oikeuttaa katsomaan tekijän tekohetkellä syyntakeettomaksi. Vaikka arvio tehdään humalan vaikutuksen perusteella in casu, esitetään esim. Saksan liittotasavallassa jonkinlaiseksi nyrkkisäännöksi, että 3 ‰:n humala johtaa jokseenkin säännönmukaisesti syyntakeettomuuteen ja 2 ‰:n humala vähentyneeseen syyntakeisuuteen (*S/S-Lenckner* 20 § 16—17).

Vastuuta tiukennetaan kuitenkin erillisillä »Vollrausch»-tunnusmerkistöillä. Niiden mukaan rangaistaan sitä, joka nautittuaan tahallaan tai tuottamuksesta alkoholia tai muita huumaavia aineita, tekee sittemmin oikeudenvastaisen teon, mikäli tekijää ei päihtymykseen perustuvan syyntakeettomuuden vuoksi voida tuomita siitä rikoksesta, jonka hän päihtyneenä teki.[10] Jälkimmäisen

[10] Saksan liittotasavallan StGB 323 a § 1 kappale kuuluu: »Wer sich vorsätzlich oder fahrlässig durch alkoholische Getränke oder andere berauschende Mittel in einem Rausch versetzt, wird mit Freiheitsstrafe bis zu fünf Jahren oder mit Geldstrafe bestraft, wenn er in diesem Zustand eine rechtswidrige Tat begeht und ihretwegen nicht bestraft werden kann, weil infolge des Rausches schuldunfähig war oder weil dies nicht auszuschließen ist». Pykälän toisen kappaleen mukaan ei rangaistus kuitenkaan saa kohota korkeammaksi kuin mitä

teon osalta ei vaadita syyllisyysnäyttöä. Kyseessä on objektiivinen rangaistavuuden edellytys (*S/S-Cramer* 323 a § 13).

Syvää humalaa koskevan tunnusmerkistön tarve perustellaan Saksan liittotasavallassa humalaisten aiheuttamalla vaaralla oikeudellisesti suojatuille eduille ja yleiselle turvallisuudelle. Säännös on dogmaattisesti konstruoitu abstraktiseksi vaarantamisrikokseksi. Päihteitä on nautittava olosuhteissa, joissa nauttiminen on jollakin tavoin omiaan synnyttämään vaaran oikeudellisesti suojatuille eduille. Koska päihteiden käyttö voidaan jokseenkin kaikissa olosuhteissa tulkita abstraktisesti vaaralliseksi, on tunnusmerkistön täyttymiskynnys huomattavan alhainen. Säännöstä on moitittu myös seuraushakuiseksi, syyllisyysperiaatteen vaatimukset vain näennäisesti täyttäväksi konstruktioksi, joka ei enää täysin vastaa tunnusmerkistöille asetettavia perusvaatimuksia.[11]

3.5. Englanti ja Kanada

Englannin oikeudessa vapaaehtoisen humalan merkitys vaihtelee rikoksen subjektiivista puolta koskevien vaatimusten mukaan. Erityistä tarkoitusta (»specific intent») edellyttävien tunnusmerkistöjen — siis subjektiivista ylijäämää osoittavien rikosten — yhteydessä humalaisia kohdellaan samoin perustein kuin selviä. Muissa tapauksissa vastuu on yleensä ankara.[12] Jossain määrin sekavaa oikeustilaa ollaan par'aikaa selkiinnyttämässä. Englannin ja Walesin rikoslain kodifiointia koskevassa esityksessä vuodelta 1985 (The Law Commission No 143) säädetään varsin yksityiskohtaisesti juopumuksen vaikutuksesta rangaistusvastuuseen. Ehdotuksen perussisältönä on vastuun lieventäminen aikaisemman oikeuden kannasta, jonka mukaan humala vapautti vastuusta ainoastaan, milloin rikos edellytti erityistä tarkoitusta (»Specific Intent»). Melko monimutkaisen säännösehdotuksen mukaan vapaaehtoinen humala olisi lupa ottaa huomioon arvioitaessa, oliko henkilö toiminut »Purpose, Intention

---

on säädetty siitä rikoksesta, jonka tekijä humalassa teki. Ks. myös Sveitsin rikoslain 330 a § ja Itävallan rikoslain 287 §.

[11] Ks. *S/S-Cramer* 323 a § 1—3, »Ob durch die Neufassung die alte Konzeption des Vollrauschtatbestandes unberührt blieb, kann allerdings zweifelhaft sein» mt. 323 a § 1. Säännöksellä on pyritty välttämään syyllisyysperiaatteen avoin rikkominen luomalla kuva, että tilanteessa rangaistaan vain syyksiluettavasta humalasta, ei sen vallassa syyntakeettomana tehdyistä rikoksista. Kun nuo rikokset kuitenkin ovat rangaistuksen käytön ehtona ja kun niiden törkeys myös vaikuttaa vastuun määrään, voi »Vollrausch»-tunnusmerkistöä pitääkin eräänlaisena silmänääntötemppuna (ks. kritiikistä myös *Strahl* 1965 s. 49).

[12] Kanta, jota on myös näissä maissa kritisoitu (ks. *Lappi-Seppälä* 1987 s. 416 ja alav. 236 viitteineen).

tai Knowingly» -tahallisuuden edellyttämässä mielentilassa. Sen sijaan humalatilalla ei olisi vaikutusta arvioitaessa, ovatko »Recklessness tai Heedlessness» -syyksiluettavuutta edellyttävien rikosten kriteerit täyttyneet (ks. *Law Commission* 143 s. 75 ss).

Kanadan äskettäin valmistuneessa kodifikaatioehdotuksessa (Law Reform Commission of Canada 1987: 31) humala on sijoitettu osaksi syyllisyyden poistavia perusteita. Myös tässä — niinikään varsin mutkikkaassa — ehdotuksessa vastuuta tunnutaan lievennettävän aikaisemmasta. Sen mukaan humalaa ei asetettaisi erityisasemaan pohdittaessa syyksiluettavuustunnusmerkkien täyttymistä (= humalaisenkin erehdys poistaisi vastuun). Poikkeuksena ovat kuitenkin tuottamuskriminalisoinnit, edellyttäen, ettei humala ole tulosta petoksesta, pakosta tai ymmärrettävästä erehdyksestä (ks. mts. 30 ss).

3.6. Yhteenveto

Suppeakin oikeusvertailu osoittaa, että kysymyksen rikosoikeudellinen sääntely edellyttää huomattavasti nyansoidumpaa lähestymistä, kuin mitä edustaa sääntö: »itse hankittu humala ei vaikuta vastuuseen — ellei kyse ole sitten patologisesta humalasta». Juopumuksen erityisasema voidaan toteuttaa väljentämällä syyntakeisuuden alaa, luopumalla syyksiluettavuuden vaatimuksesta (kokonaan tai osittain) tai laatimalla asiasta oma tunnusmerkistö. Myös eri yhdistelmät ovat mahdollisia.

Toiseksi oikeusvertailu osoittaa, että ankara vastuu on saanut yhä enenevää kritiikkiä osakseen. Pohjoismaiden johtavat rikosoikeusoppineet (mm. Andenæs, Jareborg, Nelson, Strahl ja Waaben) ovat kaikki suhtautuneet kriittisesti nykyisiin verraten ankariin säännöksiin. Myös saksalaisella kielialueella käytettyjä syvän humalan erilliskriminalisointeja on moitittu seurausvastuisiksi. Uusimmat kodifikaatioehdotukset Englannista ja Kanadasta asettavat juopuneen vastuun säännönmukaisesti tiukempiin rajoihin, kuin mihin esim. Honkasalon suositukset meillä johtaisivat. — On siis syytä palata vielä hetkeksi ankaran vastuun puolesta esitettäviin argumentteihin.

4. Argumenteista ankaran vastuun puolesta

Ankaraa vastuuta puoltavat »kriminaalipoliittiset syyt» viittaavat ennen kaikkea yleispreventioon. Tämän voi ajatella tarkoittavan liiseampaa asiaa: (1) vastuun lievennys ehkä houkuttelisi ihmisiä hankkiutumaan humalaan rikok-

sia tehdäkseen, (2) rangaistuksesta luopuminen heikentäisi yleistä lainkuuliaisuutta siten, että selvätkin kansalaiset alkaisivat tehdä rikoksia tai (3) humalaiselle suotava vastuun lievennys vaikuttaisi myös alkoholia nauttineen motivaatiossa siten, että rangaistusjärjestelmä menettäisi normaalit pidäkkeensä ja henkilö syyllistyisi rikokseen (*Klami* 1983 s. 405).

Viimeinen argumentti voidaan tässä yhteydessä sivuuttaa, sillä se sopii mutatis mutandis myös tapauksiin, joissa syyntakeettomuus perustuu mielenterveyden häiriöihin (samoin *Klami* 1983 s. 405). Kaksi ensimmäistä ansaitsevat sen sijaan osakseen tarkempaa huomiota.

Ensimmäisen näkökohdan mukaan ne, jotka muutoin jättäisivät tekonsa tekemättä, ryhtyvät rikokseen humalan tuottaman vastuuvapauden houkuttelemana. Asetelma tuntuu hieman haetulta. Yleispreventiota koskevat tulokset viittaavat siihen, että vain pieni osa lain noudattamisesta perustuu välittömään pelotevaikutukseen (ks. *Lappi-Seppälä* 1987 s. 208 ss). Lisäksi otaksuttu motivointiprosessi edellyttää potentiaalisilta rikoksentekijöiltä huomattavan huolellista harkintaa. Kun otetaan edelleen huomioon, että syyntakeettomuuteen tai vastuun alentumiseen oikeuttavan humalan tulee olla sellainen, joka johtaa kontrollin katoamiseen, edellyttäisi tämä lisäksi melkoista ajoituskykyä. Kuten jo Honkasalo näistä actiones liberae in causa tapauksista totesi, opilla on »epäilemättä suurempi tietoperäinen kuin käytännöllinen merkitys» (*Honkasalo* 1967 s. 32). Viimeinen — ratkaiseva — vastaväite tämän argumentin osalta on, että vastuuvapautta ei välttämättä tarvitsisi edes ulottaa koskemaan po. ryhmän tapauksia.

Toisen perustelun mukaan humalaisten vapauttaminen vastuusta nostaisi muiden taholta tavallaan eräänlaisen protestiaallon. Tämänsuuntainen näkökohta tuntuu olevan myös Alasen mielessä hänen vaatiessaan, että »yleiseen kulttuuritietoisuuteen olisi juurrutettava käsitys, että humalaisen tekoja ei rikosoikeudellisessa forumissa arvostella liian lievästi». Tässä ei välttämättä ole kysymys siitä, että rankaisemattomuuden ajateltaisiin johtavan *välittömänä yllykkeenä* lainrikkomiseen, vaan siitä, että humalaisten vastuuvapaus sotisi yleisiä moraalikäsityksiä vastaan. Tämä heikentäisi järjestelmää kohtaan tunnettua arvostusta ja luottamusta, mikä aikanaan heijastuisi moraalia luovan vaikutuksen heikkenemisenä.

Jos päättely on oikea, joudutaan seuraaviin kysymyksiin: Onko yleisen mielipiteen sisältö se mihin argumentaatio nojaa? Vaatiiko oikeustajunta ankaraa vastuuta humalaisille, ja jos näin on, mistä tämä johtuu. Voidaan edelleen kysyä, tuleeko ja millä ehdoin yleisen mielipiteen vaatimuksiin suostua? Jos näet kriminaalipolitiikassa uskalletaan asettua muissa kysymyksissä oikeustajunnan

tukemaa seurausvastuuta vastaan, niin miksei sama voisi toteutua myös humalan puolella?

Nämä oikeustajunnan sisältöön kytkeytyvät argumentit tuovat tarkasteluun tavallaan uuden (jo Alasenkin mainitseman) näkökulman. Sen mukaan humalaan hankkiutuminen on jo itsessään moitittava teko, ja siihen syyllistynyt saa kantaa itse (elämäntapansa) seuraukset. Ankara vastuu ei ehkä heijasta niinkään suhtautumista niihin *rikoksiin,* joiden rankaisemisesta on kyse, kuin yhteiskunnan tuomitsevaan suhtautumiseen *alkoholinkäyttöön.* Rattijuoppouskeskustelusta tutut piirteet tuntuvat toistuvan myös tässä keskustelussa. Vaikka syyllisyysperiaatteen edellyttämä vastuun lievennys ei ehkä olisikaan tuhoisaa rangaistuksen yleisestävän vaikutuksen kannalta, osoittaisi humalaisten tekemien rikosten lievempi kohtelu arveluttavaa ymmärrystä moraalisesti arveluttavia tapoja ja tottumuksia kohtaan.

Ankara vastuu peilaa siis ehkä pikemminkin yhteiskunnan (kaksinais)moralistista suhtautumista alkoholiin, kuin aitoa prevention tarvetta (ks. myös *Klami* 1983 s. 406). Humalan rikosoikeudellisen sääntelyn historiallinen tarkastelu toisi otaksuttavasti esille runsaasti muitakin rikosoikeuden ja moraalin välisiä yhteyksiä. Aiheesta laaditut lyhyetkin historiikit (*Jägerskiöld* 1965, *Strahl* 1965 ja *Nelson* 1977) osoittavat, että vastuuehtojen tiukkuuteen vaikuttavat monet muutkin kuin puhtaasti rikosten torjuntaan liittyvät syyt. Kun humala vielä 1700-luvun alkupuolella vapautti vastuusta siinä missä mielisairaus, pakko tai houkutuskin, tuli asiaan muutos ensimmäisten alkoholiasetusten (v. 1733) myötä. Muutos, jolla poistettiin humalan tuoma lievennys, oli osa pietistien alkoholinvastaista taistelua (ks. *Jägerskiöld* 1965 s. 312—313). Ei liene myöskään sattuma, että juopumuksen vaikutuksesta rangaistusvastuuseen keskusteltiin seuraavan kerran kieltolain vuosikymmenellä. Tuon 1920-luvulla käydyn keskustelun taustalla olivat huoli alkoholinkulutuksen kasvusta sekä alkoholin luomista vaaratilanteista uusilla tekniikan sävyttämillä elämänalueilla, mm. liikenteessä (ks. *Nelson* 1977 s. 340 ss). Kun vuosikymmenen lopulla säännöksiä tiukennettiin Norjassa, oli kysymys Nelsonin mukaan pikemminkin yrityksistä vaikuttaa alkoholinkulutukseen kuin rikollisuuteen (*Nelson* 1977 s. 356 ja 340—341 sekä alav. 8 edellä).

5. Pohdintoja de lege ferenda

Suhtautuminen päihtymyksen vallassa tehtyihin rikoksiin on kaikesta päättäen vähä vähältä lievenemässä. Suhtautumistavan muutoksella on yhteytensä

virtauksiin, jotka ovat hiljalleen johtamassa puhtaiden moraalikriminalisointien häviämiseen rikoslaeista. Samasta muutoksesta on meillä esimerkkinä juopumuksen dekriminalisointi.

Päihtymyksen vaikutusta koskeviin säännöksiin tarvitaan muutos jo pelkästään sääntelyn sisäisen logiikan vuoksi. Nykyisen lain nimenomaisen sanonnan perusteella humala ei voi johtaa vähentyneesen syyntakeisuuteen.[13] Sen sijaan tiedottomuutta lähentyvä humala voi johtaa täyteen syyntakeettomuuteen. Toisaalta humalalla voi, niin oikeuskirjallisuuden kuin saatavilla olevan niukan tuomioistuinkäytännönkin mukaan (ks. *Lappi-Seppälä* 1987 s. 417—418), olla vaikutusta myös rangaistuksen mittaamisessa asteikon rajoissa. Kun on tilanteita, joissa humala saattaa perustella vastuuvapauden, sekä tilanteita, joissa se alentaa rangaistusta asteikon puitteissa, jää ihmettelemään, miksei sama peruste voi oikeuttaa asteikon alentamiseen.

Edellä esitetystä huolimatta suhteellisen ankara vastuu lienee edelleen tarpeen. Tätä puoltavat, paitsi jo mainitut yleisestävät syyt, myös käytännön näkökohdat. Humalana hankkiminenhan on, kuten Honkasalo osuvasti toteaa, »jokaiselle mitä mutkattomin asia» (*Honkasalo* 1967 s. 42). Perusteeseen vedottaisiin arvattavasti huomattavan suuressa osassa tapauksia ja lisäksi olosuhteissa, jotka asettaisivat syyttäjän jokseenkin mahdottomien näyttövaikeuksien eteen. Ilmeistä onkin, ettei päihtymystä vastaisuudessakaan voida rinnastaa sellaisiin, vaikutuksiltaan vastaaviin psyykkisiin tiloihin, jotka ovat tekijän oman valinnan tavoittamattomissa. Mielikuva siitä, että jokainen tiedottomuutta lähenevässä humalassa toikkaroiva on rikosoikeudellisesti syyntakeeton, olisi myös yleisprevention kannalta otaksuttavasti varsin vahingollinen. Vastuuvapaudelta tulee näin ollen edellyttää jonkinlaista *lisä-argumenttia*. Tällaisina voisivat tulla kysymykseen esim. alkoholin ja lääkeaineiden yhteisvaikutustilanteet, yllättävä teho, kokemattomuus, väsymys, pitkäaikaisen käytön myötä alentunut toleranssi jne.[14]

Vaikka päihtymyksen *syyntakeisuuden* poistava vaikutus tulee sekä yleispreventiivisista että prosessiin liittyvistä syistä rajata poikkeustilanteisiin, samaa pidättyvyyttä ei ole välttämätöntä noudattaa *syyksiluettavuuden* puolella. Olkoonkin että lopputulos on (vastuuvapauden muodossa) sama, ovat perusteet toiset. Vaikkei oikeustajunta hyväksyisi humalaisen vapauttamista vastuusta syyntakeettomana (jolloin vastuuvapaus on tavallaan totaalinen ja kos-

[13] »Yksinään» sanaa lakitekstissä voi tosin tulkita siten, että humala voi toimia lisäperusteena jonkin muun syyn ohella.

[14] On korostettava, että tässä kuitenkin olisi kysymys jostain muusta kuin lähinnä lääketieteellisenä kuriositeettina pidettävästä patologisesta humalasta.

kee mitä muuta tilannetta hyvänsä), voi se kuitenkin hyväksyä sen, ettei tekijää rangaista, koska tekoon on johtanut humalaisen erehtyminen tosiasioista, ajasta ja paikasta jne. Näissä tapauksissa voitaneen ilman sen suurempia huolia noudattaa yleisiä syyksilukemissääntöjä.[15] Esittäessään, että humalatilassa tapahtuneeseen ilmiselvään tosiasiaerehdykseen olisi suhtauduttava kuten muuhunkin tosiasiaerehdykseen, rikosoikeuskomitea on tarjonnut järkevän ja kriminaalipoliittisesti hyvin perustellun lähtökohdan tulevalle lainvalmistelulle (ks. Rikosoikeuskomitea 1976 s. 115).

Lähteet

Andenæs, Johs: Alminnelig Strafferett. 2 p. Oslo 1974. (*Andenæs* 1974).

Anttila, Inkeri—Heinonen, Olavi: Rikosoikeus ja kriminaalipolitiikka. Helsinki 1977. (*Anttila—Heinonen* 1977).

Alanen, Aatos: Päihtymys rikosoikeudellisena probleemina. DL 1940 s. 364—392. (*Alanen* 1940).

Beckman, Nils—Holmberg, Carl—Hult, Bengt—Strahl, Ivar: Kommentar till Brottsbalken I. Brotten mot person och förmögenhetsbrotten. 5 p. 1988 (*Beckman* ym. I 1988).

Forsman, Jaakko: Strafrättens allmänna läror. Kerava 1900. (*Forsman* 1900).

Grotenfelt, Julius: Kommentar till strafflagen. Helsingfors 1913. (*Grotenfelt* 1913).

Greve, Vagn—Larsen, Bent Unmack—Lindegaard, Per: Kommenteret Straffelov, almindelig del, 2 p. København 1981. (*Greve* ym. 1981).

Jareborg, Nils: Brottsbalken 23—24 med mera. Uppsala 1985. (*Jareborg* 1985).

Jägerskiöld, Stig: Straffansvar vid rus. SvJT 1965 s. 305—313. (*Jägerskiöld* 1965).

Klami, Hannu Tapani: Ihmisen säännöt. Turku 1983. (*Klami* 1983).

Law Reform Commission of Canada. Recodifying criminal law. Report 31/1987. Ottawa 1987. *(Law Reform Commission of Canada).*

Lappi-Seppälä, Tapio: Rangaistuksen määräämisestä I — Teoria ja yleinen osa. Vammala 1987. (*Lappi-Seppälä* 1987).

[15] Tässäkin suhteessa jää paljon vielä sen varaan, millaiseksi tahallisuuden kynnys asetetaan. Strahl, joka Ruotsissa ehkä kaikkein voimakkaimmin äänenpainoin on vaatinut syyllisyysperiaatteen noudattamista myös humalatapauksissa, on myös verraten väljän tahallisuuskäsityksen kannalla (ks. *Strahl* 1976 s. 90 ss). Sama yhteys vallitsee tietysti myös syyntakeisuuden ja humalan välillä. Mitä tiukemmiksi syyntakeettomuuden kriteerit asetetaan, sitä kapeammaksi käy se alue, jolla päihtymys voisi edes periaatteessa vaatia erityishuomiota osakseen. Tässä kirjoituksessa ei kuitenkaan ole ollut mahdollisuutta vastuuopin peruskategorioiden tarkempaan erittelyyn. Syyntakeettomuuden puolella lähtökohtana on ollut syyntakeisuusarvioinnin kytkeminen tekijän kykyyn ymmärtää tekonsa tosiasiallinen ja moraalinen luonne sekä hänen kykyynsä säädellä käyttäytymistään (ks. Rikosoikeuskomitea 1976 s. 113 sekä *Lappi-Seppälä* 1987 s. 475 ss). Humalalla on riidatta vaikutus kaikkiin syyntakeisuuden kolmesta kriteeristä.

Nelson, Alvar: Ansvar utan skuld. Festskrift Gösta Hasselberg s. 339—359. Stockholm 1977. (*Nelson* 1977).

NOU 1983: 57: Straffelovgningen under omforming. Straffelovkommisjonens delutredning I. Oslo 1983. (NOU 1983: 57).

Rikosoikeuskomitean mietintö 1976: 72. Helsinki 1976. (Rikosoikeuskomitea 1976).

Schönke, Adolf—Schröder, Horst: Strafgesetzbuch. 23 p. Nördlingen 1988. *(S/S-Cramer/Lenckner).*

Serlachius, Allan: Suomen rikosoikeuden oppikirja. Yleiset opit. 2 p. Helsinki 1919 (*Serlachius* 1919).

Strahl, Ivar: Straffansvar vid rus. SvJT 1965 s. 369—398. (*Strahl* 1965).

Strahl, Ivar: Allmän Straffrätt i vad angår brotten. Stockholm 1976 (*Strahl* 1976).

Strömmerstedt, Monika: Med vett och vilja? Stockholm 1987. (*Strömmerstedt* 1987).

The Law Commission. Codification of the criminal law. London 1985 (*Law Commission* 143).

Waaben, Knud: Det kriminelle forsaet. København 1957. (*Waaben* 1957).

Waaben, Knud: Strafferettens ansvarslære. København 1987. (*Waaben* 1987).

Kohtuuttomuus »Unzumutbarkeit» — syyllisyyden poistava anteeksiantoperuste?

Oikeustieteen lisensiaatti *Vesa Laukkanen*

»Syyllisyysmoitteen täytyy vaieta silloin, kun yleiseen elämänkokemukseen katsoen keneltäkään keskimääräisihmiseltä ei ole voitu odottaa oikeudenmukaiseen toimintaan johtavaa motivointia». Näin määritteli *Honkasalo* aikoinaan oppikirjassaan kannattamansa saksalaisen rikosoikeustieteen kehittämän ei-positiivisen anteeksiantoperusteen: Unzumutbarkeitin.[1] Määritelmä on sanatarkka käännös Honkasalon paljon siteeraamasta Liszt-Schmidtin oppikirjasta.[2] Tuttu on myös Honkasalon esimerkkitapaus äidistä, joka työttömänä, asunnottomana ja vailla elatusta heittäytyi aviottoman lapsensa kanssa Seinevirtaan (mts. 16). Honkasalo toteaa, että vaikka tapaus ei sellaisenaan olisi antanut meidän oikeutemme mukaan mahdollisuuksia syyttämättä jättämiseen, kuitenkin siinä tapauksessa, että kunnallinen köyhäinhoitokaan ei olisi tuottanut tulosta viranomaisten ilkeyden tai ymmärtämättömyyden vuoksi, olisi syytteestä vapauttaminen ollut ajateltavissa.[3]

Termille Unzumutbarkeit ei ole hyvää suomenkielistä vastinetta. Termihän tarkoittaa jotakin sellaista, mikä ei ole odotettavissa tai vaadittavissa. Termi on merkityssisällöltään varsin avoin: sen avulla ei voida johtaa aineellisoikeu-

---

[1] *Honkasalo, Brynolf,* Suomen rikosoikeus, Yleiset opit II, Helsinki 1967, s. 13—16.

[2] *Liszt, von Franz,* Lehrbuch des Deutschen Strafrechts, I osa, 26. Eberhard Schmidtin muokkaama painos, Berlin 1932, 234: »Der Schuldvorwurf überall da verstummen muß, wo im Hinblick auf unsere allgemeine Lebenserfahrung eine zu rechtgemäßem Handeln führende Motivation bei keinem Durchschnittsmenschen zu erwarten ist.

[3] Ks. myös *Utriainen, Terttu,* Syyllisyys muuttuvana käsitteenä, Vammala 1984, 317, jossa esimerkkitapaukseen liittyen todetaan, että se osapuoli, jonka tulisi pyytää kyseistä tilannetta anteeksi, on tosiasiassa usein sosiaaliselta turvallisuudeltaan kehittymätön yhteiskunta.

dellista päättelyä sen suhteen, mitä tekijältä voidaan/ei voida vaatia. Siksi korvaankin termin kotimaisella vastineella: Unzumutbarkeit-opin asemesta puhun kohtuuttomuus-opista.

Kohtuuttomuus-opin lähtökohtana on oppi syyllisyyden normatiivisesta ainesosasta. Syyllisyyden toteamiseksi ei riitä enää pelkästään syyntakeisuuden sekä tahallisuuden tai tuottamuksen vahvistaminen vaan lisäksi edellytetään, että teko on tehty sellaisissa olosuhteissa, että tekijään voidaan kohdistaa moite. Normatiivisen syyllisyyskäsitteen myötä luovuttiin psykologisesta syyllisyyskäsitteestä. Syyllisyyden poistavaksi perusteeksi hyväksyttiin ns. anteeksiantoperusteet: vaikka teko oli oikeudenvastainen, saattoi jokin anteeksiantoperuste poistaa tekijän syyllisyyden, jolloin tekijä ei ollut syyllistynyt rikokseen ja syyte oli hylättävä.

Saksan liittotasavallassa laissa säännellyt anteeksiantoperusteet ovat olleet varsin tiukkoja soveltamisalaltaan. Tämä osaltaan johti siihen, että ilmeni tarvetta löytää laissa mainittujen anteeksiantoperusteiden lisäksi »ylipositiivisia» (übergesetzliche) anteeksiantoperusteita tai ainakin yksi — soveltamisalaltaan varsin kattava. Rikosoikeustiede suorittikin tehtävänsä: lähinnä *Freudenthalin* luomana kehittyi oppi, jonka mukaan tekijään ei voitu kohdistaa syyllisyysmoitetta, jos hän ei kyennyt tekemään sitä, mitä hänen olisi pitänyt tehdä.[4] Liiallinen individualisointi vältettiin sillä, että arvostelukriteerinä käytettiin ns. keskimääräisihmisen voimista ja kykenemistä.[5] Oppi sai 1920-luvulla paljon kannatusta, mutta jo 1930-luvulla oppi oli lähes hylätty eikä se sen jälkeen ole ollut enää sanottavasti rikosoikeudellisen keskustelun kohteena.[6] Täysin vallitsevana voidaankin pitää Saksan liittotasavallassa kantaa, jonka mukaan anteeksiantoperusteita ei voida luoda oikeuskäytännön avulla, vaan rikoslakiin sisältyy tyhjentävä luettelo anteeksiantoperusteista.[7]

Aiheellista on vielä mainita, että normatiivisuuden vaatimus syyllisyyteen liittyvänä on sinänsä hyväksytty eri yhteyksissä, esim. rangaistuksen mittaamisperusteissa, säännöksissä toimenpiteistä luopumisesta, tuottamuksellisissa

---

[4] Ks. *Freudenthal, Berthold,* Schuld und Vorwurf im geltenden Strafrecht, Tübingen 1922, 11, joka liitti normatiivisen arvostuselementin tahallisuuteen liittyväksi.

[5] Ks. esim. edellä alav. 2 ja *Henkel, Heinrich,* Zumutbarkeit und Unzumutbarkeit als regulatives Rechtsprincip, 307; teoksessa Festschrift für Edmund Mezger zum 70. Geburtstag 15. 10. 1953, München 1954, jossa Henkel selvittää käsitteeseen kohdistuvaa kritiikkiä.

[6] Ks. tästä esim. *Achenbach, Hans,* Wiederlebung der allgemeinen Nichtzumutbarkeitsklausel im Strafrecht?, Juristische Rundschau (JR) 1975, 492.

[7] Näin esim. *Jescheck, Hans-Heinrich,* Lehrbuch des Strafrechts, Allgemeiner Teil, 4. painos, Berlin 1988, 454, joka tukeutuu mm. Reichsgerichtin ratkaisuun RG 66, 397. Alaviitteessä 13 Jescheck mainitsee myös eräitä opin kannattajia.

rikoksissa ja laiminlyöntirikoksissa. Kiistan kohteena onkin ollut vain kysymys siitä, voiko normatiivisuuden vaatimus muodostaa ei-positiivisen anteeksiantoperusteen nimenomaan tahallisten seurausrikosten yhteydessä.

Kohtuuttomuus-oppia Honkasalo ei voinut perustaa suoranaisesti positiiviseen rikosoikeuteen, minkä vuoksi hän esittikin monia reaalisia argumentteja opin puolesta: poikkeuksellisen vaikeissa tilanteissa rikoslaki menettää motivoivan vaikutuksensa, josta esimerkkinä on RL 3 luvun 9 §:n hätävarjelun liioittelusäännös ja RL 3 luvun 10 §:n pakkotilasäännös. Toisaalta legaliteettiperiaate ei ole esteenä analogian käytölle vapauttamisperusteiden kohdalla. Ennen kaikkea oppi on perusteltavissa rikosoikeuden hengestä johdettuna. Rankaiseminen ei ole rikosoikeuden perimmäisten tarkoitusperien mukaista vaan olisi suorastaan haitallista, koska rankaiseminen järkyttäisi yleistä moraalia jne (mts. 15).

Honkasalon ajattelu osoittaa selkeästi, ettei rikosoikeudellista järjestelmää voida pitää täysin suljettuna sääntöjen systeeminä. Siinä missä tiukka positivisti ei näe mitään mahdollisuutta »armolle», on Honkasalo — tosin varsin tiukoin edellytyksin — valmis soveltamaan laissa sääntelemätöntä anteeksiantoperustetta, jonka avulla vältetään kohtuuton lopputulos.

Suomalaisessa rikosoikeustieteessä on kohtuuttomuus-opin tarpeellisuutta puolustanut varsin voimakkaasti *Hiltunen*.[8] Tosin Hiltunen katsoi, että opin hyväksyminen ei ehkä voi tapahtua muutoin kuin lainsäädäntöteitse. Myös monet muut tutkijat ovat käsitelleet kysymystä, ja heistä ei-positiivisen anteeksiantoperusteen mahdollisuuden kannalla ovat *Vikatmaa, Anttila, Heinonen* ja *Frände*.[9]

Teoreettisesti arvioiden näyttäisi siltä, että suoranaisia esteitä opin hyväksymiselle jo voimassa olevan oikeuden kannalta ei ole. Saksalaisen rikosoikeuden kielteinen suhtautuminen nimenomaan ei-positiivisiin anteeksiantoperusteisiin ei ole meillä saanut kannatusta. Liittotasavallan rikosoikeustieteessä on toisaalta yleisesti hyväksytty ns. ei-positiivisen oikeuttamisperusteen mahdol-

---

[8] Ks. *Hiltunen, Paavo,* Syyllisyyskäsite rikoksen uusimisessa, Vammala 1951, 170 s.

[9] Ks. esim. *Vikatmaa, Juha,* Erehdyksestä, Turku 1970, 35, *Anttila, Inkeri—Heinonen, Olavi,* Rikos ja seuraamus, Rikosoikeuden perusteet. Helsinki 1971, 101, *Lahti, Raimo,* Toimenpiteistä luopumisesta rikosten seuraamusjärjestelmässä, Vammala 1974, 286, *Majanen, Martti,* Om excess i nödvärn och i offentligrättslig nödvärn, 138, teoksessa Skuld och ansvar, Straffrättsliga studier tillägnade Alvar Nelson, Uppsala 1985 ja *Frände, Dan,* Den straffrättsliga legalitetsprincipen, Ekenäs 1989, 198 ss. Anttilan ja Heinosen mielestä anteeksiantoperusteiden käyttäminen on harkinnanvaraisempaa kuin oikeuttamisperusteiden. Frände toteaa, että tarvittaessa Korkein oikeus voi luoda uusia anteeksiantoperusteita.

lisuus.[10] Liittotasavallassa kohtuuttomuus-opin torjumisen edellytyksenä on siten jyrkkä dikotomia oikeuttamis- ja anteeksiantoperusteiden välillä. Jaottelun oikeutuksesta voidaan todeta lyhyesti seuraavaa.

Ero oikeuttamis- ja anteeksiantoperusteisiin on rikoksen yleisessä rakenteessa ollut yksi keskeisimpiä noudattaen oikeudenvastaisuuden ja syyllisyyden jakoa. Jaottelun ehdottomuus ei ole kuitenkaan välttämätön. On ollut tutkijoita, jotka ovat riitauttaneet oikeudenvastaisuuden riippumattomuuden tekijän syyllisyydestä.[11] Toisaalta hiljattain Saksan liittotasavallassa on ilmestynyt väitöskirja, jossa on perusteellisesti riitautettu oikeuttamis- ja anteeksiantoperusteiden jaottelun tarve.[12] Sitä ennen oli jo Saksan liittotasavallan korkein oikeus BGH antanut ns. »Spannerfall» -pakkotilatapauksessa ratkaisun, jossa syyte hylättiin. Syytteen hylkäämisen perustelun osalta BGH ei ottanut kantaa, oliko kysymyksessä oikeudenmukainen pakkotilateko (StGB 34 §), koska teko oli joka tapauksessa anteeksiannettava pakkotilateko StGB:n 35 §:n nojalla ja siten tehty ilman syyllisyyttä.[13] Tapausta on luonnollisesti kritisoitu, mutta ratkaisu viestittää jotakin perinteisesti hyväksytyn jaottelun mahdollisesta tarpeettomuudesta. Reaalisena argumenttina jaottelua vastaan voidaan mainita myös angloamerikkalainen oikeus, jossa jaottelua ei ole.[14] Tarkan rajanvedon tekeminen on myös ilmeisen vaikeaa. *Lappi-Seppälä* onkin väitöskirjassaan osuvasti todennut, että samaan tekoon voivat soveltua samanaikaisesti sekä oikeuttamisen että anteeksiannettavuuden periaatteet.[15]

Yhtenä esteenä kohtuuttomuus-opin hyväksymiselle on nähty opin epätäsmällisyys. Lainkäyttäjällä ei ole oikeastaan mitään konkreettista ohjenuoraa, minkä avulla tapaukset voitaisiin ratkaista. Oppia on pidetty suorastaan vaa-

---

[10] *Jescheck,* mts., 211.

[11] Ks. esim. *Merkel, Adolf,* Kriminalistische Abhandlungen I. Zur Lehre von den Grundeintheilungen des Unrechts und seiner Rechtsfolgen, Leipzig 1867, 44 ja myöhemmin mm. *Hardwig, Werner,* Die Zurechnung, Hamburg 1957, 206. Meillä *Forsman* on katsonut, että vääryydestä voi olla kysymys vain silloin, kuin se ilmentää tahdon aktiivista toimintaa oikeutta vastaan, Forsman, Jaakko, Allmänna läror, Tredje upplagan. Kerava 1930, 30—33.

[12] Ks. *Linde, Hans von der,* Rechtfertigung und Entschuldigung im Strafrecht? Überlegungen zu einer funktionalen Straftatsystematik, Frankfurt a.M., 1988.

[13] BGH 15. 5. 1979 (1 StR 74/79), NJW 1979, 2053 ja JR 1980, 411.

[14] Ks. *Greenawalt, Kent,* The Perplexing Borders of Justification and Excuse, 263, teoksessa Albin Eser/George P. Fletcher, Rechtfertigung und Entschuldigung I, Freiburg i. Br. 1987.

[15] *Lappi-Seppälä, Tapio,* Rangaistuksen määräämisestä I, Teoria ja yleinen osa, Vammala 1987, 296.

rallisena ja rikosoikeudellista järjestelmää murentavana.[16] Tätä kantaa ei ole kuitenkaan poikkeuksettomasti hyväksytty ja esim. *Jakobs* katsoo, ettei teoreettista estettä ole opin hyväksymiselle.[17] Jakobs ei vain näe opille olevan käytännöllistä tarvetta.

Opin viimeaikaisia puolesta puhujia ovat myös *Wittig* ja *Lücke*.[18] Varsinkin Lücken perustelutapa on merkittävä. Hän lähtee siitä, että perusoikeuksiin sisältyvän oikeusvaltioperiaatteen vuoksi kohtuuttomuus-oppi on välttämätön täyttämään lainsäädännöllisen aukon anteeksiantoperusteissa. Aukon täyttäminen tapahtuu analogian avulla. Lähtökohtana on Saksan siviililakikirjan (BGB) 242 §:n ns. Treu und Glaube -sääntö. Lücke toteaa, että säännöksen periaate on hyväksytty julkisoikeuden alalla. Kun rikosoikeus on osa julkisoikeutta, voidaan säännöstä johtaa kohtuuttomuusperiaate rikosoikeuteen täyttämään anteeksiantoperusteiden aukon.

Myös *Roxinin* käsitykset syyllisyyden sisällön määräytymisestä kriminaalipoliittisten tavoitteiden pohjalta mahdollistavat kohtuuttomuus-opin. Roxin viittaa eräiden psykiatrien käsityksiin, joiden mukaan vaikeissa affektio-tilanteissa tehtyjen tekojen arvostelu voitaisiin paremmin suorittaa kohtuuttomuus-opin perusteella kuin perinteisenä syyntakeisuuskysymyksenä.[19]

Suomalainen oikeuskäytäntö ei ole missään vahvistanut kohtuuttomuutta ei-positiiviseksi anteeksiantoperusteeksi. Tämä voi johtua tiukasta legalistisesta asenteesta, joka tuomioistuimilla on. Toisaalta on selvää, että kysymykseen tulevia ääritapauksia on suhteellisen vähän, eivätkä ne ole välttämättä edenneet Korkeimpaan oikeuteen saakka, koska inhimillinen seuraamus on voitu saavuttaa esim. rangaistuksen mittaamisen avulla.

Voimassa olevassa rikoslainsäädännössä on kaksi yleistä anteeksiantoperustetta: hätävarjelun liioittelu (RL 3: 9) ja anteeksiannettava pakkotila (RL 3: 10). Oikeuskäytännössä on vahvistettu anteeksiantoperusteeksi myös anteek-

[16] Ks. *Henkel*, mts., 256, jossa esitelty laajasti eri mielipiteitä oppia vastaan.

[17] *Jakobs, Günther*, Strafrecht, Allgemeiner Teil, Die Grundlagen und die Zurechnungslehre, Berlin 1983, 489, 491.

[18] Ks. *Wittig, Peter*, Der übergesetzliche Schuldausschließungsgrund der Unzumutbarkeit in verfassungsrechtlicher Sicht, Juristenzeitung (JZ) 1969, 546 ja *Lücke, Jörg*, Der allgemeine Schuldausschließungsgrund der Unzumutbarkeit als methodisches und verfassungsrechtliches Problem, JR 1975, 55. Ks. myös Achenbach, mts. (alav. 6), jossa kritisoidaan erityisesti Lücken kirjoitusta.

[19] Ks. *Roxin, Claus*, Zur jüngsten Diskussion über Schuld, Prävention und Verantwortlichkeit im Strafrecht, 294, teoksessa Festschrift für Paul Bockelmann zum 70. Geburtstag 7. 12. 1978, München 1979.

siannettava oikeuserehdys.[20] Hätävarjelun liioittelu säännös kattaa tietyn, tosin sangen suppean alueen tyydyttävästi: oikeudenvastaisen hyökkäyksen kohteeksi joutuneen henkilön puolustautuminen yli sen, mikä on hätävarjelun nojalla sallittua.

Anteeksiannettavan pakkotilan soveltamisala on jo luonnostaan huomattavasti laajempi. Toisin kuin esim. Saksan liittotasavallan StGB:n 35 §:ssä, meillä säännöksen soveltamisalaa ei ole rajoitettu koskemaan vain tietyn tyyppisiä vaaratilanteita ja tietyssä läheisessä suhteessa pakkotilatekijään olevien henkilöiden pelastamista. Kohtuuttomuus-opin soveltaminen voisi kuitenkin tulla kysymykseen mm. niissä tapauksissa, joissa tilanne suuresti muistuttaa pakkotilaa, mutta jokin edellytys puuttuu, esim. vaaran pakottavuus, virheellinen pelastuskeino tai muun kuin pakkotilalla suojeltavan intressin pelastaminen.

Joidenkin konkreettisten tapausten tarkastelu hahmottaa karkeasti niitä seikkoja, joiden vallitessa ainakin prima facie kohtuuttomuus-opin soveltaminen saattaisi olla aiheellista oikeudenmukaiseen lopputulokseen pääsemiseksi.

1. Väkivaltainen aviomies ja ainainen pelko[21]

> A elää miehensä B:n alituisessa pelossa. Eikä aiheetta: B on pahoinpidellyt ja kohdellut muutoinkin A:ta varsin törkeästi jo vuosien ajan. Pahoinpitelyt ovat ajoittuneet viikonloppuihin B:n ollessa juovuksissa. B on uhannut myös tappaa A:n, jos tämä antaisi B:n ilmi poliisille tai jättäisi B:n. A on yrittänyt saada apua sosiaaliviranomaisilta, mutta ei ole sitä saanut, koska ei ole uskaltanut noudattaa saamaansa ohjetta muuttaa pois puolisoiden yhteisestä asunnosta. Tultuaan jälleen kerran pahoinpidellyksi, B surmaa A:n tämän nukahdettua humalaansa.

Tapaus karrikoidussa muodossakaan ei ole vieras inhimilliselle elämälle. B:n hyökkäystä A:n kimppuun ei voida luonnollisestikaan pitää hätävarjeluna: oikeudenvastainen hyökkäys oli jo päättynyt eikä uutta hyökkäystä voida pitää välittömästi uhkaavana. Sitä vastoin tilanne muistuttaa sangen läheisesti

---

[20] Ks. KKO 1985 I 2 ja 1986 II 37.

[21] Tapausesimerkki perustuu BGH:n 12. 7. 1966 antamaan ratkaisuun, ks. NJW 1966, 1824. Varsin traaginen tapaus on selostettu The Times -lehdessä 30. 11. 1988, 16, jossa 35- ja 36-vuotiaat sisarukset surmasivat 57-vuotiaan isänsä useita vuosia jatkuneiden suorastaan järkyttävän epäinhimillisen kohtelun jälkeen. Isä oli väkisinmaannut toistuvasti tyttärensä siitä lähtien kun tyttäret olivat tulleet teini-ikäisiksi, jatkuvasti pahoinpidellyt potkien heitä ja estänyt lähes täydellisesti kanssakäymisen muiden ihmisten kanssa. Vaikka tuomio oli 2 vuotta ehdollista vankeutta, osoittivat tuomion perustelut selkeästi, kuinka teko-olosuhteet vaikuttivat lähes anteeksiantoperusteen tavoin. Tuomari totesi päätöksessään mm.: »I accept that in many ways your life has been a form of torment and in a sense you have taken your punishment before the event».

pakkotilaa, jossa vaaran muodostaa ns. kestovaara (Dauergefahr). Oletetaan kuitenkin, että aikaisintaan viikon päästä uudistuva pahoinpitely ei vielä oikeuttaisi vetoamaan pakkotilaan, jolloin tarkasteltavaksi jää kohtuuttomuus-opin soveltamismahdollisuus.

Suoralta kädeltä näyttäisi siltä, että kysymyksessä on tapaus, jossa keneltäkään keskimääräisihmiseltä ei tällaisessa tilanteessa voitaisi edellyttää norminmukaista käyttäytymistä. Eri asia on, miten asiaa olisi arvosteltava moraaliselta, eettiseltä tai uskonnolliselta kannalta. Rikosoikeuden valossa tarkastelun kohteena on tilanne, jossa aviovaimon inhimilliset voimavarat ovat yksinkertaisesti kuluneet loppuun ja vastustamaton kiusaus selvitä jatkuvasta kärsimyksestä surmaamalla B:n, on saanut A:n valtaansa. Tällaisessa tilanteessa ei hyödytä kysyä sitä, kuka ensimmäisenä »heittäisi kiven», vaan tarkastelukulmana täytyy olla se, miten kuka tahansa voisi menetellä tuossa tilanteessa.

Voidaan tietysti väittää, että kohtuuttomuus-opin soveltaminen johtaisi useisiin vastaaviin tekoihin. Toisaalta: moni uskoisi myös siihen, että »tyrannit» varoisivat pahoinpitelemästä vaimojaan yksinkertaisesti sen vuoksi, että seurauksena voisi olla lopulta oma kuolema. Syytteen hylkäämistä voisi perustella myös realiteetilla siitä, kuinka tällaisia surmaamistekoja tapahtuu, vaikka tekijä on säännönmukaisesti tietoinen kiinnijäämisestään. Erityisprevention kannalta rangaistus olisi epäilemättä täysin tarpeeton. Ja vastaväite: kukaan ei tiedä, kuinka paljon enemmän tällaisia tekoja tapahtuisi, jos tekijää ei tuomittaisi rangaistukseen.

Jo ensimmäinen tapaus viittaa siihen, että ratkaisua ei voida rationaalisesti löytää. Harkintaperusteena pitäisikin olla se, voidaanko kohtuudella edellyttää tekijältä muunlaista käyttäytymistä ja olisiko kohtuutonta kohdistaa syyllisyysmoite tekijään; tekijään, jonka tulevaisuutta muutoinkin rasittaa menneiden vuosien jättämät syvät henkiset vammat.

2. *Aktiivinen eutanasia*[22]

A:n 10-vuotias poika B on tukehtumisonnettomuuden vuoksi syvässä tajuttomuustilassa (koomassa). B:llä on todettu vakavia aivovaurioita. B on hengityslaitteessa eikä hänen terveydentilassaan ole kuluneiden kahden vuoden aikana tapahtunut muutoksia eikä lääketieteellisen tiedon mukaan ole odotettavissakaan minkäänlaista paranemista. A sammuttaa B:n hengityskoneen, minkä vuoksi B kuolee.

A:n menettelyn arvosteleminen pakkotilatekona on vaikeaa, koska intres-

[22] Tapausesimerkki perustuu USA:ssa tapahtuneeseen tositapahtumaan, josta ei ole vielä tuomioistuimen ratkaisua.

sivertailun vaatimus ei toteudu eikä ylipäätään pakottavaa vaaratilannetta ole käsillä. Siten A:n teko on ainakin prima facie arvostellen tahallinen surmaamisrikos.

A:n menettelyn motivaation täytyy luonnollisesti vaikuttaa asiaan. A:lle ja tämän vaimolle vallitseva tilanne on aiheuttanut jatkuvaa tuskaa ja kärsimystä. B:n kuoleman jälkeen A ja tämän vaimo ovat helpottuneita vuosia kestäneen psyykkisen taakan poistuttua B:n kuoleman myötä.

Tässäkin tapauksessa voidaan esittää lukemattomia argumentteja B:n menettelyn puolesta ja vastaan. Ja vastaavasti voidaan ymmärtää, ettei argumenttien lukuisuus anna vielä vastausta kysymykseen. Filosofeja lainatakseni: tarvittaisiin Hercules-tuomari, joka ratkaisisi asian oikein, mutta tätä ei valitettavasti ole käytettävissä.

Jos B olisi ollut aivokuollut, ei ratkaisu olisi tuottanut vaikeuksia. B:n olotila oli kuitenkin hyvin lähellä aivokuollutta. Täysin varmana ei voida kuitenkaan pitää sitä, tapahtuiko B:n tajuttomuuden suhteen mitään vaihtelua. Oliko mahdollista, että B oli jonakin momentaanisena hetkenä kyennyt ajattelemaan? Entäpä jos näin olisi tapahtunut useinkin? Tai oliko B kyennyt joskus ymmärtämään hänelle puhuttuja sanoja? Puhumattakaan siitä mahdollisuudesta, että vuosia myöhemmin lääketiede keksisi jonkin menetelmän, jolla B olisi voitu parantaa. Ajatus tuntuu epätodennäköiseltä, mutta kuka haluaisi vannoa, ettei se ole mahdollista?

Jälleen kerran ydinkysymys kulminoituu A:n mahdolliseen syyllisyyteen. Tulisiko A:han kohdistaa moite hänen teostaan ja mahdollisesti jopa rangaista A:ta? Mitkä olisivat saavutettavat edut ja haitat ja kenen kannalta näitä etuja ja haittoja olisi arvosteltava: A:n, potentiaalisten B:iden vai muiden kansalaisten kannalta?

Tämän kiperän kysymyksen äärellä mielipiteet jakaantuvat laajasti eikä yhden oikean ratkaisun esittäminen tunnu mahdolliselta. Tämän myöntäminen on kuitenkin suuri edistysaskel, koska samalla luovutaan legalistisesta (ja siten tuomitsevasta) asenteesta: A:han on kohdistettava syyllisyysmoite, koska ei ole olemassa tapaukseen soveltuvaa anteeksiantoperustetta. A voidaan katsoa syylliseksi, mutta siihen on oltava painavat perusteet eikä sellaiseksi riitä pelkästään lainsäädännön aukollisuus.

---

[23] Vastaavantyyppinen tositapaus on selostettu The Times -lehdessä 2. 7. 1985, 3. Tässäkin tapauksessa syytetty tuomittiin taposta »vain» pidätysaikaa vastaavaan määrään eli 4 kuukaudeksi.

3. *Lähiomaisen armomurha kärsimysten lopettamiseksi*[23]

73-vuotias B kärsii parantumattoman sairauden johdosta jatkuvia kipuja, joita kipulääkitys ei pysty lieventämään. B:n 75-vuotias aviomies A surmaa B:n tämän pyynnöstä.

Jälleen kerran tuomitseminen tuntuu pakottavalta ja toisaalta aviomiehen tekoa voidaan ymmärtää moninkin perustein. A on kokenut pelko- ja tuskatiloja pelätessään, että hänen kuolemansa jälkeen B jäisi vaille riittävää hoitoa ja huolenpitoa. B:n pyyntö saada kuolla on ollut niin voimakas, että A on tehnyt tekonsa omasta mielestään pelkästä rakkaudesta.

Kysymys aktiivisesta eutanasiasta on äärimmäisen vaikea. On ilmeistä, että asia tulisi säännellä lainsäädännössä. Niin kauan kuin asia on sääntelemätön, tulisi kohtuuttomuus-opin avulla huolehtia, ettei selvästi epäoikeudenmukaisiin lopputuloksiin päädytä. Ja sääntelyn jälkeenkin oppi toimisi ultima rationa kohtuullisten ratkaisujen saavuttamiseksi.

Hollanti on edennyt käytännöllistä tietä kohtuuttomuus-opin mahdollistavaan lopputulokseen lääkärien kohdalla. Viralliset syyttäjät eivät nosta syytettä lääkäriä kohtaan aktiivisen eutanasian vuoksi edellyttäen, että teko on tehty tietyin vahvistetuin edellytyksin. Samanaikaisesti Hollannissa on tehty lakiesitys asian oikeudelliseksi sääntelemiseksi.[24]

4. *Epämuodostuneen vastasyntyneen surmaaminen*

A synnyttää lapsen, joka on pahoin epämuodostunut ja pysyvästi kykenemätön minkäänlaiseen inhimilliseen kommunikointiin. A surmaa lapsen lääkärinsä avustuksella.

Äidin teon tunnusmerkistö toteuttaa epäilemättä tapon privilegioidun muodon. Mikään anteeksiantoperuste ei sovellu tapaukseen. Ilman kohtuuttomuus-opin hyväksymistä, näyttäisi olevan välttämätöntä tuomita äiti rangaistukseen erittäin lieventävien asianhaarojen vallitessa tehdystä taposta.

Belgiassa tapahtui tällainen tapaus. Äiti ja lääkäri olivat katolisia. Lapsi oli viides ja pahoin epämuodostunut äidin käyttämien lääkeaineiden johdosta. Äiti ajatteli, että lapsen eläminen aiheuttaisi koko perheelle suuria kärsimyksiä. Äiti oli kaikin puolin kunnioitettava henkilö ja koko Belgian kansa

[24] Ks. ensimmäisistä tuomioistuinratkaisuista, joiden pohjalta virallinen syyttäjä on tehnyt syyttämättäjättämispäätöksiä, *Scholten, Hans-Joseph,* Legalisierung der aktiven Sterbehilfe in den Niederlanden?, JZ 1984, 877 ja myöhemmästä kehityksestä, *Waling, Cornélie* ja *Kalmthout, van Anton,* 959 ja 984, teoksessa Albin Eser/Barbara Huber (toim.), Strafrechtsentwicklung in Europa 2, Landesberichte 1984/1986, Freiburg i. Br. 1988.

sääli hänen kohtaloaan. Mutta oikeussäännösten mukaan ei ollut muuta vaihtoehtoa kuin tuomita hänet rangaistukseen murhasta. Oikeuden ratkaisu olikin yllättävä: jury päätti, ettei äiti ollut surmannut lasta.[25]

Yhteenveto

Jo edellä esitetyt muutamat tapaukset konkretisoivat vähän inhimillisen elämän ylivoimaisia kärsimyksiä ja tilanteita. Ja esimerkkitapauksia voisi jatkaa vaikka kuinka pitkään. Monilapsisen perheen köyhä isä varastaa rahaa päästäkseen leikkaukseen ulkomaille ja siten pelastaakseen henkensä. Lääkäri ilmoittaa AIDS'ia sairastavan potilaan sukulaiselle potilaan sairaudesta, koska potilaan vuotavat haavat voisivat aiheuttaa tartunnan perheen lapsille. Huumeidenkäyttäjä ei pysty lopettamaan huumeiden käyttämistä raskauden aikana, vaikka aiheuttaakin kaikella todennäköisyydellä lapsen kuoleman. Lääkäri kieltäytyy tekemästä raskauden keskeytystä ns. sosiaalisin perustein, vaikka toimenpide kuuluu hänen virkavelvollisuuksiinsa. Potilas kieltäytyy rokotuksesta, vaikka seurauksena on kuolema ja lääkäri antaa rokotuksen voimakeinoin.

Vaikka kohtuuttomuutta ei voitaisi laissa tarkasti määritellä, voitaisiin kuitenkin joitakin suuntaviivoja antaa. Kun kysymyksessä olisi anteeksiantoperuste ei täsmällisyysvaatimus olisi lainsäädännöllinen este, varsinkin kun otetaan huomioon suuntaus yhä avoimempaan ja normatiivisempaan käsitteistöön. Kohtuuttomuus-oppi ei johtaisi myöskään individualistiseen rikosoikeuteen, koska syyllisyydestä vapautumisen edellytyksenä olisi se, että normien mukaisen käyttäytymisen vaatiminen kysymyksessä olevassa tapauksessa olisi objektiivisesti arvostellen kohtuutonta ja yleisen oikeudenmukaisuuskäsityksen vastaista.

Kohtuuttomuus-opin hyväksyminen anteeksiantoperusteeksi ei ole kuitenkaan ainoa vaihtoehto päästä ainakin lähelle vastaaviin lopputuloksiin. Toinen »kanava» on säännökset syyttämättä jättämisestä ja tuomitsematta jättämisestä. Esim. Englannissa ja USA:ssa syyttäjälle on jätetty varsin suuri harkintavalta syytteen nostamisessa.[26] Myös meillä suuntaus on vastaava, josta

---

[25] Tapauksen selostaa *Ch. Perelman* teoksessaan Justice, Law, and Argument, Essays on Moral and Legal Reasoning, Holland 1980, 41 ja 141.

[26] Ks. tästä esim. *Huber, Barbara,* Funktion und Tätigkeit des Anklägers in England und Wales, 556—569, teoksessa funktion und Tätigkeit der Anklagebehörde im ausländischen Recht, toim. Hans-Heinrich Jescheck und Rudolf Leibinger, Baden-Baden 1979 ja *Weigend, Thomas,* Funktion und Tätigkeit det Staatsanwaltschaft in den U.S.A, mts., 610—636. Ks.

hyvänä osoituksena on Hallituksen esitys Eduskunnalle rikosoikeudellisista toimenpiteistä luopumista koskevien säännösten uudistamiseksi (1989 vp. — HE n:o 79). Toimenpiteistä luopumisen mahdollisuudet ovat ehdotuksen mukaan niin laajat, että on aiheellista kysyä, onko lainsäätäjän tarkoitus sisällyttää kaikki syyllisyyttä vähentävät tekijät perinteisiä anteeksiantoperusteita lukuun ottamatta *vasta* vaiheeseen, jolloin on jo vahvistettu henkilön syyllistyneen rikokseen. Perusteeksi tuomitsematta jättämiselle on esitetty jopa sitä, että »rikosta on tekoon tai tekijään liittyvistä erityisistä syistä pidettävä anteeksiannettavana» (s. 19). Sekä oikeustieteen että -käytännön mukaan anteeksiannettavuus poistaa tekijän syyllisyyden, jolloin syyte on hylättävä. Termien epäyhtenevä käyttö johtaa siihen, että rajanveto rikosten ja ei-rikosten välillä tulee entistä epäselvemmäksi ja estää selkeiden ratkaisujen tekemisen.[27]

Vaikka syytteen hylkäämisen ja rangaistukseen tuomitsematta jättämisen välillä ei ole lopputuloksen kannalta eroa pidän arveluttavana, että rajanveto hämärtyy. Tätä vaaraa ei torju lakiesityksen mukaan syytetylle varattu mahdollisuus saada syyllisyyskysymys tuomitsemattajättämistapauksissa tuomioistuimen tutkittavaksi, koska rajanveto on myös tuomioistuimelle vaikea. Toisaalta on vaikea uskoa, että yksityinen kansalainen kovinkaan herkästi haluaisi käydä oikeutta yksinomaan hänen tekonsa rikosoikeudellisesta luonnehdinnasta. Tähän viittaa myös vireillä olevan väitöskirjatyöni oikeustapausaineisto. Jopa oikeudenmukaisissa pakkotilatapauksissa syytetty on alioikeuksissa lähes aina syytteen hylkäämisen asemesta jätetty rangaistukseen tuomitsematta, eivätkä päätökset ole johtaneet muutoksenhakemuksiin.[28]

Kohtuuttomuus-opin soveltamisala riippuu luonnollisesti muiden täsmällisemmin säädettyjen anteeksiantoperusteiden sisällöstä. Vaikka soveltaminen rajoittuisikin vain äärimmäistapauksiin, pidän sitä kuitenkin tarpeellisena »turvallisuusventtiilinä», jotta selvästi kohtuuttomilta lopputuloksilta voitaisiin aina välttyä. Näin päästäisiin askel parempaan suuntaan, kohti tarkoituksenmukaisempaa, oikeudenmukaisempaa ja humaanimpaa rikosoikeudellista järjestelmää.[29] On syytä muistaa, että rikosoikeus ei vaadi suurta moraalista sanka-

---

myös ohjeisto Prosecution Policy of Commonwealth, Guidelines for the making of decisions in the prosecution process, 1986.

[27] Tätä epäselvyyttä aiheuttaa jo nyt jossain määrin RL 3 luvun 5 §:n 3 momentin tuomitsemattajättämissäännöksen sanamuoto »...teko on johtunut olosuhteet huomioon ottaen anteeksi annettavasta huomaamattomuudesta, ajattelemattomuudesta tai tietämättömyydestä...»

[28] N. 80 tutkitussa tapauksessa on vain 4:ssä syyte hylätty ja muissa tapauksissa tekijä on jätetty hänelle syyksi luetusta rikoksesta rangaistukseen tuomitsematta.

[29] Näistä tavoitteista mainitsee mm. *Lahti, Raimo,* Zur Entwicklung der Kriminalpo-

ruutta vaan on pikemminkin eettinen minimi. Kun vielä tiedämme, että vaikka esim. uskonnon alueella vaatimukset ovat huomattavasti ankarammat kuin rikosoikeudessa, on »seuraamusjärjestelmä» sitä vastoin äärimmäisen armollinen. Kukaan ei tule tuomituksi kristinuskon mukaan tekojensa takia, vaan sen takia, ettei ole ottanut vastaan armoa pahojen tekojensa sovitukseksi. Sitä, kuinka pitkälle rikosoikeus voi tältä osin ottaa mallia uskonnosta en tiedä, mutta siitä olen varma, että suunta on yhtenevä rikosoikeudelliselle järjestelmälle asetettujen tavoitteiden kanssa.[30]

---

litik in Finnland, teoksessa: Festschrift für Hans-Heinrich Jescheck zum. 70 Geburtstag, Berlin 1985, s. 888.

[30] Rangaistuksen vaihtoehdot ovat jatkuvasti kiinnostuksen kohteena kriminaalipoliittisessa keskustelussa. Ajatus anteeksiannosta ja sen merkityksestä perinteiseen tuomitsemisasenteeseen vilahtaa oikeustieteellisessä kirjallisuudessa siellä täällä. Esim. *Klami* kirjoittaa kirjansa Ihmisen säännöt, Tutkimus oikeuden olemuksesta, synnystä ja toiminnasta, Turku 1983, saatesanoissa pyrkineensä rikollisuuden osalta osoittamaan rankaisemisen taustalla olevat harhaiset ja kestämättömät ajattelutavat jättäen sivuun — välttääkseen ajautumisen utopioihin — sen, mitä aggressiomallin vaihtoehdoista seuraisi: tukea ja anteeksiantoa koston sijaan.

Eurooppalaisesta atk-rikospolitiikasta

Esittelijäneuvos, oikeustieteen lisensiaatti *Lauri Lehtimaja*

»Considering that the aim of the Council of Europe is to achieve a greater unity between its Members...»

Euroopan neuvoston kriminaalipoliittisen komitean (European Committee on Crime Problems eli CDPC) kunnianhimoisena tavoitteena on rationaalin ja johdonmukaisen kriminaalipolitiikan edistäminen jäsenmaittensa alueella. Sitkeästi halutaan uskoa eurooppalaisen kriminaalipolitiikan mahdollisuuteen. Se olisi jotakin enemmän kuin Euroopan neuvoston jäsenmaiden kansalliset kriminaalipolitiikat ryhmäkuvassa. Sen pitäisi olla jotakin uutta, yhteistä ja yhdistävää. Toisaalta se ei saisi johtaa ajatusmaailmojen pakkoyhdentämiseen eikä myöskään harmonisointiin pelkän harmonisoinnin vuoksi. Eurooppalaisuuteen kuuluu aina polyfonia ja pluralismi. Onneksi siihen kuuluu myös tervettä järkeä ja pragmaattista otetta, ainakin kriminaalipolitiikassa.[1] Euroopan neuvoston kriminaalipoliittisia suosituksia ja yleissopimuksia ei tehtailla politisoituneen retoriikan sivutuotteena, kuten usein tapahtuu YK:n piirissä. Strasbourgissa pyritään ratkaisemaan ajankohtaisia ja konkreetteja ongelmia, jotka versovat käytännön kokemuksista. Pieni ripaus nostalgista kaunopuheisuutta silti aina sallitaan.

Edellä todetun valossa ei siis yllättäne, että Strasbourgissakin huomattiin jossakin vaiheessa »jälkiteollisen oikeuden jumalattaren hylänneen miekkansa ja vaakansa sekä siirtyneen näppäilemään tietokonetta».[2] Kriminaalipolitiikan alalla tämä synnytti tarpeen tutkia, oliko mahdollista luoda »eurooppa-

[1] Kansainvälisen kriminaalipolitiikan keinoista ja tavoitteista lähemmin ks. *Lauri Lehtimaja*, Rikoslaki ja kansainvälinen kriminaalipolitiikka, Lakimies 1986 s. 208—222.

[2] CDPC:n sveitsiläisen puheenjohtajan *P-H Bollen* maalaama visio Euroopan neuvoston 3. kriminaalipoliittisessa konferenssissa Strasbourgissa 21. 3. 1985.

laista» atk-rikospolitiikkaa. Itse asiassa atk-rikosongelma tarjoaa oivan esimerkin siitä, miten kansainväliset järjestöt käyvät eri suunnilta uuden aiheen kimppuun, ensin hieman kyräilevät toinen toistensa nurkanvaltauksia mutta lopulta sopivat kaikkia hyödyttävästä työnjaosta.

Atk-rikosten erityispiirteistä

Atk-rikoksiksi kutsutaan sellaisia rikoksia, joiden *kohteena, välikappaleena* tai *tekoympäristönä* on atk-järjestelmä siihen kuuluvine laitteineen. Atk-rikoksilla on erityispiirteitä, jotka nimenomaan vaativat kansainvälistä panosta kriminaalipoliittiseen suunnitteluun. Atk-järjestelmien tiedonsiirtoyhteydet eivät tottele valtioiden välisiä rajoja. Jos rangaistusuhka tietyn tekotyypin kohdalla puuttuu tai on liian heikko, on pelättävissä, että kansainvälinen rikollisuus pyrkii hyödyntämään tällaista porsaanreikää. Toisaalta valtioiden välinen rikosoikeudellinen yhteistyö ei toimi (tai toimii epävarmasti), ellei atk-rikoksiksi luettujen tekojen rangaistavuus ole yhdenmukainen yhteistyötä harjoittavien valtioiden lainsäädännöissä. Tämä ei kuitenkaan tarkoita sitä, että rikostunnusmerkistöjen tai rikoslakisystemaattisten ratkaisujen pitäisi olla täysin samanlaisia eri maissa.[3] Painetta yhä pidemmälle menevään harmonisointiin on kuitenkin olemassa.

Yhteiskunnan tietokoneistuminen on johtamassa siihen paradoksiin, että mikä tahansa rikostyyppi voi vähitellen ilmetä myös atk-rikoksen luonteisena. Atk-rikosongelmaan kiinnitettiin ensimmäiseksi huomiota pankki- ja liikemaailmassa, missä sähköistä rahaa oli helpompi anastaa kuin setelitukkuja tai kultaharkkoja. Nykyään kuitenkin tiedämme, että tietokoneilla on osansa lähes kaikissa yhteiskunnan toiminnoissa. Tietokone voidaan napinpainalluksella muuttaa jopa »hengenvaaralliseksi astaloksi». Uuden tietotekniikan myötä itse *tiedosta* on tullut uusi aineeton hyödyke, joka vaatii oikeussuojaa mutta ei

[3] Rikoslain tarkistuksissa on käytetty erilaisia tekniikoita. Perinteisille tunnusmerkistökäsitteille on voitu antaa uusi, modernimpi sisältö tai perinteisiin tunnusmerkistöihin on lisätty uusia elementtejä tai atk-spesifisiä alamomentteja. Tätä lähestymistapaa on käytetty mm. Pohjoismaissa. Joskus on säädetty myös uusia atk-spesifisiä rikossäännöksiä. Onpa Ranskan rikoslakiin lisätty jopa oma atk-rikoksia koskeva lukunsa. Yhdysvaltain monissa osavaltioissa on peräti erillisiä atk-rikoslakeja. Atk-rikossäännöksistä oikeusvertailevasti ks. *Ulrich Sieber*. The International Handbook on Computer Crime. Computer-related Economic Crime and the Infringements of Privacy. Portsmouth 1986.

kuitenkaan ole *tavaraan* rinnastettavissa esimerkiksi kavalluksen tai varkauden kohteena.[4]

Atk-rikospolitiikka ei saa olla pelkästään vanhan ajattelun paikkailua ja parsimista. Siinä ajaudutaan monessa mielessä perimmäisten kysymysten äärelle — kuten yleensäkin atk-oikeudellisessa pohdiskelussa. Toisaalta on varottava mystifioimasta atk-rikoksia. Vaikka tekniikka kehittyy, näyttöpäätteen takana istuva ihminen on entinen.

Atk-rikospolitiikka kansainvälisissä järjestöissä

EN:ssa atk-rikokset »keksittiin» kriminologisten tutkimusinstituuttien johtajien 12:nnessa kokouksessa vuonna 1976.[5] Kokemusperäisenä ilmiönä niitä käsiteltiin (joskin varsin suppeasti) taloudellista rikollisuutta koskevassa ministerikomitean suosituksessa vuodelta 1981.[6] Tämän jälkeen aiheen »varasti» taloudellinen yhteistyöjärjestö OECD. Ensin OECD:n piirissä oltiin huolestuneita tietotekniikan ja sitä kautta koko atk-yhteiskunnan »haavoittuvuudesta». Tällaista kysymyksenasettelua pidettiin kuitenkin teknologiapoliittisista syistä epäonnistuneena: olihan sopimatonta vihjata, että uusi tietotekniikka *sinänsä* voisi olla vaaraksi tai vahingoksi ihmisille. Niinpä haavoittuvuuden selitettiin johtuvan ihmisistä itsestään: syntipukeiksi leimattiin atk-*rikolliset!* OECD:n tieto- ja viestintäpoliittinen komitea ICCP asetti vuonna 1984 *ad hoc* -työryhmän, joka ryhtyi tutkimaan OECD:n jäsenmaiden rikoslakien harmonisointimahdollisuuksia voimien yhdistämiseksi atk-rikollisuutta vastaan. Työryhmän laatimat konkreetit kriminalisointisuositukset julkaistiin seuraavana vuonna.[7]

Tässä vaiheessa havahtuivat EN:n juristit, jotka tunsivat OECD:n talousmiesten astuneen heidän varpailleen. Aineellisen rikoslainsäädännön harmonisoinnin ei pitänyt kuulua OECD:lle, vaan se oli tyypillisesti EN:n heiniä. Niinpä EN asetti vuonna 1985 uuden asiantuntijakomitean (PC-R-CC), jonka tehtäväksi tuli analysoida atk-rikosten eri ilmenemismuotoja, arvioida niiden aiheuttamia lainsäädännön uudistamistarpeita ja kehittää valtioiden välistä ri-

[4] Atk-rikoksista lainsäätäjän kannalta ks. *Lauri Lehtimaja,* Atk-rikokset de lege ferenda. Suomen Tuomariliiton vuonna 1986 järjestämien V tuomaripäivien pöytäkirja s. 85—110. Helsinki 1987.

[5] Ks. Collected Studies in Criminological Research, Vol XV, s. 26 ss. Strasbourg 1977.

[6] Recommendation No. R (81) 12 on Economic Crime.

[7] *Computer-related Crime: Analysis of Legal Policy.* OECD/ICCP n:o 10. Paris 1986.

kosoikeudellista yhteistyötä. EN:n atk-rikoskomitean piti erityisesti tutkia, miten olemassa olevat rikosoikeudellista yhteistyötä koskevat eurooppalaiset yleissopimukset soveltuivat atk-rikollisuuden torjuntaan. Kansallisille lainsäätäjille tuli laatia ohjenormeja ja siinä yhteydessä kehittää myös alan oikeudellista terminologiaa. Lähtökohdaksi oli määrä asettaa OECD:n laatima pioneeriselvitys, mutta EN:n asiantuntijakomitean ambitiotaso asetettiin luonnollisesti korkeammalle.[8]

EN:n käytyä käsiksi atk-rikosongelmaan OECD asettui puolestaan vahtikoiran rooliin. Järjestö ilmoitti reagoivansa heti, jos Strasbourgin rikosjuristit yrittäisivät rikoksentorjunnan verukkeella rajoittaa OECD:n tietopolitiikan peruspilaria: kansainvälisten tietovirtojen vapaata kulkua.

EN:n atk-rikoskomitea sai raporttinsa valmiiksi keväällä 1989. Siihen liittyvä suositusluonnos hyväksyttiin kriminaalipoliittisessa komiteassa kesäkuussa 1989 ja tätä kirjoitettaessa ministerikomitean odotetaan adoptoivan suosituksen ennen vuoden 1989 loppua.

Myös EY on huolestunut atk-rikoksista. EY:n komission tietopalvelumarkkinoita koskevassa toimintasuunnitelmassa atk-rikosongelmaa on erityisesti priorisoitu.[9] EY:n oikeudelliset asiantuntijat ovatkin päätyneet suosittamaan EN:n atk-rikoskomitean kaikkien ehdotusten toteuttamista EY:n alueella. Näyttää siis siltä, että OECD:n talousmiesten alulle panema ja EN:n juristiaivojen edelleen työstämä ohjelma on päätymässä EY:ssä lopullisesti toimeenpantavaksi.

Atk-rikosongelmaa tai sen osa-alueita on viime vuosina käsitelty eri näkökulmista myös muissa kansainvälisissä järjestöissä, esimerkiksi Kansainvälisessä Rikospoliisijärjestössä (INTERPOL), YK:n kansainvälisen kauppaoikeuden toimikunnassa (UNCITRAL), Kansainvälisessä Kauppakamarissa (ICC) ja Maailman Tekijänoikeusjärjestössä (WIPO). Päällekkäistyön välttäminen ei ole helppoa eikä aina edes mahdollista. Toisaalta useimmat järjestöt uskovat, että juuri niiden näkökulmalla on sellaista omalajisuutta, jota muiden työ ei voi koskaan korvata.

---

[8] Atk-rikoskomiteassa *(Select Committee of Experts on Computer-related Crime)* olivat varsinaisina jäseninä edustettuina Itävalta, Tanska, Ranska, Saksan liittotasavalta, Kreikka, Italia, Luxemburg, Norja, Espanja ja Sveitsi. Lisäksi oli kutsuttu tarkkailijoiksi Alankomaat, Portugali, Suomi, Kanada, Yhdysvallat ja Japani sekä OECD ja EY. Tieteellisinä konsultteina toimivat prof. *Ulrich Sieber* Saksasta ja prof. *Bart de Schutter* Belgiasta. Kokousedustajat olivat pitkälti samoja henkilöitä kuin OECD:n *ad hoc* -työryhmässä.

[9] Council decision of 26. 7. 1988, O.J. No. C 288 of 21. 10. 88.

Linjaeroja EN:n atk-rikoskomiteassa

Tämän kirjoittajalla oli tilaisuus osallistua Suomen edustajana sekä OECD:n *ad hoc* -työryhmän että EN:n atk-rikoskomitean työhön. Kokemus tarjosi mielenkiintoisen löytöretken paitsi itse aiheeseen myös yleiseurooppalaisen kriminaalipoliittisen yhteistyön mahdollisuuksiin ja sitä rajoittaviin reunaehtoihin. Kun OECD:n selvitysintressi oli talouselämän tarpeiden suuntaan painottunut, EN:n atk-rikoskomitea puolestaan käsitteli aihettaan mahdollisimman laajasti. Niinpä aihe oli usein vaarassa riistäytyä käsistä. Rikosoikeuden ja kriminaalipolitiikan harrastajalle atk-rikoskomitean asialista oli kuin herkkujen paljoudesta notkuva pitopöytä: kaikkea oli tilaisuus maistella, sekä perinneruokia että eksoottisten keittiöiden ihmeitä.[10]

Atk-rikoskomiteassa erottui jo heti alussa, puheenjohtajaa valittaessa, kaksi eri linjaa: oltiin eri mieltä siitä, heiluttaako häntä koiraa vai koira häntää. Ensimmäisen eli ns. *mystifiointilinjan* mukaan tietotekniikka oli kriminaalipolitiikassa määriteltävä kokonaan uudeksi elämänalueeksi ja yleinen luottamus tietotekniikkaan vastaavasti kokonaan uudeksi oikeushyväksi, joka vaati aivan omintakeisen sääntelynsä. Toisen eli ns. *perinteisen linjan* mukaan taas atk oli ainoastaan uusi ilmiö, joka oli luonut eräitä uusia rikoksentekomahdollisuuksia sekä uudenlaisen ympäristön monille perinteisille rikoksille. Siksi uuden tietotekniikan tosiasiat oli otettava huomioon nykyistä rikosoikeusjärjestelmää vuosi- ja peruskorjattaessa. Komitean puheenjohtajuudesta kilpailivat mystifiointilinjaa ajanut *Italia* sekä perinteistä linjaa puoltanut *Saksan Liittotasavalta*. Vaalin voitti jälkimmäinen, mistä ainakin pohjoismaat olivat tyytyväisiä.

Italian edustaja tuntui näkevän atk-rikosongelman ensisijaisesti *uhripoliittisena:* ongelman ydin oli siinä, etteivät atk-rikosten uhrit ilmoittaneet ilmitulleista tapauksista viranomaisille. Siksi olisi Italian mielestä tullut säätää lailla atk-rikoksia koskeva ilmoitusvelvollisuus pakolliseksi. Tämä näkemys ei kuitenkaan saanut kannatusta. Komitean enemmistön siunaama perinteinen linja asetti puolestaan lähtökohdaksi lailla suojattavien oikeushyvien *(legal interest, l'intérêt juridique, Rechtsgut)* huolellisen erittelyn ja eriyttämisen myös silloin,

[10] Atk-rikoskomitean (toistaiseksi vielä julkaisematon) loppuraportti jakautuu viiteen eri osaan: I Yleistä atk-rikospolitiikasta, II Kriminalisointisuositukset kansallisille lainsäätäjille, III Prosessuaalisia kysymyksiä, IV Kansainväliseen yhteistyöhön liittyvät kysymyksiä ja V Muita kysymyksiä (turvatoimet, uhrien asema, tietosuojaloukkaukset). Tässä kirjoituksessa olen keskittynyt käsittelemään komitean työstä ainoastaan kahta ensiksi mainittua asiakokonaisuutta.

kun kysymys oli atk-rikoksista. Tällaisiksi määriteltyjen rikosten heterogeeninen luonne oli tunnustettava. Niiden vaarallisuusaste vaihteli suuresti. Sen vuoksi koulupoikahakkereita tuli kohdella eri tavoin kuin tietokonetta aseenaan käyttäviä terroristeja. Perinteisen oikeushyväanalyysin korvaaminen atk-rikosten yksiviivaisella mystifioinnilla johtaisi helposti ylikriminalisointeihin. Tietokoneen käyttäminen rikoksen tekemiseen ei saisi *sinänsä* olla rikosoikeudellisessa arvostelussa raskauttava seikka.

Ns. Sveitsin teesit

Atk-rikoskomitean enemmistön hyväksymän atk-rikospoliittisen ohjelmajulistuksen formuloi Sveitsin edustaja. Hän kiteytti rikosoikeuden perinteistä *ultima ratio* -roolia korostavan ohjelman seuraaviin periaatteisiin, joiden oli määrä kuvata »eurooppalaista» suhtautumista atk-rikosongelmaan:

1) rikosoikeus on toissijainen keino suhteessa sekä tekniseen rikoksentorjuntaan että siviili- ja hallinto-oikeuteen;

2) rikosoikeudellisessa sääntelyssä olisi mahdollisimman pitkälti sovellettava perinteistä rikossystematiikkaa, joskin atk-elementti voi antaa aiheen myös perinteisistä tunnusmerkistörakenteista poikkeaviin lakiteknisiin ratkaisuihin;

3) aineellista rikosoikeutta ei kannata muuttaa, jos epäkohdat ovat korjattavissa soveltamiskäytäntöä tai prosessuaalisia säännöksiä tarkistamalla;

4) rikoslain uudistajan ei pitäisi »haukata liian suurta palaa» vaan keskittyä käytännössä nimenomaisesti dokumentoituihin epäkohtiin;

5) olisi muistettava, että eräät epäkohdat voivat myös johtua rikoslain yleisen osan epätarkoituksenmukaisuuksista eivätkä välttämättä erityisiä rikostunnusmerkistöjä rasittavista puutteista.

Sveitsin teesit suhtautuivat atk-rikosongelmaan siis konservatiivisen varovaisesti. Hyttystä ei haluttu ampua tykillä. Valtioiden välisen rikosoikeudellisen yhteistyön sujuvuuden takaamiseksi pidettiin kuitenkin välttämättömänä, että keskeiset atk-rikostyypit kriminalisoidaan selkeästi kaikissa jäsenmaissa. Erilliset atk-spesifiset rikostunnusmerkistöt saattaisivat jossakin määrin helpottaa yhteistyösopimusten käytännön soveltamista. Huomautettiin myös, että joissakin tapauksissa tietoyhteiskunnan uudet arvot ja arvostukset saattoivat horjuttaa konservatiivisinta oikeushyväajattelua ja pakottaa kokonaan uusiin arviointeihin. Ei pidetty mahdottomana, että tietotekniikka olisi luonut (tai olisi luomassa) kokonaan uusia oikeushyvätyyppejä etenkin immateriaalioikeuksien alalla.

Atk-rikospolitiikan haaste Suomessa

Suomen näkökulmasta atk-rikospolitiikan haaste on näyttäytynyt hieman erilaisessa valossa kuin useimmissa muissa EN:n jäsenmaissa, koska meillä on käynnissä rikoslain kokonaisuudistus. Meillä on toki ollut mahdollista »haukata suurempiakin paloja», toisin sanoen uudistaa järjestelmäämme siltäkin osin kuin epäkohtia ei ole (vielä) käytännössä dokumentoitu. Rikoslakiuudistuksemme ideana on luoda kokonaisvaltainen kuva kielletystä käyttäytymisestä. Näin ainakin rikosoikeuskomitea asetti tavoitteen 1970-luvulla. Tosin 1980-luvun rikoslakihankkeessa tämä tavoite on todettu odotettua kunnianhimoisemmaksi. Lopputulos on vielä tätä kirjoitettaessa näkemättä. Rikoslain kokonaisuudistuksesta tähän mennessä saadut kokemukset ovat olleet atk-rikospoliittisesta näkökulmasta ongelmallisia, koska emme ole pysyneet välttämättömissäkään uudistuksissa muun Euroopan emmekä varsinkaan muiden pohjoismaiden tahdissa. Muualla jo pääosin voimaan saatetut atk-rikoksia koskevat uudistukset ovat meillä vielä ehdotusasteella. Voimme ainoastaan toivoa, että lopputuloksen laatu korvaisi pitkän odotusajan tuskailut.

EN:n kriminalisointisuositukset

EN:n asiantuntijakomitean päätehtänä oli konkreettien kriminalisointisuositusten laatiminen EN:n jäsenvaltioiden noudatettavaksi. Keskusteltiin kuitenkin pitkään ja intensiivisesti, tulisiko nämä suositukset laatia *mallilain* (model law) muotoon vai riittäisivätkö väljemmät ohjeet eli ns. *suuntaviivat* (guidelines). Kysymys ei ollut pelkästään teknisestä menettelytavasta vaan eurooppalaisen kriminaalipolitiikan perimmäisestä tavoitteenasettelusta. Mallilaki tuntui houkuttelevalta päämäärältä EN:n peruskirjassa julkilausutun yhdentymisideologian kannalta. Sitä ajoivat lähinnä Saksan Liittotasavalta, Itävalta ja Espanja. Voimakkain kritiikki tuli pohjoismailta (Suomi mukaanluettuna) ja siihen yhtyi aktiivisena tarkkailijana esiintynyt Kanada. Mallilain pelättiin olevan ristiriidassa sen atk-rikospoliittisen peruslähtökohdan kanssa, että pyritään välttämään atk-spesifisiä erityissäännöksiä ja sen sijaan otetaan atk-elementti tarpeen mukaan huomioon perinteisen rikossystematiikan puitteissa. Jos taas atk-mallirikoslaki kattaisi kaikki sellaiset perinteiset rikostyypit, joissa atk on luonut uusia tekotilaisuuksia, mallilaista tulisi itse asiassa täydellisen »eurorikoslain» ensimmäinen luonnos. Tällaisen laatiminen ei taas tuntunut realistiselta tämän päivän Euroopassa.

Lopulta päädyttiin (tietenkin) kompromissiin. Päätettiin laatia guidelinetyyppinen ohjeisto, kuitenkin niin täydellisenä, että siihen sisältyi luonnos valmiiksi säädösteksteiksi perusteluineen. Näitä mallisäännösluonnoksia kansalliset lainsäätäjät voisivat tarpeen mukaan hyödyntää »inspiraation lähteinä». Säädöstason jonkinasteinen harmonisointi katsottiin tarpeelliseksi, jotta rikosoikeudellisen yhteistyön (esimerkiksi syytteensiirron, rikoksentekijäin luovuttamisen ja keskinäisen oikeusavun) käytännön toimivuus voitaisiin taata. Mallilaki-idean edustamaa integraatiohaavetta ei sitäkään kokonaan haudattu. Jos suositustie ei käytännössä johtaisi toivottuihin tuloksiin, pidettiin mahdollisena, että tulevaisuudessa päädyttäisiin atk-rikoksia koskevaan eurooppalaiseen yleissopimukseen.

Mallisäännösluonnokset jakautuivat toisaalta *minimilistalle* ja toisaalta *valinnaiselle listalle*. Edellinen käsitti tekotyypit, joiden kriminalisoinnista jo tällä hetkellä ollaan EN:n kaikissa jäsenmaissa jotakuinkin yksimielisiä. Jälkimmäinen puolestaan käsitti teot, joiden kriminalisointia komitea halusi ainakin esittää jäsenmaiden vakavasti harkittavaksi. Kriminalisointisuositukset käsittivät vain tahallisina rangaistaviksi ajateltuja tekoja. Sekä minimilista että valinnainen lista on otettu tämän kirjoituksen liitteeksi kirjoittajan suomentamana. Liitteessä on myös viittaukset suosituksia lähinnä vastaaviin kotimaisiin uudistusehdotuksiin.

Per aspera ad astra

Kriminalisointisuositusten laatiminen oli hidasta ja työlästä. Työskentelykielinä käytettiin englantia ja ranskaa, joiden lakitermit eivät suinkaan aina käyneet yhteen. Oikeusjärjestelmien erilaisuus yllätti jälleen kerran. Eurooppalaiset rikosjuristit tunnistavat samoja käsitteitä ja oppisanoja, mutta ymmärtävät niillä usein eri asioita. Myös rikosoikeusjärjestelmälle asetetut odotukset tuntuivat muuttuvan liikuttaessa kulttuurista toiseen. Varsinkin romaaninen, germaaninen ja skandinaavinen ajattelu iskivät tuon tuosta yhteen. Komiteatyöskentelyn jälkeen ei tarvinnut ihmetellä, miksi eurooppalainen kriminaalipolitiikka usein elää kangastuksena mutta pirstoutuu käytännössä. Onneksi me eurooppalaiset olemme vielä virkistävän erilaisia — tietotekniikan yhdentävistä paineista huolimatta.

Tällä en halua kuitenkaan vähätellä eurooppalaisen yhteistyön merkitystä — päinvastoin. Etenkin Suomelle on ollut välitöntä hyötyä EN:n atk-rikoshankkeesta. Siitä ammennetun tiedon pohjalta olemme voineet tarkistaa ja hie-

nosäätää omia vastaavia säännösehdotuksiamme, jotka ovat samanaikaisesti »eläneet» osana rikoslain vireillä olevaa kokonaisuudistusta. Meillä noudatettava rikossystematiikka tosin poikkeaa siitä, jota EN:n asiantuntijakomitea on noudattanut, mutta olennaisilta osin rikoslakiuudistuksessamme on pyritty täyttämään EN:n suositusnormit.

Suomessa on ehkä eniten käyty keskustelua atk-rikossäännösten tulevasta rangaistustasosta. Tähän kysymykseen EN:n atk-rikoskomiteassa ei ole haluttu ottaa kantaa. Rangaistusasteikkojen kansainvälinen vertailu ei ole yleensä mielekästä, koska todellinen sanktioankaruus jää useimmiten riippumaan kunkin järjestelmän kokonaistoiminnasta. Lohduttakoon tämä niitä, jotka ovat pelänneet kansallisen itsemääräämisoikeuden viimeistenkin rippeiden häviävän Euroopan neuvostoon liityttäessä.

Käytettyjä lyhenteitä:

atk	= automaattinen tietojenkäsittely
YK	= Yhdistyneet kansakunnat
EN	= Euroopan neuvosto
EY	= Euroopan yhteisöt
OECD	= Organization for Economic Co-operation and Development
ICCP	= Committee on Information, Computer and Communications Policy
INTERPOL	= International Criminal Police Organization
UNCITRAL	= United Nations Commission on International Trade Law
ICC	= International Chamber of Commerce
WIPO	= World Intellectual Property Organization

Liite

Euroopan neuvoston atk-rikollisuutta käsittelevän asiantuntijakomitean (PC-R-CC) kriminalisointisuositukset:

I MINIMILISTA (= teot, joiden kriminalisoinnin tarpeesta jäsenvaltiot ovat yksimielisiä)

1. Tietokonepetos (computer fraud)
Sellainen datan tai ohjelmiston syöttäminen (input), muuttaminen (alteration), hävittäminen (erasure) tai käytön estäminen (suppression) taikka muu tietojenkäsittelyn lopputulokseen vaikuttava tietojenkäsittelytapahtumiin puuttuminen (interference), joka aiheuttaa toiselle omaisuuden menetyksen tai taloudellista vahinkoa (economic or possessory loss of property), kun teon tarkoituksena on hankkia itselle tai toiselle laitonta taloudellista hyötyä (tai vaihtoehtoisesti: kun teon tarkoituksena on laittomasti riistää toiselta tämän omaisuutta).

2. Tietokoneväärennys (computer forgery)
Datan tai ohjelmiston syöttäminen, muuttaminen, hävittäminen tai käytön estäminen taikka muu tietojenkäsittelyyn puuttuminen sellaisella tavalla ja sellaisissa olosuhteissa, että tekoa kansallisen lainsäädännön nojalla olisi pidettävä väärennysrikoksena, jos sen kohteena olisi ollut väärennysrikoksen perinteinen teko-objekti (»asiakirja» tms).

3. Datan tai ohjelmiston vahingoittaminen (damage to computer data or programmes)
Datan tai ohjelmiston oikeudeton hävittäminen, vahingoittaminen, huonontaminen (deterioration) tai käytön estäminen.

4. Tietokonesabotaasi (computer sabotage)
Sellainen datan tai ohjelmiston syöttäminen, muuttaminen, hävittäminen tai käytön estäminen taikka tietokonejärjestelmiin puuttuminen, jonka tarkoituksena on estää tietokone- tai televiestintäjärjestelmän toiminta.

5. Luvaton järjestelmään tunkeutuminen (unauthorized access)
Oikeudeton tunkeutuminen (access) tietojärjestelmään tai tietokoneverkkoon, kun teko on tapahtunut turvajärjestelyjä murtamalla.

6. Luvaton viestin sieppaaminen (unauthorized interception)
Tietokonejärjestelmässä välitettävien taikka siihen tulevien tai siitä menevien viestien sieppaaminen (interception), kun teko on tapahtunut oikeudettomasti ja teknisiä apuvälineitä hyväksi käyttäen. (Viestin »sieppaamisella» tarkoitetaan tiedon hankkimista viestin sisällöstä tiedonsiirron aikana ilman viestinnän alkuperäisten osapuolten suostumusta.)

7. Luvaton kappaleiden valmistaminen suojatusta tietokoneohjelmasta (unauthorized reproduction of a protected computer programme)

Oikeudeton kappaleiden valmistaminen lailla suojatusta tietokoneohjelmasta taikka sellaisen ohjelman oikeudetta tapahtuva levittäminen (distribution) tai yleisön saataviin saattaminen (communication).

8. Luvaton kappaleiden valmistaminen integroidun piirin piirimallista (unauthorized reproduction of a topography)
Oikeudeton kappaleiden valmistaminen integroidun piirin lailla suojatusta piirimallista (topography of a semiconductor product) taikka piirimallin tai sen perusteella valmistettujen puolijohdetuotteiden oikeudetta tapahtuva kaupallinen käyttö tai sellaista käyttöä varten oikeudetta tapahtuva maahantuonti.

II VALINNAINEN LISTA (= teot, joiden kriminalisointia jäsenvaltiot pitävät ainakin harkinnan arvoisena)

9. Datan tai ohjelmiston muuttaminen (alteration of computer data or computer programmes)
Oikeudettomasti tapahtuva datan tai ohjelmiston muuttaminen.

10. Tietokonevakoilu (computer espionage)
Sopimattomin keinoin tapahtuva ammatti- tai yrityssalaisuuden (trade or commercial secret) hankinta taikka sellaisen salaisuuden luvaton ilmaiseminen (disclosure), luovuttaminen (transfer) tai käyttäminen, kun teon tarkoituksena on aiheuttaa taloudellista vahinkoa salaisuuden lailliselle haltijalle taikka hankkia laitonta taloudellista hyötyä itselle tai toiselle.

11. Tietokoneen luvaton käyttö (unauthorized use of a computer)
Sellainen tietokonejärjestelmän tai -verkoston oikeudeton käyttö,
a) johon tekijä ryhtyy hyväksyen mielessään sen huomattavan riskin, että teosta aiheutuu vahinkoa (loss) järjestelmän käyttöön oikeutetulle henkilölle taikka haittaa (harm) itse järjestelmälle tai sen toiminnalle, taikka
b) joka tapahtuu tarkoituksin aiheuttaa vahinkoa järjestelmän käyttöön oikeutetulle henkilölle taikka haittaa itse järjestelmälle tai sen toiminnalle, taikka
c) josta aiheutuu vahinkoa järjestelmän käyttöön oikeutetulle henkilölle taikka haittaa itse järjestelmälle tai sen toiminnalle.

12. Suojatun tietokoneohjelman luvaton käyttö (unauthorized use of a protected computer programme)
Lailla suojatusta tietokoneohjelmasta oikeudettomasti valmistettujen kappaleiden oikeudeton käyttö, kun se tapahtuu tarkoituksin hankkia laitonta taloudellista hyötyä joko itselle tai toiselle taikka oikeudenhaltijan vahingoittamiseksi.

EN:n suosituksia lähinnä vastaavat uudistusehdotukset Suomessa:

1. *Petos* (RL 36: 1 § 2 mom) tai *luvaton käyttö* (RL 29: 7 §): 1988 vp. — HE n:o 66[1]
2. *Väärennys* (RL 33: 1 ja 6 §): 1988 vp. — HE N:o 66
3. *Vahingonteko* (RL 35: 1 § 2 mom): 1988 vp. — HE n:o 66
4. *Tietoliikenteen häirintä* (RL 38: 5 §) tai yleisvaarallinen rikos (RL 34 luku): RL:n kokonaisuudistus II[2]
5. *Tietomurto* (RL 38: 8 §): RL:n kokonaisuudistus II
6. *Viestintäsalaisuuden loukkaus* (RL 38: 3 §): RL:n kokonaisuudistus II
7. *Tekijänoikeusrikos* (RL 49: 1 § ja tekijänoikeuslain 1: 1 § 2 mom): RL:n kokonaisuudistus II ja tekijänoikeuskomitean IV osamietintö[3]
8. *Piirimallin loukkaus* (Laki oikeudesta integroidun piirin piirimalliin 8 §): Tekijänoikeuskomitean IV osamietintö
9. *Väärennys* (RL 33: 1 ja 6 §) tai *vahingonteko* (RL 35: 1 § 2 mom): 1988 vp. — HE n:o 66
10. *Yritysvakoilu, yrityssalaisuuden rikkominen* tai *yrityssalaisuuden väärinkäyttö* (RL 30: 4, 5 tai 6 §): 1988 vp. — HE n:o 66
11. *Luvaton käyttö* (RL 29: 7 §): 1988 vp. — HE n:o 66
12. *Tekijänoikeusrikos* (RL 49: 1 § ja tekijänoikeuslain 1: 1 § 2 mom): RL:n kokonaisuudistus II ja tekijänoikeuskomitean IV osamietintö

---

[1] Hallituksen esitys Eduskunnalle rikoslainsäädännön kokonaisuudistuksen ensimmäisen vaiheen käsittäväksi rikoslain ja eräiden muiden lakien muutoksiksi.

[2] Rikoslain kokonaisuudistus II. Rikoslakiprojektin ehdotus. Oikeusministeriön lainvalmisteluosaston julkaisu 1/1989. Helsinki 1989.

[3] Tietotekniikka ja tekijänoikeus. Tekijänoikeuskomitean IV osamietintö. Teosten luominen ja käyttö tietokoneen avulla. Tietokoneohjelmien, tiedostojen ja tietokantojen sekä integroitujen piirien suoja. (KM 1987: 8) Helsinki 1987.

Vankiluku: kriminaalipolitiikan tulosmittari*

Vankeinhoitolaitoksen ylijohtaja *K. J. Lång*

Johdanto — ennakkopäätelmät

Suuret vankiluvut ovat yleensä olleet osoitus yhteiskunnallisesta kriisistä. Kun vankien määrä nopeasti nousee, taustalla on usein suurten yhteiskunnallisten ristiriitojen kärjistyminen. Monissa tutkimuksissa on voitu osoittaa, että rikollisuuden ja vankiluvun välinen yhteys on joko triviaali tai jopa väärä selitys vapaudenriistojen lisääntymiselle.

Viimeisten vuosien, jopa yli vuosikymmenen ajan, on vankimäärä läntisissä teollisuusmaissa kasvanut. Tätä ilmiötä ei tietääkseni ole tieteellisesti selvitetty. Saatamme vielä elää liian keskellä globaalista taloudellis-teknistä muutosvaihetta, jotta pystyisimme asenteettomasti ja riittävän avoimesti analysoimaan monissa yhteiskunnissa lisääntyvää repressiokoneiston käyttöä.

Vangit ovat Suomessa vähentyneet. Tämä on ollut johdonmukaisen kriminaalipolitiikan seurausta. Siitä huolimatta, että vankiluku on ollut koko itsenäisyyden ajan korkea, on vankiluvun lähes dramaattinen väheneminen viimeisten runsaan kymmenen vuoden aikana ollut jyrkkä vastakohta kehitykselle muualla Euroopassa.

Vangit ovat Suomessa vähentyneet kun tuomioistuimet ovat aikaisempaa useammin ehdottomien vankeusrangaistusten sijasta siirtyneet käyttämään joko ehdollisia vankeusrangaistuksia tai jopa sakkorangaistuksia. Myös rangaistusten

---

* Erikoistutkija Timo Aho, vankeinhoidon ylitarkastaja Markku Halinen, suunnittelupäällikkö Jouko Laitinen ja vankeinhoitoasiain neuvottelukunnan sihteeri Ulla Mohell ovat osallistuneet tämän artikkelin aineiston keruuseen ja tarkistaneet sen kieliasua. Kiitän heitä avusta ja ajatuksia kehittäneistä keskusteluista.

täytäntöönpanoaikoja koskevat muutokset ovat jonkin verran alentaneet vankilukua. Kehityksen tuloksena vankiloita asuttavat nykyisin lähinnä toistuvasti rikoksiin syyllistyvät henkilöt.

Noudatetun kriminaalipolitiikan ansiosta voidaan kiinnittää enemmän huomiota juuri edellä mainittujen vankilakroonikkojen elämäntilanteeseen. Jo nyt on pyritty luomaan uudentyyppisiä pieniä vankiloita. Niissä tavoitteena on luoda entisen kaavamaisen yksinomaan vankilatyöhön perustuvan rangaistuksen täytäntöönpanon sijasta sosiaalisen kuntoutuksen yhteisö. Pyritään siihen, että vangit vapauduttuaan ovat aikaisempaa kestävämpiä kohtaamaan normaaliin elämään liittyvät ongelmat.

Vankilakroonikoiden valmiuksien lisääminen ei kuitenkaan riitä uusien vankeinhoitopoliittisten tavoitteiden onnistumiselle. Tarvitaan myös vankeihin liittyvien, usein rikoskeskeisten asenteiden muuttamista. Vankien elämäntapatutkimuksista kertyvän tiedon levittäminen on silloin ensisijaisen tärkeätä. Vain myötäelämisenkykyyn perustuvalla sekä asiakkaiden todellista elämäntilannetta ymmärtävällä kriminaalipolitiikalla on onnistumisen mahdollisuuksia.

1. Vankiluvun kehityspiirteitä läntisissä teollisuusmaissa

Länsi-Euroopan teollistuneissa maissa ja USA:ssa vankiluku on viime vuosikymmeninä jatkuvasti noussut. Euroopan neuvoston jäsenmaiden yhteinen vankiluku on 1970-luvun puolivälistä noussut peräti 40 prosenttia. USA:ssa vankiluku on lähes nelinkertaistunut vuodesta 1970 lähtien. Kun USA:n liittovaltion ja osavaltioiden yhteiseen vankilukuun lisätään myös sellaiset henkilöt, joita säilytetään tutkintavankeudessa ja lyhytaikaisessa vankeudessa paikallisvankiloissa (jails), on Yhdysvaltojen vankiluvun tällä hetkellä arvioitu olevan noin 850 000. Vastaava luku oli vuonna 1970 vain vähän yli 200 000.

Toinen kehityspiirre monessa kehittyneessä länsimaassa, kuten esimerkiksi Tanskassa, Norjassa ja Hollannissa, on ollut, että lyhytaikaisiin rangaistuksiin tuomitut vangit ovat joutuneet jonottamaan vankipaikkaa. Monessa Länsi-Euroopan maassa on myös tutkintavankien määrä parin viime vuosikymmenen aikana ollut rajussa nousussa. Samalla tutkintavankeusajat ovat pidentyneet. Esimerkiksi Italiassa on jo useiden vuosien ajan ollut enemmän tutkintavankeja kuin rangaistustaan suorittavia.

Myös elinkautiseen rangaistukseen tuomittujen ja muiden erittäin pitkäaikaisten vankien määrä on ollut jatkuvasti nousussa. Siten esimerkiksi Englannissa kuolemanrangaistuksen poistamisen jälkeen elinkautisvankien luku on

noussut 1960-luvun vähän yli 200 henkilöstä yli 2 000:een. Tutkintavankien ja pitkäaikaisvankien määrän lisääntyminen on lähes kaikissa läntisissä teollisuusmaissa aiheuttanut yliasuttamisesta johtuvia paineita. Kehitys on samalla johtanut mahtaviin suurten suljettujen vankiloiden rakentamisohjelmiin.

Vankilarakentamisen eräänlaista maailmanennätystä edustaa USA:n uuden presidentin liittovaltiolle ehdottama ja osavaltioille lämpimästi suosittelema rakennusohjelma. Sen mukaan liittovaltion vankiloissa lisätään vankilapaikkamäärää 77 %:lla budjettivuonna 1990. Tällainen kasvu edellyttää varoja yli 1,5 miljardia dollaria (n. 6 miljardia Suomen markkaa) ja merkitsee noin 24 000 vankipaikan lisäystä yksinomaan liittovaltion vankiloissa. Tähän on lisättävä tiedot osavaltioista. Niiden mukaan osavaltioissa on rakenteilla 63 452 vankipaikkaa. Tämän ja ensi vuoden budjeteissa on lisäksi hyväksytty rakennettaviksi 78 094 vankipaikkaa ja vielä ensi vuoden budjettikäsittelyyn on ehdotettu 72 190 uutta vankipaikkaa. Siten ollaan kuluvana ja kahtena seuraavana budjettivuonna USA:han rakentamassa noin 240 000 uutta vankipaikkaa.[1] Nämä tiedot ovat vähimmäislukuja, koska kaikki osavaltiot eivät ole raportoineet suunnitelmistaan.

USA:n monessa mielessä hyvin poikkeuksellista tilannetta (jolla kuitenkin on yhtymäkohtia moneen Länsi-Euroopan maahan, ennen kaikkea Englantiin) voi verrata Suomen rakentamisohjelmaan ja vankipaikkasuunnitelmiin. Näissä asetetut tavoitteet julkaistiin oikeusministeri Matti Louekosken järjestämässä tiedotustilaisuudessa toukokuussa 1989. Niiden mukaan Suomessa on tarkoitus supistaa olemassa olevia vankiloita hyvinkin oleellisesti ja pienentää vankiloiden paikkamäärää noin 700:lla lähelle 3 800 paikkaa. Ohjelma sisältää samalla merkittäviä uudisrakennushankkeita ja lienee tällä hetkellä melko ainutlaatuinen maailmassa. Euroopan neuvoston maihin verrattuna Suomessa oli vielä 1970-luvun puolivälissä väestömäärään suhteutettuna eniten vankeja. Kesällä 1989 Suomi on päässyt noin kymmenennelle sijalle suhteellisen vankiluvun ollessa meillä alimmillaan noin 62 vankia 100 000 asukasta kohti.

Monessa maassa on voimassa vankiloiden yliasuttamisen kieltäviä määräyksiä. Nämä säännökset siis edellyttävät, ettei vankilaan saa ottaa enempää vankeja kuin mitä siellä on vankipaikkoja.[2]

---

[1] Ks. NIJ Reports No 215, July/August 1989, US Department of Justice, National Institute of Justice.

[2] Tämäntyyppinen säännös on selkeimmin ilmaistu Saksan liittotasavallan rangaistusten täytäntöönpanolaissa (StVollzG), vuodelta 1976:

§ *146. »Verbot der Überbelegung.»*

(1) Hafträume dürfen nicht mit mehr Personen als zugelassen belagt werden.

Yliasuttamista kieltävän säännöksen ollessa voimassa vankimääriä säädellään myöhentämällä rangaistukseen tuomittujen sisääntuloa vankiloihin. Varsin monessa maassa lyhyen rangaistuksen saaneet on jätetty vapauteen odottamaan. Pitkäaikaisia ei ole voitu tai uskallettu pitää vapaudessa heidän tekemiensä rikosten vaarallisuuden tai paheksuttavuuden vuoksi. Yleensä pitkiin rangaistuksiin tuomitut siirtyvät tutkintavankeudesta suoraan täytäntöönpanovaiheeseen. Lyhyet rangaistukset sitä vastoin tullaan melkein aina suorittamaan vapaalta jalalta.

Rangaistuksen täytäntöönpanoa odottavien jonot ovat sisäänottokieltojen vuoksi olleet eräissä maissa hyvinkin pitkiä. Hollannissa oli 1980-luvun alkuvuosina täytäntöönpanoa odottavia jopa yli 12 000. Tanskassakin odottajia on välillä ollut yli 6 000. Suomessa oli samanlainen tilanne 1960-luvulla. Silloin ruvettiin ensikertaisille tuomittujen lyhyiden vankeusrangaistusten täytäntöönpanon alkamista siirtämään, kunnes heille vapautui työsiirtolapaikkoja. Ajoittain vapaudessa oli yli 2 000 tuomittua odottamassa rangaistuksensa täytäntöönpanoa. Oikeuskanslerin puututtua asiaan ja oikeusministeri Aarre Simosen varsin yksiviivaisen käskyn perusteella jonottajat sijoitettiin suljettuihin laitoksiin, jotka samalla jouduttiin entistä enemmän yliasuttamaan. Näin täytäntöönpanoa odottavien jono purettiin nopeasti. Samanaikaisesti oikeusministeri Simonen järjesti myös resursseja työsiirtolapaikkojen huomattavaan lisäämiseen. Tästä huolimatta monet tuhannet rattijuopumuksesta tuomitut joutuivat noina aikoina suorittamaan koko rangaistuksensa suljetussa laitoksessa.[3]

Jonotusjärjestelmistä saadut kokemukset eivät ole kovin myönteisiä. Henkilökohtaisesti olen sitä mieltä, että suurikin yliasutus on yleensä parempi kuin jonotusjärjestelmä. Viimeksi mainittu johtaa aina täytäntöönpanon epätarkoituksenmukaiseen viivästymiseen ja odotusaikaiseen epävarmuuteen. Joissakin maissa nykyinen odotusjärjestelmä jopa johtaa siihen, ettei lyhytaikaisia vankeusrangaistuksia vanhentumisten vuoksi edes panna täytäntöön. Tällainen tilanne on tiettävästi jo syntynyt Ranskassa, jossa alle kolmen kuukauden rangaistukset pannaan todellisuudessa hyvin harvoin täytäntöön. Ranskan täytän-

(2) Ausnahmen hiervon sind nur vorübergehend und nur mit Zustimmung der Aufsichtsbehörde zulässig.

[3] Vastaavanlaisessa tilanteessa 1950-luvun alussa syntyi suljettuihin vankiloihin työsiirtolapaikkoja odottavien osastoja, joita vankilaslangilla kutsuttiin sumpuiksi. Näistä »sumpuista» syntyi luonnollinen sosiaalinen kokeilutilanne, jota Paavo Uusitalo saattoi käyttää hyväkseen väitöskirjansa aineistoa kootessa. Ks. Paavo Uusitalo: Vankila ja työsiirtola rangaistuksena, Helsinki 1968.

töönpanojärjestelmän heikko toimivuus näkyy myös siinä, että vain vähän yli kolmasosa sakoista sovitetaan rahalla. Kaksikolmasosaa jää sovittamatta rahalla tai muuntorangaistuksena. Tällaiset ilmiöt heikentävät rangaistusjärjestelmän uskottavuutta. Samalla koko oikeusjärjestelmä saattaa menettää legitimiteettinsä kansalaisten silmissä.

Rangaistusten täytäntöönpanoa ei pitäisi viivästyttää eikä jonoja kasvattaa. Välitön täytäntöönpano mahdollistaa nopeamman siirtymisen »normaaliin» elämään. Täytäntöönpanon odottaminen on henkisesti raskasta ennen kaikkea ensikertaisille ja lyhytaikaisiin rangaistuksiin tuomituille. Usein rangaistusta odottava pelkää vankilaan tuloa enemmän kuin olisi syytäkään. Rangaistuspelon ja sosiaalisen epävarmuuden purkautuminen aiheuttaa rangaistulle mielenterveydellisiä haittoja ja ympäristöllekin monenmoista ahdistusta. Olen tavannut henkilöitä, jotka ovat tällaisina odotuskausina selvästi alkoholisoituneet. Lisäksi on seurauksina voinut olla työpaikan menetys tai perheen hajoaminen.

Näistä syistä tulisi pyrkiä asetuksenkin edellyttämään välittömään täytäntöönpanoon ellei lykkäykseen ole perusteltuja syitä.[4]

Suomessa ei siis ole säännöstä, jonka mukaan vankeja saa ottaa vastaan vain sen verran kuin on vankilapaikkoja. Laissa on kuitenkin säännös, joka mahdollistaa joukkolykkäykset vankiloiden vuotuisen käyttöasteen tasaamiseksi (RTA 2 luku 1 §). Säännöstä ei ole sanottavasti käytetty. Vuoden alimman ja ylimmän vankiluvun välillä on edelleen erittäin suuri ero, kuten kuvio 1 osoittaa. Vaihteluväli on useina vuosina ollut yli 1 000 vankia.

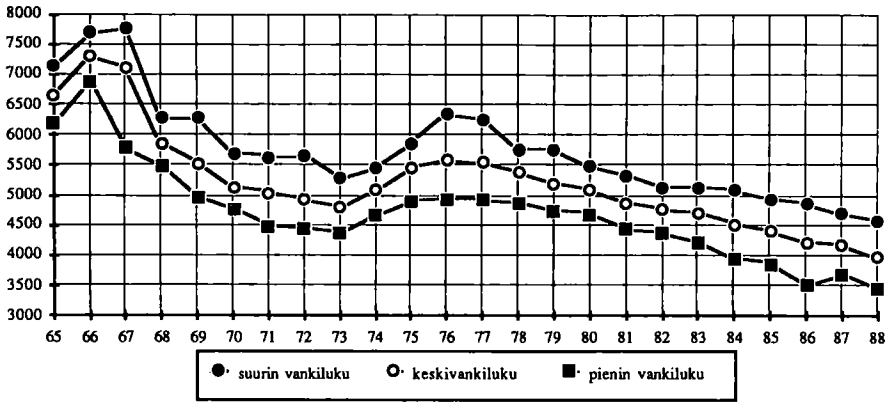
Vapausrangaistusten täytäntöönpanon keskittämisellä ja automaattisen tietojenkäsittelyn käyttöönotolla saatetaan jo lähiaikoina määrätä vankilaan tulopäivä myös vapaalta jalalta rangaistustaan suorittamaan tuleville. Tällainen palvelukseenastumisjärjestelmä mahdollistanee vankiluvun vaihteluiden tasoittumisen 1990-luvulla. Toisaalta vaihteluiden poistaminen ei liene välttämätöntä tai edes tarkoituksenmukaistakaan, koska vankiluku on alimmillaan silloin kun laitoksissa on vähiten henkilökuntaa eli kesällä vuosilomien aikana. Tämän

[4] Lyhytaikaisen vankeusrangaistuksen täytäntöönpanosta johtuvien terveydellisten riskien sekä suurten sosiaalisten ja taloudellisten menetysten estämiseksi on luonnollisesti otettava huomioon ne monet syyt, joiden vuoksi asianomainen haluaa säädellä tuloaan vankilaan. Tämän vuoksi lyhytaikaisia täytäntöönpanon lykkäyksiä myönnetään lain perusteella ja yksilökohtaisen harkinnan jälkeen. Rangaistusten täytäntöönpanon lykkäämiseen suostutaan Suomessa vuosittain noin parissa tuhannessa tapauksessa. Nämä lykkäykset ovat enimmäkseen 3—6 kuukauden pituisia. Ks. RTA 2 luku 1 b, 1 c ja 1 d §§.

vuoksi jopa 10 prosentin ero ylimmän ja keskivankiluvun välillä saattaa jatkossakin olla toivottava.

2. Kehitys Suomessa

Vaikka läntisissä teollisuusmaissa on vankiluvun nousu ollut jatkuvaa ja lähes räjähdysmäistä, on kehitys Suomessa — käytännöllisesti katsoen ainoana läntisenä teollisuusmaana — kulkenut toiseen suuntaan. Tämä näkyy hyvin seuraavasta kuviosta, jonka mukaan keskivankiluku on vuosina 1965—88, rangaistusten täytäntöönpanolainsäädännön muutoksen jälkeen, laskenut yli 40 prosenttia.



Kuvio 1. Suurin ja pienin vankiluku sekä keskivankiluku 1965—1988.

2.1. Rangaistusten seuraamusjärjestelmässä tapahtuneiden muutosten vaikutukset vankilukuun

Suomen vankiluvun kehityksen poikkeavuus voidaan selittää monella tavalla. Suomessa oli 1960-luvulla ja vielä 1970-luvun puolivälissä Länsi-Euroopan suhteellisesti suurin vankiluku. Kriminaalipoliittisena tavoitteena oli pyrkiä pois tästä kielteisestä ennätyksestä muuttamalla lainsäädäntöä ja tuomitsemiskäytäntöä. Tässä yhteydessä on mainittava ainakin seuraavat viisi tärkeää muutosta.

1:o Vuoden 1967 armahduslain ansiosta yhden kuukauden (joulukuun 1967) aikana vapautettiin 1 500 henkilöä enemmän kuin normaalikuukausina. Armahduslaki johti myös pysyvään vankiluvun alenemiseen, koska sen ansiosta vapautui runsaasti »kertakävijöitä». Samalla armahduslain määräaikaisten rangaistusten suhteellisuusperiaatteeseen perustuva lyhentäminen (yksi kuudesosa rangaistuksesta täysin kuukausin) viestitti lainsäätäjän halua lieventää rangaistustasoa.

2:o Armahduslakia seurasi *sakkolainsäädännön muuttaminen (1969),* joka myös johti näkyvään vankiluvun laskemiseen. Sakon muuntorangaistusta koskevan lainsäädännön muutos ja juopumuksen rangaistavuuden poistaminen olivat vuoden 1967 armahduslain eräinä perusteina. Armahdustoimenpiteitä pyrittiin kohdentamaan nimenomaan sellaisiin vankiryhmiin, joita haluttiin pienentää lainsäädäntöä ja tuomitsemiskäytäntöä muuttamalla.

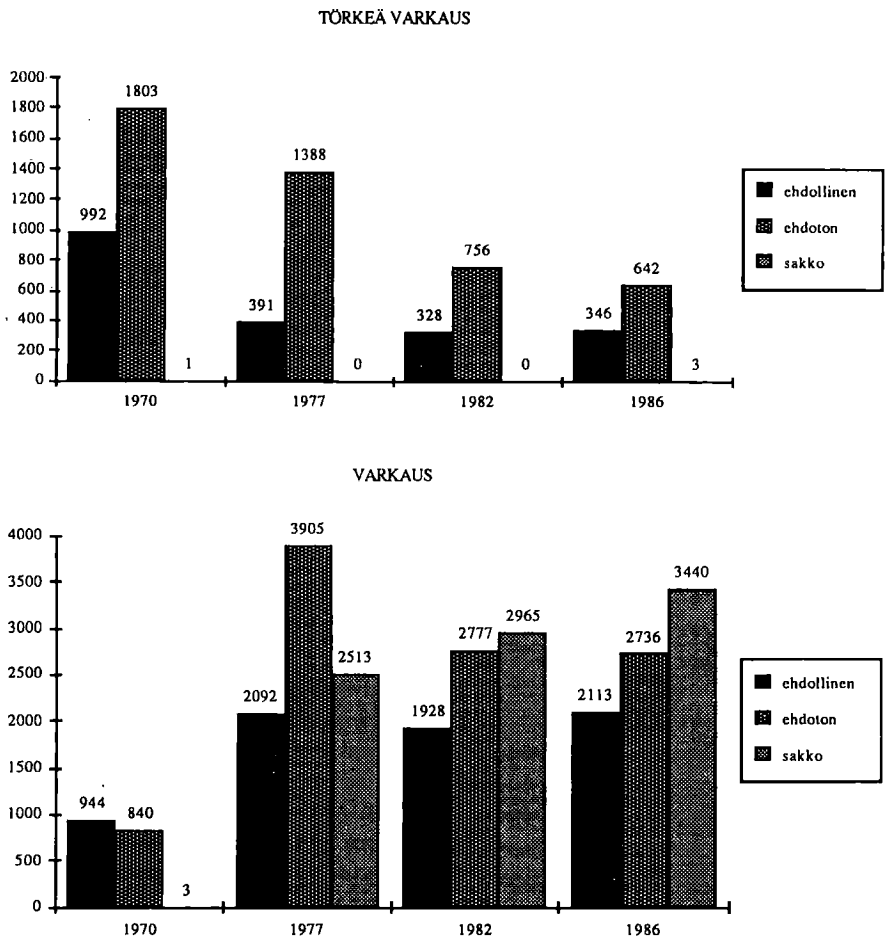
3:o Myös *omaisuusrikoksia koskeva (RL 28 luku) lainmuutos vuonna 1972* alensi vankilukua. Tämä mahdollisti sakkorangaistuksen käytön varkauden seuraamuksena. Muutos lisäsi myös ehdollisia rangaistuksia sekä varkaudesta että törkeästä varkaudesta tuomittaessa. Uusi suhtautuminen omaisuusrikoksiin ei tietenkään vaikuttanut vankilukuun kovin nopeasti. Järjestelmän uskottavuuden ja ennustettavuuden säilyttämisen kannalta tuomitsemiskäytännön hyvin nopeat muutokset eivät olisi edes olleet toivottavia.

Tuomioistuinten käytännössä tapahtuneita muutoksia voidaan havainnollistaa seuraavalla taulukolla:

Taulukko 1. Varkauden ja törkeän varkauden rangaistusjakautumat tuomioistuintilastojen mukaan vuosina 1970, 1977, 1982 ja 1986. Ehdottomat ja ehdolliset vankeusrangaistukset sekä sakot.

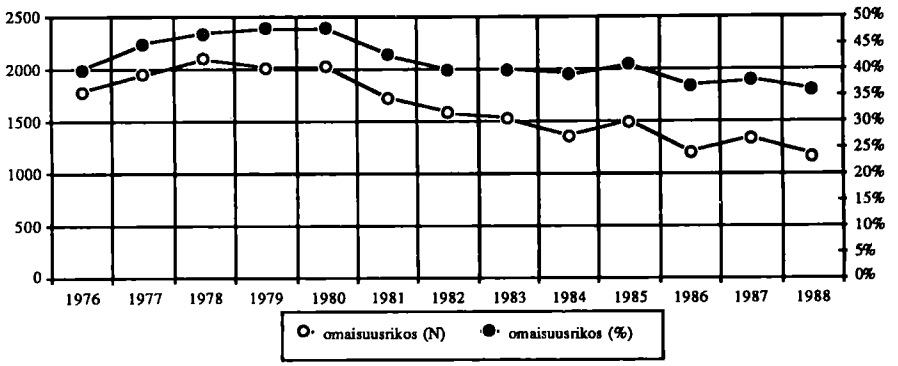
	1970	1977	1982	1986
Törk. varkaus				
ehdoton vankeus	1 803	1 388	756	642
ehdollinen vankeus	992	391	328	346
Varkaus				
ehdoton vankeus	840	3 905	1 928	2 736
ehdollinen vankeus	944	2 092	2 777	2 113
sakkorang.	—	2 513	2 965	3 440

Kehityksen suunta tulee vielä havainnollisemmaksi kun todetaan, että vuonna 1970 tuomittiin näpistyksistä 2 800 rangaistusta ja vuonna 1986 peräti 16 540 rangaistusta. Varkautta ja törkeää varkautta koskevan tuomitsemiskäytännön kehitys näkyy graafisesti esitettynä kuviossa 2.



Kuvio 2. Varkausrikoksista tuomittujen rangaistusten määrä.

Kuvio oikeuttanee päättelemään, että omaisuusrikosten arvioinnissa on koko ajan siirrytty lievempään kategoriaan, eli törkeästä varkaudesta varkauteen ja varkaudesta näpistykseen. Samalla on omaisuusrikoksista ryhdytty tuomitsemaan aikaisempia lyhyempiä rangaistuksia. Tämä on ollut seurauksena osittain vuoden 1972 lainmuutoksesta. Myös eri rikosten rangaistusarvoista käyty keskustelu on vaikuttanut kehitykseen. Hyvällä syyllä on voitu väittää, että Suomessa tuomitaan liian ankaria rangaistuksia omaisuusrikoksista kun taas



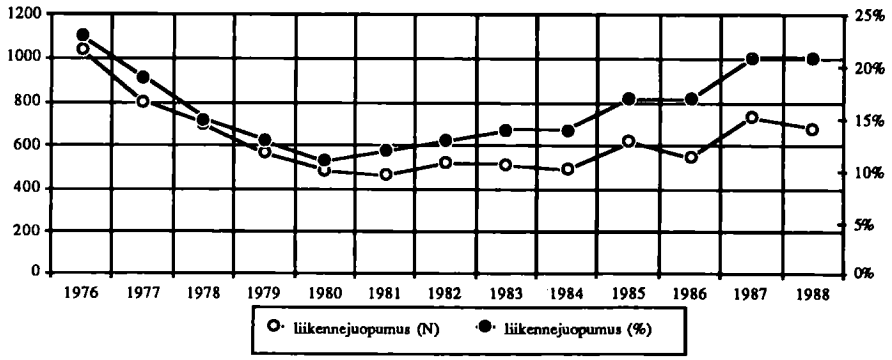
Kuvio 3. Omaisuusrikoksista (ryöstöjä lukuunottamatta) tuomitut rangaistusvangit vuosina 1976—1988 (1. 10.), lukumäärät ja prosentuaalinen osuus kaikista rangaistusvangeista.

väkivaltarikoksista tuomitaan suhteellisen lieviä rangaistuksia. Väite pitänee edelleenkin paikkansa, joskin tilanne on huomattavasti muuttunut viime aikoina. Tämä näkyy myös vankiluvun koostumuksessa (kuvio 3).

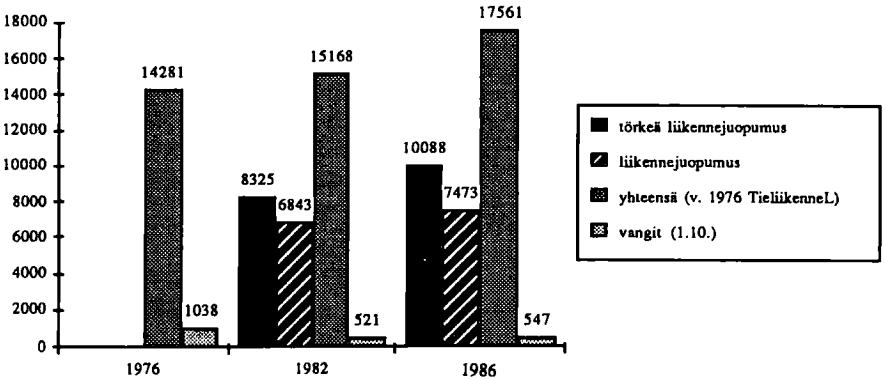
4:o Vankiluvun alenemiseen on vaikuttanut voimakkaasti Suomessa myös *ehdottomien vapausrangaistusten käytön väheneminen rattijuopumusrikoksista tuomittaessa.* Kun 1960-luvulla oli rattijuoppoja enimmillään yli 1 600 päivittäisessä vankiluvussa, on heitä tällä hetkellä 400—500. Nykyisin ehdoton vankeusrangaistus tuomitaan törkeästä rattijuopumuksesta vain tapauksissa, joissa yleisen lainkuuliaisuuden ylläpidon katsotaan sitä edellyttävän. Uusi tuomitsemiskäytäntö on johtanut ehdollisten ja sakkorangaistusten laajenevaan käyttöön. Myös ns. *oheissakon käyttöönotto* vuonna 1976 on merkinnyt ehdottomaan vankeusrangaistukseen tuomittujen rattijuoppojen määrän vähenemistä.

Rangaistuskäytännön kehitys on ollut Suomessa erilainen kuin muissa Pohjoismaissa (lähinnä Ruotsissa ja Norjassa). Niissä ehdoton vankeusrangaistus on edelleen rattijuopumuksen tyyppirangaistus. Suomessa rattijuopumuksesta tuomitaan ehdottomaan vapausrangaistukseen vain, jos rikos on ollut todella törkeä. Törkeäkin liikennejuopumuksen tyyppirangaistus on Suomessa ehdollinen vapausrangaistus oheissakkoineen. Sen vuoksi vankiloiden rattijuopot ovat yleensä alkoholin ongelmakäyttäjiä, liikenneturvallisuutta jatkuvasti vaarantavia ja liikennejuopumusrikoksen uusijoita. Heidän riskialttiutensa ja vaarallisuutensa liikenteessä on huomattavan suuri.

5:o Eräänlaisena pysyvänä selityksenä Suomen alenevalle vankiluvulle on *ikäluokkien pieneneminen* sodan jälkeisinä vuosina syntyneisiin ns. suuriin ikä-



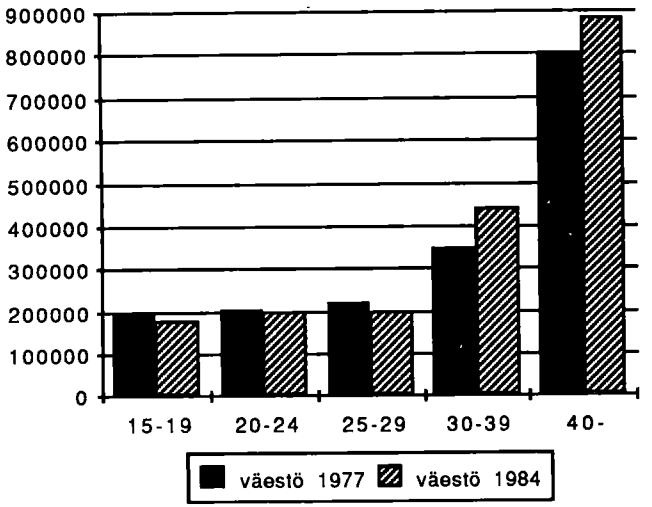
Kuvio 4. Liikennejuopumuksesta tuomitut rangaistusvangit vuosina 1976—1988 (1. 10.), lukumäärät ja prosentuaalinen osuus kaikista rangaistusvangeista.



Kuvio 5. Rattijuoppoudesta/liikennejuopumuksesta tuomitut vuosina 1976, 1982 ja 1986 sekä rattijuopot vankiloissa (1. 10.).

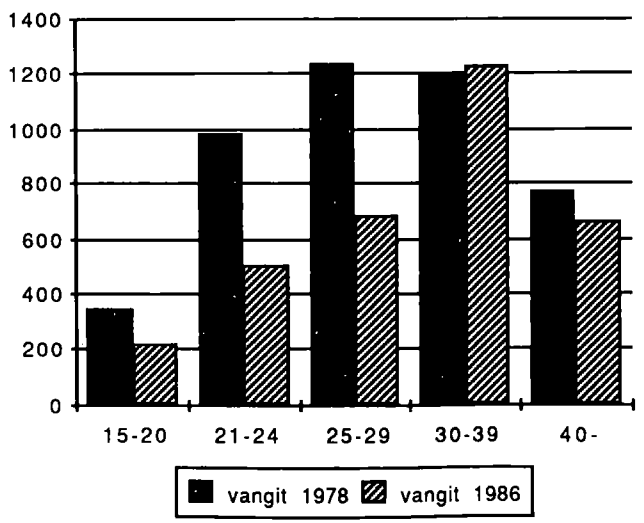
luokkiin verrattuna. »Rikosaktiivisessa» iässä olevia on nyt huomattavasti vähemmän kuin aikaisempina vuosikymmeninä. Kuten Timo Aho[5] on osoittanut, vankilaikäluokkien pieneneminen on ollut vielä rajumpaa ja jopa erisuuntaista kuin muutokset koko väestön vastaavissa ikäryhmissä. Kuvioista 6 ja

[5] Timo Aho: Vankiluvun kehitys. Vankiluvun koostumukseen vaikuttaneista tekijöistä 1980-luvulla. Oikeusministeriön vankeinhoito-osaston selvitteitä 2/1988, Helsinki 1988.



Kuvio 6. Miespuolisen väestön ikärakenne vuosina 1977 ja 1984.

7 voi päätellä, että uusien vankipolvien »rekrytointi» alle 30-vuotiaiden joukosta on radikaalisti hidastunut. Tämän ilmiön perusteella voitaneen ennustaa tähänastisen vankiluvun alenemisen jäävän pysyväksi.



Kuvio 7. Rangaistusvankien ikärakenne vuosina 1978 ja 1986 (1. 10.).

2.2. *Eri vankiryhmien kehitystrendejä*

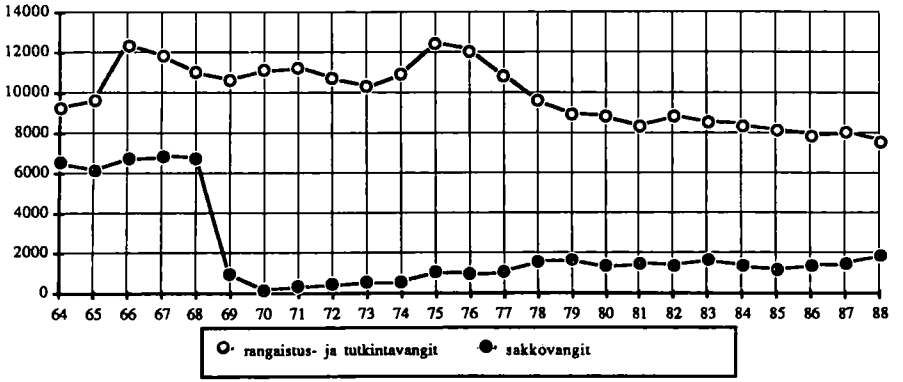
Keskimääräistä vankilukua tarkastellaan usein yhden päivän poikkileikkaustietojen perusteella. Tällaisia poikkileikkaustietoja kerätään Suomessa vankilukuilmoituksilla joka toinen viikko ja yksityiskohtaisemmin vuosittain lokakuun 1 päivänä. Näin pystytään arvioimaan vankiluvun koostumuksessa tapahtuvia muutoksia. Menetelmä ei kuitenkaan anna kovin syvällistä kuvaa vankilasta yhteiskuntapoliittisena ja oikeuspoliittisena instituutiona. Vankiluvun analyysi edellyttää myös vankimäärien pitempiaikaisen kehityksen seurantaa. Tällöin sekä vankiloihin tulevien että vankiloista vapautuvien kertymätiedot ovat tärkeitä analyysikohteita. »Vankiluvun matematiikkaan» tulee myös kuulua tiedot vankiloissa olevien oikeudellisesta statuksesta vankilassaoloaikana.

Seuraavassa käsittelen eräiden läpileikkaus- ja kertymätietojen valossa vankiluvun kehitystä viime vuosikymmenien aikana. Tarkastelu koskee kokonaisvankimääriä, tutkintavankeja, nuoria, sakkovankeja ja eräitä muita vankiryhmiä.

Viimeisten kahdenkymmenenviiden vuoden aikana on vankiloihin joko tutkintavankeina tai rangaistustaan suorittamaan saapuneiden määrässä tapahtunut dramaattisia muutoksia. Vapaudesta tulleiden vankien määrän ollessa vuonna 1966 peräti 19 076 heitä oli vuonna 1982 vain 9 307, eli puolet vuoden 1966 luvusta. Kun vankilaan tulevien määrä vielä 1960-luvulla vaihteli 16 000 ja 19 000 ihmisen välillä vaihteluväli 1970-luvulla on ollut 11 000 ja 13 000 välillä saman luvun laskiessa 1980-luvulla melko pysyvästi alle 10 000 ihmisen. Vastaavasti on naisten määrä laskenut 700:sta (1960-luvun puolivälissä) noin 300:aan 1980-luvun lopulla.

Vankilaan saapuneiden määrää ei kuitenkaan voida selittää ehdottomiin vankeusrangaistuksiin liittyvän rangaistuskäytännön muutoksilla. Vankilaan saapuneiden lähes 10 000 henkilön vaihteluväli on selitettävissä lähes kokonaan saapuneiden sakkovankien määrällä, kuten kuviosta 8 näkyy. Kun vankilaan muuntorangaistusta suorittamaan tulleet poistetaan saapuneiden luvusta havaitaan, että »oikeiden» vankien eli rangaistus- ja tutkintavankien määrä on ollut noin 9 000—10 000 ylittäen 12 000 henkilön määrän 1960-luvun puolivälissä ja toisen kerran kymmenen vuotta myöhemmin.

Saapuneiden sakkovankien määrä on 1960-luvun lopun suurten sakkoreformien jälkeen systemaattisesti lisääntynyt. Vuosina 1971 ja 1972 saapui noin 200—300 sakkovankia vuodessa. Tämä luku alkoi nousta jo 1970-luvun puolivälissä ja lähestyi vuonna 1988 jo 2 000 henkilöä. Vapautuneiden ja saapuneiden sakkovankien määrät ovat lähes identtisiä. Olen tässä tehnyt eron saa-

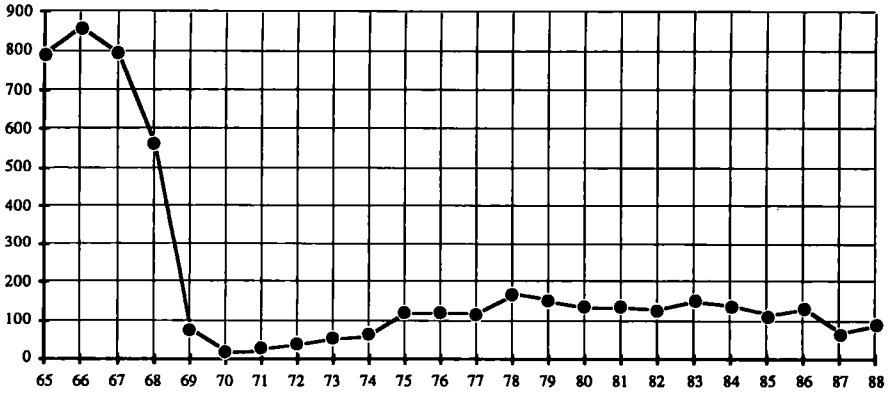


Kuvio 8. Vapaudesta tulleet rangaistus- ja tutkintavangit sekä sakkovangit vuosina 1964—1988.

puneiden ja vapautuneiden sakkovankien välillä, koska usein oletetaan sakkovankien kuuluvan »muutenkin» vankiloissa kiertävään populaatioon. Saapuneiden ja vapautuneiden sakkovankien lukujen yhtenäisyys viittaa päinvastoin siihen, että vankiloissa edelleen kiertää eräänlainen perusjoukko »puhtaita» sakkovankeja. Aikaisempina vuosikymmeninä nämä kertyivät vankiloihin maksamattomien juopumussakkojen ja alkoholistien tekemien muiden pienten sakkorikosten vuoksi.

Nykyisin sakkovangeille tyypillinen rikos on usein pieni omaisuusrikos. Se seikka, ettei tätä kehitystä ole riittävän hyvin havaittu selittynee sillä, että kaikki 1970- ja 1980-luvun sakkoreformit ovat johtaneet yksittäisten muuntorangaistusten lyhentämiseen. Siten nykyisin noin puolet vapautuneista sakkovangeista ovat enintään 10 päivän muuntorangaistuksen suorittaneita. Sen vuoksi sakkovankimäärän huolestuttava lisääntyminen ei ole ollut riittävän silmiinpistävää. Tätä näkyvyys-ongelmaa voi kuvata sakkovankien päivittäisellä keskimäärällä, joka 1960-luvun reformeista asti on liikkunut 100—150 päivittäisen vangin alueella vaikka saapuneiden sakkovankien määrä on samanaikaisesti jopa kolminkertaistunut.

Ehdottomaan vankeuteen tuomittujen määrä on vapautumistilanteen mukaan laskenut 9 000—10 000 määrästä vuosina 1974—77 nykyiseen vuosina 1983—88 noin 6 500—6 800 vapautuneen määrään. Verrattuna sakkovankien kehitykseen ja saapuneiden määrään (johon lasketaan myös tutkintavankeina saapuneet) tämä yli 2 500 vankeusrangaistuksen suorittaneen henkilön vähentyminen on vankilukukehityksen ehkä positiivisin piirre.



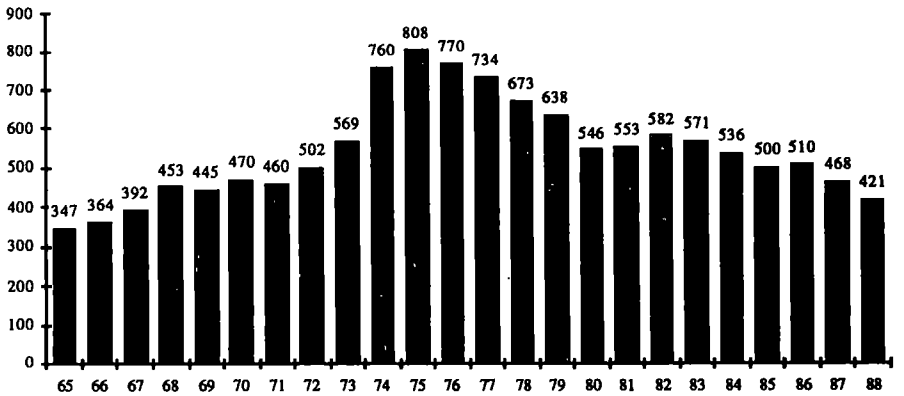
Kuvio 9. Sakkovankien päivittäinen keskimäärä vuosina 1965—1988.

Rangaistuksensa suorittaneista on naisia ollut kuluvan vuosikymmenen aikana noin 200 henkilöä vuodessa. Vapautuneiden rangaistuslaitoksessa viettämä aika on vankitilastojen valossa ollut keskimäärin varsin lyhyt. Siten vuosina 1974—1988 vapautuneista on noin 2/3 ollut rangaistuslaitoksessa enintään 6 kk. Ehdonalaista vapautta koskevat 1. 1. 89 voimaan tulleet muutokset ovat johtaneet siihen, että yli puolet vangeista vapautuu oltuaan enintään 3 kuukautta rangaistuslaitoksessa.

Muualla maailmassa tapahtunut pitkäaikaisvankien määrän lisääntyminen ei ole Suomessa ollut yhtä rajua kuin muissa länsimaissa. Vuosittain vapautuu yli 4 vuoden laitoksessaolon jälkeen nykyisin noin 60 vankia, kun vastaava luku 1970-luvun puolivälissä oli noin 30. Myös elinkautisvankien määrä on viime vuosina lisääntynyt jonkin verran, joskaan ei huolestuttavasti. Näitä vankeja oli vielä 1960-luvun puolivälissä noin 50 päivittäin. Heidän määränsä laski 1970-luvun alussa niinkin pieneksi kuin 14 vankia. Viime vuosina elinkautisvankeja on ollut keskimäärin noin 30 henkilöä. Siten heidän määränsä on kaksinkertaistunut verrattuna 1970-luvun alkuvuosiin. Nämä tiedot eivät sulje pois mahdollisuutta, etteivätkö myös Suomessa pitkäaikaisvangit voisi tulevaisuudessa muodostua ongelmaksi.

Tutkintavangit ovat vähentyneet 1970-luvun puolivälistä alkaen, kuten kuviosta 10 huomataan.

Muuttuneen esitutkintalainsäädännön vuoksi tutkintavangit ovat kuvion luvuista yhä vähentyneet. Heitä oli 1.9.1989 vain 343. Tutkintavankeja koskevia tietoja arvioitaessa on syytä todeta, että pieni määrä vangittuja säilytetään



Kuvio 10. Tutkintavankien päivittäinen keskimäärä vuosina 1965—1988.

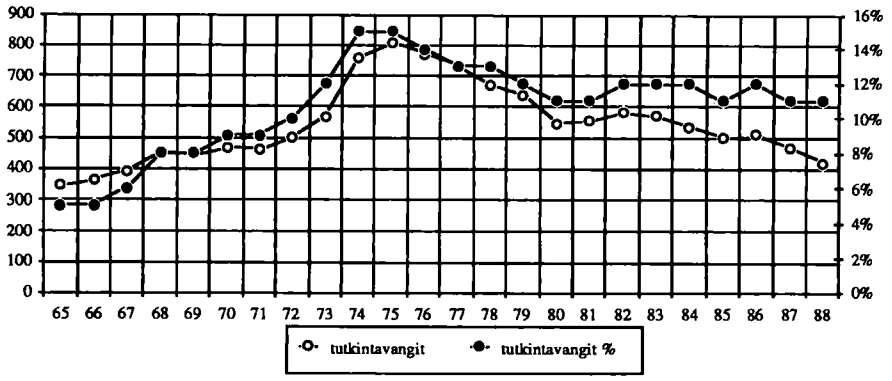
poliisitiloissa. Toisaalta vangitsemiskäytäntö on muuttunut varsin rajusti, mikä näkyy seuraavasta sisäasiainministeriön laatimasta asetelmasta.

	1. 1.—31. 8. 88	*1. 1.—31. 8. 89*
Kiinniotettuja	25 935	25 277
Pidätettyjä	24 037	16 012
Vangittuja	2 233	913

Tutkintavankeuskäytäntöä voidaan havainnollistaa myös laskemalla vangittujen suhteellinen osuus kokonaisvankiluvusta.

Kuvion 11 mukaan on tarkastelukautena tutkintavankeja ollut enintään 15 % kokonaisvankiluvusta. Kuvio kertoo myös jotain oikeudellisen järjestelmän toimivuudesta. Maissa, joissa tutkintavangit muodostavat lähes puolet vankiluvusta (mikä samalla merkitsee hyvin pitkiä tutkintavankeusaikoja) yleisön luottamus oikeuslaitokseen saattaa heikentyä. Vaikka Suomen esitutkintajärjestelmää on syystä arvosteltu eräistä oikeusturvan puutteista, on todettava, että Suomen rikosprosessi on ollut ja on edelleen nopeasti toimivaa eikä se — verrattuna muihin Länsi-Euroopan maihin — ole johtanut kovin suuriin tutkintavankimääriin. Suomessa on myös suhteellisesti vähemmän tutkintavankeja kuin muissa pohjoismaissa.

Nuoret eli 15—20-vuotiaat vangit ovat vähentyneet 1960-luvun puolivälis-



Kuvio 11. Tutkintavankien keskimäärä ja osuus kokonaisvankiluvusta prosentteina vuosina 1965—1988.

tä systemaattisesti lähes 800:sta alle 200:aan. Kuvio 12 osoittaa kehityksen dramaattisuutta. Tästä kehityksestä huolimatta Suomessa on edelleen paljon nuoria vankiloissa muihin pohjoismaihin verrattuna.

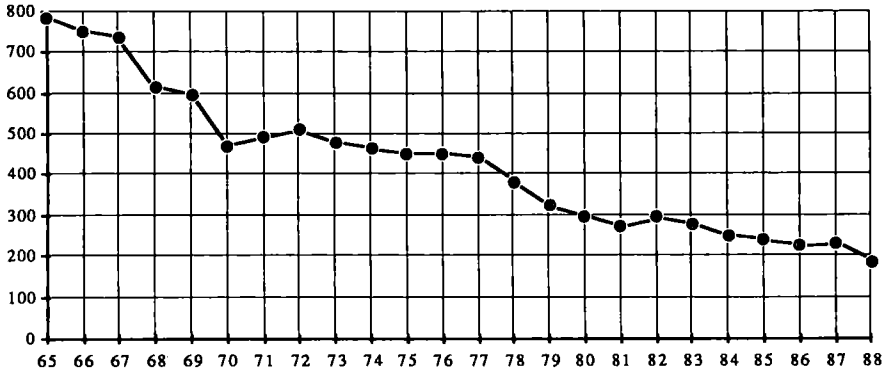
Nuorten vankien määrän väheneminen käy yhteen sen havainnon kanssa mitä edellä saattoi tehdä kuvioiden 6 ja 7 perusteella.

Ns. RTA-uudistuksen eräs keskeisiä tavoitteita oli vakiinnuttaa ja laajentaa sodan jälkeen kehitettyä avolaitostoimintaa. Vuosikymmenen alussa esitetyt optimistiset suunnitelmat vankiluvun kolmanneksen sijoittumisesta avolaitoksiin eivät toteutuneet kuten ei myöskään 1970-luvun alussa esitetty 2 300 avolaitospaikan varaaminen laitoskannassa. Avolaitostoiminnan oletettua pienempi osuus laitostäytäntöönpanosta johtui 1970-luvulla ennen kaikkea siitä, ettei tähän tarkoitukseen osoitettu riittävästi resursseja. Nyt 1980-luvulla vankiluvun aleneminen on merkinnyt sitä, että ns. avolaitoskelpoisten vankien määrä on jatkuvasti vähentynyt.

Avolaitostoiminnan osuus täytäntöönpanosta näkyy kuviosta 13.

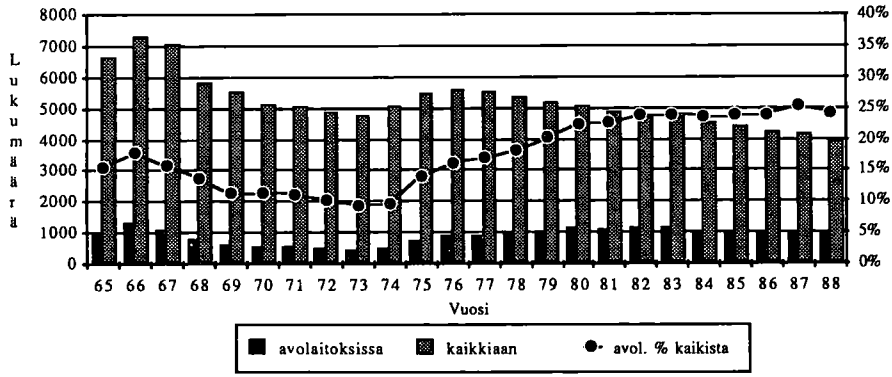
Avolaitoksissa olevien keskimäärä on noussut 1960— 70-lukujen vaihteen aallonpohjasta vuonna 1978 noin 1 000 vankiin, minkä jälkeen avolaitosvankien määrä on pysynyt kymmenen vuotta noin 1 000 vangissa.

Vasta vuonna 1988 avolaitosvankien määrä laski alle 1 000 vangin rajan. Kun vankiluku on vuodesta 1976 lähtien laskenut, on avolaitostäytäntöönpanon suhteellinen osuus pysynyt 25 %:n tuntumassa. Mikäli avolaitostäytän-



Kuvio 12. Alle 21-vuotiaiden rangaistusvankien päivittäinen keskimäärä vuosina 1965—1988.

töönpanoa halutaan jatkaa käypään palkkaan ja tuottavaan työhön perustuvana vankilatyön muotona saavutettu taso saattaa olla enimmäismäärä, mikä voidaan sijoittaa avolaitokseen. Avolaitostoiminnan kehittäminen kuntoutuksen suuntaan lienee tässä tilanteessa varteenotettava vankeinhoitopoliittinen vaihtoehto, jolloin avolaitoksiin voisi sijoittua myös tuottavaan työhön kykenemättömiä ja koulutukseen osallistuvia.



Kuvio 13. Avolaitosvankien absoluuttinen ja suhteellinen osuus kaikista vangeista vuosina 1965—1988.

3. Etuoven ja takaoven vankeinhoitopolitiikka

Amerikkalainen tutkija *Alfred Blumstein*[6] arvioi, että vankimäärien sääntelyyn löytyy kolme keinoa. Nämä ovat 1) etuoven politiikka (front-door approach), 2) takaoven politiikka (back-door approach) ja 3) vankilapaikkojen rakentaminen vastaamaan kulloistakin vankilukua (prison building approach). Suomessa on käytetty kaikkia näitä keinoja viime vuosikymmeninä. En käsittele tässä rakentamista, koska se on muun vankeinhoitopolitiikan johdannainen.

Suomen — ja muiden Pohjoismaiden — kriminaalipolitiikka on aina 1960-luvulta lähtien leimannut front-door-approach. Dekriminalisointi, depenalisaatio, rangaistustason säätely ja vapausrangaistusten vaihtoehdot ovat olleet keinoja, joilla on pyritty vaikuttamaan vankilukuun vankilaan saapuneiden kautta. Sekä lainsäädännön että lainkäytön alueella on etsitty etuoven keinoja vähentää vankilukua.

Muuttamalla omaisuusrikoksia ja rattijuopumuksia koskevaa lainsäädäntöä on pystytty vaikuttamaan tuomitsemiskäytäntöön. Ehdollisen vankeusrangaistuksen käyttö on tullut yleisemmäksi. Myös sakkorangaistuksen käyttöalue on laajentunut. »Sisääntulo-oven» kautta tapahtuvan kriminaalipolitiikan kehittämistavoitteista on vielä toteuttamatta toimenpiteistä luopumisen laajentaminen eli syyttämättä ja tuomitsematta jättämisten käytön lisääminen. Siten voitaisiin monissa tapauksissa välttää paitsi ehdottomien myös sakkojen ja ehdollisten vankeusrangaistusten käyttöä. Tätä keinoa käytetään Ruotsissa, Tanskassa ja Norjassa huomattavasti enemmän kuin Suomessa. Näissä maissa jää syyttäjälle jätetyistä rikostapauksista kymmeniä prosentteja syyttämättä. Vastaava luku Suomessa on noin 1 %.

»Takaoven politiikkana» eli *back-door approachina* voidaan pitää sellaisia kriminaalipoliittisia keinoja, joilla a) lyhennetään rangaistusaikoja ja/tai b) nopeutetaan vankilasta vapauttamista. Niin ikään voidaan c) kehittää täytäntöönpanomuotoja, jotka vähentävät seuraamusjärjestelmän vankilapainotteisuutta. Lyhyemmät rangaistusajat ovat seuraus jo edellä mainitsemistani tuomitsemis- ja lainsäädäntömuutoksista. Ne kuuluvat osittain etuoven keinoihin. Myös ehdonalaiseen vapauteen päästämisen nopeuttaminen on Suomessa kauan ollut keskeinen vankeinhoitopoliittinen keino.[7] Jo 1930- ja

[6] Alfred Blumstein: Prison Populations: A system out of control? Crime and Justice. A Review of Research. Vol. 10. 1988, pp. 231—266. The University of Chicago Press 1988.

[7] Suomessa rikoslain voimassaolon aikana ehdonalaista vapautta koskeva säännöstö on muuttunut ainakin seuraavasti:

RTA:n säätämisellä *vuonna 1889 (RTA 39/1889)* luotiin osaksi progressiivijärjestelmää, ja sen korkeimmaksi asteeksi, vangin ehdonalaisen vapauttamisen järjestelmä. Sinänsä vangin ehdonalaista vapauttamista oli käytännössä toteutettu jo vuodesta 1879 lähtien armahdusmenettelyä käyttäen. Ehdonalaista vapautta koskevat säännökset sisältyivät RTA 2: 13, 14, 15 ja 17 §:iin. Vanki joka oli tuomittu vähintään 3 vuoden pituiseen rangaistukseen sekä oli siitä suorittanut vähintään 3/4 saattoi päästä ehdonalaiseen vapauteen. *Vuonna 1921 (131/21)* säännöksiä lievennettiin siten, että ehdonalaiseen vapauteen saatettiin päästää vanki, joka oli suorittanut rangaistuksestaan vähintään 2 vuotta.

Vuonna 1931 (278/31) ehdonalaiseen vapauteen päästämisen muodollisia edellytyksiä lievennettiin huomattavasti. Harkinnanvaraisia edellytyksiä tiukennettiin ja käyttöön otettiin ns. pakollinen ehdonalainen vapaus. Uusien säännösten mukaan vanki voitiin päästää harkinnanvaraiseen ehdonalaiseen vapauteen, kun hän oli suorittanut rangaistuksestaan 2/3 ja vähintään 6 kuukautta. Pakolliseen ehdonalaiseen vapauteen vanki tuli päästää, kun hänellä oli suorittamatta rangaistuksestaan 1/12 ja vähintään 6 kuukautta. Elinkautiseen rangaistukseen tuomittu vanki voitiin päästää ehdonalaiseen vapauteen vain armahduksella. Koeajaksi määriteltiin nyt jäljellä oleva rangaistusaika lisättynä yhdellä vuodella, kuitenkin enintään 5 vuotta. — Vuonna 1931 tehtyjen muutosten vuoksi ehdonalaiseen vapauteen päässeiden vankien määrä lisääntyi lähes kymmenkertaiseksi ja suunnilleen joka toinen vanki pääsi uudistuksen jälkeen ehdonalaiseen vapauteen. Uudistuksen takana lienee vaikuttanut lamakauteen liittyvät valtiontaloudelliset seikat sekä vallinnut tilanahtaus vankiloissa, vaikka näitä seikkoja ei lain perusteluissa tuotukaan esiin.

Vuonna 1943 (263/40 ja 264/40) otettiin käyttöön erityinen nuorisovankilainstituutio, johon liittyi erityissäännökset myös ehdonalaisesta vapauttamisesta. Nuorisovanki voitiin näiden säännösten mukaan päästää ehdonalaiseen vapauteen suoritettuaan yhden kolmasosan rangaistuksestaan, jonka ajan tuli kuitenkin olla vähintään 6 kuukautta. Toisaalta nuorisovangin rangaistusaika piteni automaattisesti vankeuteen tuomittujen osalta vuodella ja kuristushuoneeseen tuomittujen osalta 2 vuodella.

Vuonna 1944 (339/44) järjestelmää tarkistettiin jälleen. Pakolliseen ehdonalaiseen vapauteen oli päästettävä vanki, jonka rangaistuksesta oli suorittamatta enää kuudennes. Harkinnanvaraiseen ehdonalaiseen vapauteen päästämistä helpotettiin siten, että ensikertaisten vankien osalta rangaistuslaitoksessaolon vähimmäisajaksi määrättiin puolet rangaistusajasta kuitenkin vähintään 6 kuukautta. Ensikertaisina pidettiin myös vankeja, jotka eivät viiden edellisen vuoden aikana olleet suorittaneet vapausrangaistusta (ns. vankeinhoidollinen ensikertaisuus).

Vuonna 1966 (209/66) muutettiin ehdonalaiseen vapauteen päästämistä koskevia säännöksiä seuraavan kerran. Vähimmäisaika, joka vangin oli rangaistustaan suoritettava, muutettiin yhdenmukaiseksi muiden pohjoismaiden kanssa eli 4 kuukaudeksi. Ehdonalaiseen vapauteen päästämiseen puolet rangaistusta tultua suoritetuksi tuli olla erityinen syy. Käytännössä tällaisena syynä pidettiin edelleen vangin ensikertalaisuutta. Ehdonalaiseen vapauteen pääsemisen ajankohdan laskemista muutettiin lisäksi siten, ettei vangin mahdollisia jäännösrangaistuksia enää otettu huomioon, vaikka ne vaikuttivat koeajan pituuteen.

Vuonna 1975 (1036/75) muutettiin ehdonalaiseen vapauteen päästämistä koskevia säännöksiä jälleen. Muutokset tulivat voimaan vuoden 1976 alusta. Koeajalta poistettiin sille määrättävä vuoden pidennys ja koeajan enimmäisaika lyhennettiin 3 vuodeksi. Koeaika oli sama kuin jäljellä oleva rangaistus. Harkinnanvaraiseen ehdonalaiseen vapauteen pääsemisen

1940-luvuilla tätä keinoa käytettiin vapauttamisten nopeuttamiseksi. Myös vesi—leipä-rangaistuksen käyttöönotto 1930-luvulla sekä sodanaikaiset ja -jälkeiset useat armahduslait merkitsivät vankiluvun säätelyä ennenaikaisella vapauttamisella. Suomi otti ensimmäisenä pohjoismaana käyttöön vapauttamisen puoliajalla jo vuonna 1944.

RTA:n mahdollistama siviilityö ja opiskelu vankilan ulkopuolella ovat vähentäneet täytäntöönpanon vankilamaisia piirteitä. Edelleen on sairastava vanki koko RTA:n voimassaoloajan saattanut olla vankilan ulkopuolisessa hoidossa rangaistusajan silti kuluessa. Näissä tapauksissa voidaan rangaistuksen täytäntöönpano tietyin perustein myös keskeyttää. Lähivuosina tulisi kehittää mahdollisuuksia suorittaa vankeusrangaistus tai sen osa myös muissa kuntoutus- tai opetuslaitoksissa. Tällainen järjestelmä on voimassa eri muunnelmin Norjassa, Ruotsissa ja Tanskassa. Täytäntöönpano vankilan ulkopuolella merkitsee, että rangaistusaika kuluu sinäkin aikana, kun vanki on sijoitettuna esimerkiksi johonkin hoitokotiin tai muuhun sosiaaliseen laitokseen, ammatti- tai muuhun koulutukseen tai jopa — kuten Ruotsissa — asevelvollisuuttaan suorittamaan. Tällaiset toimenpiteet madaltavat vankeuden ja vapauden välistä kynnystä ja ovat rangaistuksen täytäntöönpanon tavoitteiden kannalta hyvinkin järkeviä. Ne edistävät erilaisten kuntoutustavoitteiden saavuttamista ja toisaalta vähentävät rangaistuksesta johtuvia vangin vapaudessa suoriutumista heikentäviä haittavaikutuksia.[8]

---

vähimmäisaika muutettiin, muiden pohjoismaiden säännöksistä poiketen, 4 kuukaudesta 3 kuukauteen.

Vuoden 1989 (506/88) alusta voimaan astuneella lailla (506/88) RTA 2 luvun säännöksiä muutettiin jälleen. Tällöin lyhennettiin rangaistuslaitoksessa suoritettava ehdoton vähimmäisaika 3 kuukaudesta 14 päivään. Käytännössä suhteellisen vähämerkitykselliseksi jäänyt pakollinen ehdonalainen vapaus poistettiin kokonaan. Koeajalle säädettiin vähimmäisajaksi 3 kuukautta ja entinen enimmäisaika 3 vuotta säilytettiin. Koeaikana tehdyn rikoksen johdosta ehdonalaisen vapautensa menettänyt vanki joutui aikaisempien säännösten mukaan olemaan rangaistuslaitoksessa vähintään 6 kuukautta. Nyt uudelleen ehdonalaiseen vapauteen päästämisen edellytyksiä muutettiin siten, että vanki joutuu suorittamaan määräosan uudesta rangaistuksesta sekä yhden kuukauden jäännösrangaistuksesta. Uudistuksen jälkeenkin vapauttaminen voi tulla kysymykseen vasta vangin suoritettua uudesta rangaistuksesta vähintään kaksi kolmannesta tai erityisistä syistä puolet. Pelkän käytösrikkomuksen vuoksi ehdonalaisen vapautensa menettänyt vanki voidaan päästää uudelleen ehdonalaiseen vapauteen hänen suoritettuaan jäännösrangaistuksesta vähintään yhden kuukauden. Niin ikään nuoria rikoksentekijöitä, vaarallisia rikoksen uusijoita ja siviilipalveluksen välttämisrikoksesta tuomittuja koskevat edelleen poikkeavat säännökset.

[8] Pohjoismaissa uusin ehdotus täytäntöönpanolaiksi eli Norjan ehdotus uudeksi vankilalaiksi mahdollistaisi vankeusrangaistuksen täytäntöönpanon paitsi suljetussa ja avoimessa vankilassa myös asuntolatyyppisessä laitoskodissa (hybelhus) ja — tosin säännöllisin ilmoit-

4. Vankien todelliset selviytymisresurssit

Liian usein arvioidaan vankien määrää ja verrataan niitä muun muassa kokonaisväestöön unohtaen lukujen takana olevat ihmiset. Yleisesti ottaen meillä on liian vähän tietoja vankien sosioekonomisesta ja sivistyksellisestä taustasta. Silti voidaan perustellusti väittää, että vankien ominaisuudet ovat säilyneet samanlaisina vuosikymmeniä ellei vuosisatojakin. Vankien taustaa kuvaavat muuttujat ovat tänä päivänä samat kuin silloin, kun vankilaa ryhdyttiin käyttämään rangaistusseuraamuksena.[9] Seuraamusmuotona vankeusrangaistus kohdistuu edelleen köyhiin, omaisuusrikoksia uusiviin henkilöihin. Vangit ovat myös varsin yksinäisiä, jos yksinäisyyttä mitataan avio- tai avosuhteen olemassaololla. Hyvin usein he ovat alkoholisoituneita, vähän koulutusta saaneita tai koulutuksensa kesken jättäneitä. Vangit ovat edelleen olleet usein väkivaltaisen tai muutoin huonon kohtelun kohteina lapsuudessa. Vankiloissa kiertävät lyödyt ja laiminlyödyt, joista voidaan käyttää Timo Ahon sattuvaa ilmausta »vankilakroonikko».

Kaiken kaikkiaan Marxin »Lumpenproletariat» eli ryysyköyhälistö löytyy edelleen vankiloista olkoonkin, että heillä on tänä päivänä paremmat vaatteet ja he saavat säännöllisemmin ja parempaa ruokaa kuin 1800-luvun vankityrmissä. Se seikka, että me kohdistamme vankeusrangaistukset ja muutkin laitoseristämiset nimenomaan köyhimpään eli yhteiskuntamme sosiaalisesti, taloudellisesti ja sivistyksellisesti heikoimpaan ihmisryhmään, olisi aina pidettävä mielessä suunniteltaessa kriminaalipoliittisia toimenpiteitä. Vastaavantyyppinen ihmisryhmä löytyy päihdyttävien aineiden väärinkäyttäjien pakkohoitoon joutuneiden joukosta. Kuitenkin alkoholistien piirissä on nähtävästi enemmän sellaisia, jotka ovat vajonneet melko hyvästä sosiaalisesta asemasta alaspäin. Sosiaalisesti, taloudellisesti ja sivistyksellisesti vajonneet ovat vankien joukossa varsin harvinaisia. Päinvastoin, vankilakiertäjien ryhmässä esiintyy varsin paljon sosiaalisen epäonnen perintöä, joka siirtyy polvesta toiseen.

Kriminaalipoliittisia toimenpiteitä ei tulisi kohdistaa vain köyhimpiin. Olisi syytä myös miettiä sitä, kuinka voidaan vaikuttaa näihin alaluokan rikollisuusilmiöihin käyttämättä pelkästään vankeusrangaistuksia tai muita laitoksiin sulkemistapoja. Mielestäni olisi tärkeää aloittaa yhteistyössä sosiaalilääkäri-

---

tautumisvelvoittein — kokonaan laitoksen ulkopuolellakin. Ny fengselslov, Nou 1988: 37; Oslo 1988.

[9] Poliittisten myllerrysten ja valtataistelujen yhteydessä saattaa vankiloissa esiintyä runsaasti poliittisen opposition edustajia, joilla ei ole tyypillisiä »vankiominaisuuksia». Tällainen tilanne oli Suomessa viimeksi 1930-luvulla ja toisen maailmansodan aikana.

ketieteen tutkijoiden kanssa vankilassa olevan väestön perusominaisuuksia koskeva tutkimus. Tulisi selvittää vankiloihin tulevien koko elämänkaari eikä vain kulloinenkin laitossijoitustilanne ja siihen liittyvä yksittäinen rikos.

5. Parantamisesta kuntoutukseen

1970- ja 1980-luvuilla oli vallalla eräitä kriminaali- ja yhteiskuntapoliittisia näkemyksiä, jotka muuttivat voimakkaasti suhtautumista vankilaan ja vankeusrangaistukseen. Jo pitkään on epäilty vankilan (pakkokasvatukseen perustuvaa) parantavaa vaikutusta. Kasvatus ja parannus sellaisina käsitteinä kuin ne esiintyivät rikoslain syntymäaikoina, poikkesivat huomattavasti niistä käsitteistä, joita nykyisin käytetään puhuttaessa kuntoutumisesta ja vankilasta vapauteen palaamisesta.

Kasvatus perustui 1800-luvulla uskontoon. Tämä näkyy mm. Adolf Grotenfeltin, Eugen von Knorringin ja muiden vankeinhoitopoliitikkojen lausunnoista. He käyttivät usein suoria viitteitä raamattuun puhuessaan rikollisuudesta ja sen vastustamisesta. Sadan vuoden aikana tapahtunut muutos suhtautumisessa rangaistukseen on merkinnyt, ettei rangaistusta enää haluta pitää parantamiskeinona eikä pakkokasvatuksena. Samalla on olemassa riski, että rangaistusjärjestelmään suhtaudutaan varsin kyynisesti, jolloin saatetaan hyväksyä ajatus asiakkaiden parantumattomuudesta. Tällaista kyynisyyttä on aina ilmennyt vankilakeskustelussa ja vankilatyöntekijöidenkin keskuudessa. Vankilavirkamiehet näkevät toistuvasti vankilaan palaavia ihmisiä. Monet, joihin he ovat joskus luottaneet, palaavat vankilaan ja näin vahvistavat vangin paranemiseen liittyvää pessimismiä.

Muuttunut ajattelu näkyi selvästi 1950—1960-luvuilla suhtautumisessa asteittaisen parannuksen periaatteeseen eli progressiivijärjestelmään. Tosin progressiiviperiaatetta käytettiin rikoslain säätämisen aikoihin yleisenä kasvatuskeinona myös esimerkiksi poikakouluissa ja sotilaskasvatuksessa. Vuosisadan aikana se kuitenkin oli menettänyt merkitystään eikä ollut enää puolustettavissa pedagogisin perustein. Kuitenkin progressiivisuuteen kuuluva (pakollinen) pyrkimys parannukseen ja samalla suurempaan vastuuseen omasta elämästä eli oikeuksien ja velvollisuuksien kytkeminen vankilakasvatukseen vastasi — ja vastaa edelleen — varsin yleisesti hyväksyttyä ajattelutapaa. Tästä huolimatta progressiivijärjestelmästä haluttiin luopua juuri sen takia, ettei uskottu parannukseen eikä pakon tehokkuuteen. Suomessa progressiivijärjestelmästä luovuttiin lopullisesti RTA-uudistuksen yhteydessä vuonna 1975. Ruot-

sissa tämä tapahtui jo 1940-luvun puolivälissä. Progressiivijärjestelmän viimeisestä vaiheesta eli ehdonalaisesta vapaudesta ei kuitenkaan ole luovuttu missään Suomeen verrattavassa maassa.

Pakkokasvatukseen ja pakkohoitoon perustuvan parannusidean tilalle tullut ns. uusklassismi tarkoitti lähinnä sitä, että rangaistuksen piti olla ennustettava ja oikeudenmukainen. Rangaistus piti mitata tekijän rikollisen mielenlaadun ja teon paheksuttavuuden mukaan. Samalla rangaistusten täytäntöönpanossa omaksuttiin ns. normaalisuuden periaate, jonka mukaan vangin olosuhteet ja kohtelu tuli järjestää mahdollisimman samanlaiseksi kuin vapaudessa olevien ihmisten olot.

Uusklassismi heijastaa epäluuloisuutta pakkohoitoa kohtaan, josta haluttiin luopua samanaikaisesti progressiivijärjestelmän kanssa. Vaikka ns. hoitoideologia näin murrettiinkin, on muistettava, että rangaistusjärjestelmän humanisointi (tosin samalla myös pakkotoimenpiteiden epämääräisyys) on pitkälle perustunut hoitoajatteluun. Rangaistus on haluttu nähdä lääketieteellistä hoitoa vastaavana toimenpiteenä. Sillä pyritään parantamaan vanki eli »potilas», rikollisuutena ilmenevästä epäsosiaalisuudesta eli »sairaudesta». Vielä 1950-luvulla tehtiin selvityksiä mm. nuorisovankien kohtelun kehittämisestä hoidolliseen suuntaan. Sodan jälkeisenä vuosikymmenenä puhuttiin myös pakkolaitosta korvaavasta psykopaattilaitoksesta, johon sijoitettaisiin parantumattomiksi katsotut henkilöt. Pakkohoitokeskustelussa 1960-luvulla pidettiin pakkolaitosta hoitoideologian ilmentymänä, jollaiseksi sitä ei ole täytäntöönpanoa koskevassa lainsäädännössä koskaan ajateltukaan. Vaarallisten rikoksenuusijoiden eristäminen pakkolaitokseen on käytännössä pelkkä turvaamistoimenpide, johon ei edes yritetty liittää mitään hoitoa.

Koko hoitoajattelu perustuu rikollisten ominaisuuksia koskevaan konseptioon. Usein löytää vain pari vuosikymmentä vanhassa kirjallisuudessa vankien ja rikollisten jaon kolmeen kategoriaan. Puhutaan ensiksi *parantumattomista* eli siinä määrin yhteiskuntavastaisista henkilöistä, että heidät pitäisi eräiden oppien mukaan sulkea vankilaan koko eliniäksi. Tämä kategoria on viime aikoina tullut uudelleen esiin keskusteltaessa ns. inkapasitaatiosta. Parantumattomien ja yhteiskuntavastaisten »ainesten» eristäminen pysyvästi tai ainakin pitkäksi ajaksi laitokseen oli perusteluna esim. 1953 tapahtuneelle pakkolaitoslainsäädännön muutokselle. Pyrittiin eräänlaiseen vaarattomaksi tekemiseen.

Tässä esitetyn luokitteluasteikon toisessa päässä ovat *tilapäisrikolliset,* jotka yleensä tulevat vain kerran vankilaan ja joilla ei ole rikollista luonnetta. He eivät ole siinä mielessä rikollisia, että tarvitsisivat vankilassa kasvatusta ja

hoitoa. Koska he eivät uusi rikostaan eivätkä ole myöskään yhteiskuntavastaisia vaan päinvastoin hyväksyvät yhteiskunnan normit, heitä voidaan pitää vain tilapäisrikollisina.[10]

Näiden kahden kategorian välille mahtuvat kolmantena kategoriana *kasvatettavissa olevat,* joihin voidaan vaikuttaa hoidolla ja kasvatuksella. Hyvin usein näissä luokitteluissa on nuorisorikollisia ja ensikertaisia pidetty sellaisena ryhmänä, johon pitäisi vaikuttaa hoidolla ja kasvatuksella, jotta heistä ei tulisi parantumattomia.

Koko oppi parannettavuudesta ja rikollisten yhteiskuntavastaisuuden asteesta johti siihen, ettei rangaistus määräytynyt rikollisen henkilön mielenlaadun eikä rikoksen luonteen mukaan. Sitä vastoin etsittiin jonkinlaista tulevaisuuteen tähtäävää parannusta, hoitoa. Näin syntyi rangaistus- ja muiden kontrollijärjestelmien hoitokeskeisyys. 1960-luvulla Suomessa ja muissa Pohjoismaissa suorastaan varoitettiin hoidosta. Ruotsiksi Pakkoauttajat-kirja sai nimen »Varning för vård». Rikosoikeuden vieminen uusklassisuuden suuntaan ja samanaikainen rangaistusjärjestelmien hoidollisuuden arvosteleminen olivat keskeisiä ilmiöitä myös rangaistusten täytäntöönpanolainsäädännön uudistamiseen johtaneessa kehityksessä.

Sekä sosiaalihuollon periaatekomitean mietinnössä[11] että eräissä kriminaalipoliittisissa mietinnöissä korostettiin vapaaehtoisuuden periaatetta. Rangaistuksella tai muulla sosiaalisella kontrollilla ei saanut puuttua asianomaisen henkilön omiin valintoihin. Vain hoitoon itse hakeutuva oli parannettavissa. Toisin sanoen korostettiin hoidettavan omaa motivaatiota. Samaan konseptioon sisältyi myös vaatimus, ettei vankilassa tai muussa laitoksessa saanut opettaa moraalikäsityksiä. Vangin tuli olla oman elämänsä ja omien arvojensa herra. Rangaistusjärjestelmän käyttö vanhan yhteiskuntamoraalin tuhoamiseksi ei ollut vierasta myöskään Suomessa ennen sotia. Vielä 1950-luvulla oli vallalla käsitys, että rangaistusjärjestelmällä saatiin vaikuttaa ihmisen yhteiskunnallisiin käsityksiin. Rangaistukselta suorastaan vaadittiin yksilön moraalia kohenta-

[10] Tilapäisrikollisia oli vielä 1800-luvun oppien mukaan sellaisiakin, jotka olivat tehneet rikoksensa moraalisesti kunniakkaasta motiivista. Niitä varten, jotka eivät olleet tehneet häpeällistä rikosta, kehitettiin jopa erityisiä lievempiä rangaistusseuraamuksia. Sitä vastoin mm. kuritushuone oli tarkoitettu nimenomaan häpeällisiä rikoksia tehneille. Häpeällisten rikosten kategoria oli hyvin omalaatuinen. Esim. poliittiset rikokset on vanhassa rikoslaissa ja 1800-luvun liberaalisten oppien mukaan katsottu ei-häpeällisiksi. Vakaumuksensa vuoksi rikoksen tehnyttä pidettiin, vaikka rikos kohdistui omaa maata vastaan, kunniallisempana kuin rikollista, joka yhteiskunnan sääntöjä rikkoen hankki etuja vain itselleen.

[11] Ks. Sosiaalihuollon periaatekomitean mietintö I, Helsinki 1969.

vaa vaikutusta. Rangaistusfilosofian tässä ulottuvuudessa on yleensä lähdetty ns. yleisessä oikeustajussa hyväksytyn eli vallassa olevien hyväksymän yhteiskuntakäsityksen ensisijaisuudesta. Rangaistuspolitiikka on usein sisältänyt käsityksiä valtion moraalin suprematiasta eli ylivallasta verrattuna yksilön omiin valintoihin, tavoitteisiin ja motiiveihin.

Sosiaalista kontrollia koskevissa 1960-luvun keskusteluissa korostettiin voimakkaasti vapaaehtoisuuden, palvelun ja luottamuksen periaatteita. Tämä vaikutti myös uuteen rangaistusten täytäntöönpanolainsäädäntöön. Se näkyy myös muissa lainsäädäntömuutoksissa, kuten irtolaisia ja lastensuojelua koskevassa lainsäädännössä, PAV-huollossa jne. Kehitys johti pakkohoitojärjestelmien varsin nopeaan purkamiseen tai niiden rajuun supistamiseen. Samalla rajoitettiin jäljelle jääneet pakkotoimet tiettyihin selkeisiin muotoihin, joiden laillisuutta ja olemassaolon oikeellisuutta oli mahdollista jälkikäteen valvoa.

Kuvaamaani kehitykseen kuului voimakas vaatimus oikeussuojan parantamisesta pakkohoitotapauksissa. Ennen kaikkea vaadittiin epämääräiseksi ajaksi määrätyn pakkohoidon vähentämistä, koska ei tiedetty riittävästi hoidon tehosta. Pidettiin tärkeänä, että näyttökysymykset harkittiin tuomioistuintyyppisessä ja suullisessa käsittelyssä. Siten myös hoitojärjestelmissä ja sosiaalitoimessa pakkotoimenpiteiden tulisi perustua lähinnä todistettaviin tekoihin ja tapahtumiin sekä yksilöityihin toimenpiteisiin eikä epämääräisiin elämäntavan muutosyrityksiin.

Vankeinhoitajat ja muut pakkohoitojärjestelmien ylläpitäjät (kuten esim. koulukotien henkilökunta) suhtautuivat varauksellisesti edellä kuvattuun kehitykseen. Heille tuli jatkuvasti asiakkaita, joille heidän oli pakko tehdä jotain. Asiakkaiden elämäntilanteeseen haluttiin vaikuttaa jopa säälistä, jotta heidän ei tarvitsisi kiertää vankiloissa ja muissa laitoksissa ja päätyä kenties Kakolaan. Rangaistusjärjestelmän toimeenpanijoiden tuntema henkilökohtainen vastuu asiakkaistaan merkitsi, että julkilausuttu hoidon aliarvioiminen tai sen hylkääminen tuntui suoranaiselta välinpitämättömyydeltä. Nähtiin, että asiakkailla oli selvä tarve saada tukea, hoitoa ja kuntoutusta, jotta he voisivat vankilan jälkeen selviytyä paremmin yhteiskunnassa.

6. Uusiin tavoitteisiin liittyvistä keinoista

Nyt 1980-luvun lopulla havaitaan yhä selvemmin, että vankilaan joutuvilla ihmisillä on hyvin vähän erilaisia sosiaalista menestystä edistäviä resursseja. Tämä johtaa pyrkimykseen puuttua asiaan asiakkaiden elämäntilanteen paran-

tamiseksi. Uudistetun RTA:n voimassaoloaikana eli vuoden 1975 jälkeen on yhä voimakkaammin haluttu painottaa kuntoutusta ja sosiaalisten resurssien vahvistamista koskevaa lainkohtaa. Tavoitteena on vahvistaa vankien terveydellisiä, sosiaalisia, sivistyksellisiä ja taloudellisia resursseja, jotta heillä olisi edes jonkinlaiset edellytykset tulla toimeen yhteiskunnassa ja päästä irti vankilakierteestä. Kuntoutukseen eli yksilön resurssien vahvistamiseen liittyy osittain samoja piirteitä kuin vanhaan hoitojärjestelmään. Nykyisin näitä toimenpiteitä ei kuitenkaan saisi tarjota pakkohoitona eikä niitä myöskään kytketä laitoksessaoloon, vaan ne tulisi suunnata ennen kaikkea vapautumistilanteeseen. Oletus, että vankiin voidaan vapautumistilanteella vaikuttaa parantavasti, on näin ollen edelleen olemassa. Koska kriminaalipolitiikka pyrkii vapausrangaistusten vähentämiseen ja tuomioiden lyhentämiseen, tulisi myös kaikkien vankeusajan toimenpiteiden tähdätä nimenomaan asianomaisen vapautumiseen yhteiskuntaan kuntoutettuna ja selviytymiskykyisenä.

Vapausrangaistuksen täytäntöönpanon tärkein tavoite on vangin sijoittuminen yhteiskuntaan. Tähän päästään erilaisten kuntoutustoimenpiteiden lisäksi kehittämällä niitä oloja, joihin vapautuneet joutuvat. Kuntoutukseen tähtäävässä vankeinhoidossa tuleekin korostaa kolmea osittain sosiaalipoliittista, osittain asenteisiin liittyvää keinoa.

Ensiksi vapautuvalle olisi aina järjestettävä asunto ja sellainen vähimmäistoimeentulo joko työn tai taloudellisen tuen avulla, ettei hänen tarvitse rahoittaa elämistään rikosten avulla.

Toiseksi vapautuvalle tulisi olla tarjolla sellaisia hoitotoimenpiteitä, joista hän voi hyötyä. Esimerkiksi alkoholistin tarvitsema kuntoutus, mielenterveydelliset palvelut sekä monet muut toimenpiteet vaativat vapaudessa tapahtuvina tukitoimina nykyistä suurempaa huomiota.

Kolmanneksi tulisi huolehtia siitä, että vapautuvat, henkisesti ja terveen itsetunnon varassa itsenäisinä ja toimintakykyisinä, voivat sijoittua sosiaaliseen ympäristöön. Tässä mielessä kriminaalipolitiikka saattaa parhaimmillaan olla yksinäisyyden torjuntaa.

On aiheellista kysyä pitäisikö tällaisten sosiaalipalveluiden järjestämisen kuulua rangaistusjärjestelmästä vastaaville viranomaisille vai tulisiko niiden kuulua kunnille tai muille normaalipalveluja tuottaville elimille. Mielestäni kunnilla tulisi olla velvollisuus huolehtia näistä vankilassa olevien ja niistä vapautuvien tarvitsemista palveluista samoin perustein kuin ne huolehtivat muista jäsenistään eli niistä kuntalaisista, jotka eivät ole »vielä» joutuneet vankilaan.

Tiedämme liian hyvin, ettei palveluja helposti tarjota tai tyrkytetä aliprivilegioiduille ryhmille, kuten rikoksentekijöille. Sen vuoksi heillä täytyy olla asioit-

tensa ajajia, jotka esittävät heidän puolestaan vaatimuksia palveluiden järjestämisestä. Tämä onkin vankilan sosiaalityön ja vapaudessa suoritettavan kriminaalihuoltotyön suurin tehtävä. Nykyisen Kriminaalihuoltoyhdistyksen tai vastaavantyyppisen organisaation työtä tulee kehittää niin, että vankilasta vapautuvien ja ehdollisesti tuomittujen (myös muiden rikosoikeudellisen järjestelmän piiriin tulevien henkilöiden) tarpeet tulevat otetuksi huomioon tuotettaessa ns. normaalijärjestelmien kautta tarjottavia sosiaalisia palveluja. Vain tällä voidaan turvata rikoksesta tuomittujen asema palvelutuotannossa ja palvelujen kuluttajina.

Ja vielä yksinäisyydestä. Hyvinvointivaltion toimenpiteet kansalaisten elintason vahvistamiseksi eivät ole johtaneet siihen, että kaikki nyt voivat hyvin tai paremmin kuin esim. rikoslain säätämisvuonna. Aito huolenpito kanssaihmisestä edellyttää edelleen, että virallisjärjestelmien rinnalla on toimiva sosiaalinen yhteisö. Tässä mielessä perheen ja lähiyhteisön toimivuuden vahvistaminen sekä kansalaisten ylläpitämä vapaaehtoistyö eli se, mitä englanniksi sanotaan »community workiksi», ovat kriminaalipolitiikan onnistumisen välttämättömiä edellytyksiä.

Johtopäätökset

Johtopäätöksiä en tee. Ennakkopäätelmissä jo tiesin mihin tulen päätymään. Näin on usein asianlaita poliittisessa päättelyssä. Ei vähiten kriminaalipolitiikassa.

Rikoslaki ja lapsiin kohdistuva väkivalta

Apulaisprofessori *Martti Majanen*

1. Tässä artikkelissa on tarkoitus tarkastella vain niitä rikoslain säännöksiä, joissa on nimenomaisesti otettu huomioon se, että väkivalta kohdistuu juuri lapseen. Näin ollen monet keskeiset väkivaltarikossäännökset jäävät käsittelyn ulkopuolelle, koska niissä ei ole tehty eroa sen suhteen, kohdistuuko teko lapseen vai aikuiseen.

2. Tahallisten surmaamisrikosten joukossa on vanhastaan ollut erityissäännöksiä, joiden nimistäkin on käynyt ilmi, että kyse on lapseen kohdistuvasta surmaamisrikoksesta. Säännökset ovat kuitenkin olleet soveltamisalaltaan varsin suppeita ja rikosnimetkin ovat olleet joskus jopa harhaanjohtavia. Alkuperäisessä vuoden 1889 rikoslaissa oli koko 22 luvun otsikkona »Lapsenmurhasta». Sanottuun lukuun sisältyi kuitenkin paitsi lapsen kuoleman aiheuttamista myös sikiönlähdettämistä ja heitteillepanoa koskevia säännöksiä.

Rikoslain lapsenmurhaa koskeneessa 22: 1:ssä tuli rikoksen kohde hyvin pitkälti määritellyksi rikoksentekijän henkilön kautta. Tekijän henkilö oli säännöksen soveltamisen kannalta paljon tärkeämpi kuin itse teon kohde, koska lapsenmurhan saattoi tehdä vain lapsen äiti, joka luvattomasta sekaannuksesta oli tullut raskaaksi ja joka synnyttäessään tai kohta sen jälkeen oli tahallaan surmannut lapsensa. Näin ollen teon kohteena saattoi olla vain vastasyntynyt lapsi. Kysymyksessä ei siis ollut mikään yleinen lapsen tahallista surmaamista koskeva säännös. Myöskään kysymyksessä ei tarvinnut olla vakain tuumin tehty surmaaminen kuten rikoslain alkuperäisessä, vuoden 1969 loppuun voimassa olleessa murhasäännöksessä (RL 21: 1) edellytettiin, vaan myös pikaistuksissa tapahtunut eli rikoslain alkuperäisen 21: 2:n tapon tunnusmerkistön täyttänyt lapsen surmaaminen saattoi tulla tuomituksi lapsenmurhana. Lapsenmurha rangaistiin murhaa ja tappoa lievemmin. Syynä tähän lievempään

rangaistavuuteen oli *Honkasalon* mukaan »yhdeltä puolen synnytyksestä johtuva ruumiillinen heikkoudentila, toiselta puolen häpeäntunteen ja huolien synnyttämä sielullinen ahdinko (kunniapakkotila)».[1] Vuonna 1914 asteikkoa vielä lievennettiin (L. 6. 6. 1914) tunnusmerkistön muuten säilyessä entisellään.

Serlachius on katsonut, ettei kysymys ole siitä, että »luvattomasti siitetyn lapsen henki olisi katsottava lain mukaan halpa-arvoisemmaksi tahi lain suojaa vähemmin kaipaavaksi kuin tavallisen lapsen henki, vaan yksinomaan äidin surkuteltavasta tilasta».[2]

RL 22: 8:ssä oli luvattomasta sekaannuksesta syntyneen lapsen (»sikiön») heitteillepanoa koskeva säännös, josta on todettu, että sen subjektin ja objektin suhteen piti paikkansa, mitä on sanottu lapsenmurhan subjektista ja objektista.[3] Rikos oli lievemmin rangaistava kuin tavallinen heitteillepano (RL 25: 3). Myös RL 22: 8:n rangaistusasteikkoja lievennettiin vuonna 1914.

Lisäksi RL 22 luvussa oli erityinen säännös kuoleman tuottamisesta luvattomasti siitetylle lapselle tämän lapsen isän, äidin vanhempain tai äidin isännän tai emännän puolelta (RL 22: 3). Äidin osalta oli RL 22: 2:ssä vain viittaussäännös RL 21 luvun kuolemantuottamusta koskeviin säännöksiin.

Vuonna 1969 toteutetun henkeen ja terveyteen kohdistuvia rikoksia koskevien säännösten uudistuksen (L. 14. 7. 1969/491) yhteydessä jäi RL 22 lukuun vain sikiönlähdettämistä koskevat säännökset ja aikaisempaa lapsenmurhaa vastaava säännös sijoitettiin uusittuna 21 luvun 4 §:ksi ja uudeksi rikosnimeksi tuli lapsentappo. Edellä mainittu RL 22: 8:ssä ollut vastasyntyneen heitteillepanoa koskeva erityissäännös jätettiin pois. Myöskään erityisiä vastasyntyneen kuolemantuottamusta koskevia säännöksiä ei enää ole.

Nykyinen vuodelta 1969 peräisin oleva lapsentappoa koskeva säännös laajensi sekä tekijöiden että kohteiden piiriä. Kun vanhan lapsenmurhasäännöksen mukaan kohteena saattoi olla vain luvattomasta sekaannuksesta siinnyt lapsi, ei nykyisessä laissa tehdä eroa aviottoman ja aviolapsen surmaamisen välillä. Lisäksi aikaisemman lain ilmaus »synnyttäessään taikka kohta sen jälkeen» on korvattu määrittelyllä »synnyttäessään tai sen jälkeen, ollessaan vielä synnytyksen aiheuttamassa ruumiillisen tai henkisen uupumuksen tilassa». Tämä

[1] *Brynolf Honkasalo:* Erinäiset rikokset. Neljäs täydennetty ja korjattu painos. Hämeenlinna 1964, s. 9. Ks. lapsenmurhasta myös *Jaakko Forsman:* Föreläsningar öfver de särskilda brotten I. Femte upplagan. Helsingfors 1946, s. 64—70 ja *Allan Serlachius:* Suomen rikosoikeuden oppikirja II.1. Toinen painos. Helsinki 1924, s. 10—13.

[2] *Serlachius* 1924, s. 12.

[3] Ks. *Serlachius* 1924, s. 35 ja *Honkasalo* 1964, s. 17.

merkitsee sitä, että lain tarkoittaman uupumustilan päättymisajankohta jää tuomarin kussakin yksittäistapauksessa erikseen ratkaistavaksi.[4]

Rikosoikeuskomitean mietinnön liitteenä olevassa uuden rikoslain runkosuunnitelmassa katsotaan, että lapsentappoa koskevaa säännöstä voidaan pitää tarpeettomana. Synnyttämisen aiheuttamat psyykkiset rasitustilat voidaan tarvittaessa ottaa huomioon tekijän syyntakeisuutta arvioitaessa.[5]

Rikoslakiprojektin ehdotuksessa puolestaan kannatetaan tunnusmerkistön säilyttämistä hieman muutettuna. Ehdotuksen 21: 4:n mukaan »nainen, joka ollessaan vielä synnytyksestä johtuvassa uupumuksessa tai ahdistuksessa, tahallaan surmaa lapsensa, on tuomittava *lapsensurmasta*».[6]

3. Aina vuoden 1969 loppuun saakka voimassa olleesta RL 21: 12,2:sta kävi ilmi huoltajan oikeus fyysisesti kurittaa huollettavanaan olevaa lasta: »Jos joku kuritusvaltaansa käyttäessään on kuritetulle saattanut sellaisen vähäisen vamman, kuin tässä pykälässä mainitaan, älköön häntä siitä rangaistukseen tuomittako.»[7] Suomen Laki I-teoksessa vielä vuonna 1969 opastettiin RL 21: 12:n kohdalla kuritusvallan käyttäjiä vuodelta 1922 olleella ainakin tämän päivän näkökulmasta hyvin hämmentävältä vaikuttavalla KKO:n päätöksellä (KKO 1922 p II 914): »Syytetty, joka kuritusvaltaansa käyttäessään oli lyönyt asianomistajaa pajuvitsoilla paljaalle ruumiille niin, että koko iho istuinlihaksilla oli turvonnut ja pintaiho oli oikean lonkkaluun pään kohdalta melkein kokonaan poislähtenyt, vapautettiin RL 21 luv. 12 § 2 mom:n nojalla rangaistuksesta.»

Honkasalo on todennut, että »ollakseen oikeudenmukaista kuritus ei saa ylittää hyvän tavan sallimaa rajaa. Sen seikan arvioinnissa, onko kuritus pysynyt oikeissa rajoissa, on otettava huomioon lapsen ikä, aikaisemmin osoitettu pahantapaisuus, kuritukselle lähimmän aiheen antanut seikka ja muut konkreettiset asianhaarat».[8]

---

[4] Näin *Brynolf Honkasalo:* Suomen rikosoikeus. Erityinen osa I 1. Hämeenlinna 1970, s. 31.

[5] *Rikosoikeuskomitean mietintö* (KM) 1976: 72, s. 267.

[6] Rikoslakiprojektin ehdotus. Rikoslain kokonaisuudistus II. Oikeusministeriön lainvalmisteluosaston julkaisu (OLJ) 1/1989, s. 241—242 ja 764.

[7] Yleistä suhtautumista lasten fyysiseen kurittamiseen kuvannee myös aina nuorista rikoksentekijöistä annetun lain säätämiseen vuonna 1940 saakka RL 3: 1,1:ssä ollut säännös, jonka mukaan »saakoon oikeus harkinnon mukaan määrätä, että seitsemän vuotta täyttänyt lapsi on pantava yleiseen kasvatuslaitokseen, taikka että vanhempain tahi sen, jonka hoidossa ja valloissa lapsi on, pitää sitä huoneessa toteensaatavasti kurittaa. Sitä älköön kuritettako, joka, sen jälkeen kuin tuomio annettiin, on täyttänyt kuusitoista vuotta».

[8] *Brynolf Honkasalo:* Suomen rikosoikeus. Yleiset opit I. Toinen painos. Hämeenlinna 1965, s. 182.

Kun RL 21 luku uusittiin (L. 14. 7. 1969/491), jätettiin uusitusta luvusta kuritusvallan käyttöön liittyvä säännös hallituksen esityksen mukaan tarpeettomana pois. Kuitenkin perusteluissa lausuttiin, että »mikäli kasvattaja ei ylitä laillista kuritusvaltaansa, hänen puuttumisensa kasvatettavan ruumiilliseen koskemattomuuteen on oikeudenmukaista eikä hänen menettelynsä rankaiseminen pahoinpitelyrikoksena sen vuoksi voi tulla kysymykseen».[9]

Tilanne jäi todellisuudessa varsin epäselväksi. *Honkasalo* kirjoitti vuonna 1970, että esiintyneessä keskustelussa mainitun kuritusvaltaa koskevan säännöksen poistamisesta on »tehty se väärä johtopäätös, että kohtuullinen kurituskaan ei olisi sallittu».[10] Paitsi erimielisyyttä siitä olisiko fyysinen kurittaminen enää RL 21: 12,2:n kumoamisen jälkeen lainkaan oikeutettua, niin selvää ei ollut myöskään se, mikä sitten olisi tavanomaisen oikeuden mukaista kohtuullista kuritusta, jos hyväksyttäisiin se hallituksen esityksestä ilmenevä kanta, ettei sanotulla kumoamisella olisi poistettu kuritusoikeutta. Asiaa ei myöskään helpottanut se, että lakikirjassa käytettiin vielä 1960-luvulla esimerkkinä oikeuskäytännöstä edellä kuvatun kaltaista vuodelta 1922 olevaa ratkaisua, jonka osalta on vaikea edes puhua mistään kohtuullisen kuritusoikeuden käyttämisestä. Ongelma ratkesi lapsen eduksi vasta vuonna 1983, jolloin säädettyyn lakiin lapsen huollosta ja tapaamisoikeudesta (L. 8. 4. 1983/361) otettiin nimenomainen ruumiillisen kurittamisen kieltävä säännös (1,3 §).

Hallituksen esityksessä laiksi lapsen huollosta ja tapaamisoikeudesta todettiin, että »lakiehdotusta laadittaessa on nimenomaisena tarkoituksena ollut myös samalla vahvistaa se, että lapsen huoltajalla ei säännöksen tultua voimaan enää ole lapseen nähden kuritusvaltaa sekä että myös rikoslain 21 luvun 7 §:n lievää pahoinpitelyä koskevaa säännöstä voidaan soveltaa myös silloin, kun vanhempi tai muu lapsen huoltaja syyllistyy säännöksessä tarkoitettuun pahoinpitelyyn, vaikkakin tämä tapahtuisi kasvattamisen tarkoituksessa».[11]

4. Kun vuonna 1975 lisättiin RL 21: 5:ään uusi 2 momentti (L. 16. 5. 1975/320), merkitsi se ainakin periaatteessa lasten ruumiillisen koskemattomuuden rikosoikeudellisen suojan tehostumista.

Uudistuksen taustalla olivat eräät silloin päivänkohtaiset uhkaavien käsiksikäymistapausten ongelmat, joiden osalta lievän pahoinpitelyn pelkkää sak-

[9] *Hallituksen esitys* (HE) 68/1966 vp., s. 7.

[10] *Honkasalo* 1970, s. 46. Ks. myös *Raimo Lahti:* Lapsen oikeudellinen asema yhteiskunnassa. II Pro Juventute. Mannerheimin Lastensuojeluliiton 50-juhlavuoden kansallinen konferenssi lapsen oikeuksien toteutumisesta tämän päivän maailmassa 4.—5. 6. 1970 Tampereella. Tapiola 1971, s. 38—39.

[11] HE 224/1982 vp., s. 12.

korangaistusuhkaa pidettiin riittämättömänä. Hallituksen esityksen mukaan rikoksen kohteena olisi olosuhteisiin nähden turvaton henkilö.[12] Lakivaliokunnan mietinnön mukaan hallituksen esityksen säännösehdotus ei täyttänyt niitä vaatimuksia, joita rikostunnusmerkistön täsmällisyydelle oli asetettava. Valiokunta pyrkikin ehdotettua tarkemmin osoittamaan ne henkilöryhmät, joiden suojaamiseksi ankaramman rangaistuksen käyttäminen oli tarkoitettu. Valiokunnan mietinnön perusteluissa viitattiin luonnollisina esimerkkitapauksina turvattomista henkilöistä lapsiin, vanhuksiin ja vammautuneisiin henkilöihin. Itse lakitekstissä ei kuitenkaan puhuta lapsista tai vanhuksista, vaan yleisemmin *ikäänsä* nähden turvattomista henkilöistä. Myös eräiltä muilta osin säännösehdotusta täsmennettiin ja RL 21: 5,2 säädettiin seuraavan sisältöiseksi:

»Joka ruumiinvammaa tai sairautta aiheuttamatta pahoinpitelee ikänsä, vammautuneisuutensa tai muun siihen verrattavan syyn vuoksi taikka muuten olosuhteisiin nähden turvatonta henkilöä siten, että tällä on perusteltu syy pelätä henkensä tai terveytensä olevan vakavasti vaarassa, on tuomittava niinkuin 1 momentissa on säädetty.»[13]

Säännöksen tarkoittama lasten ja muiden turvattomien henkilöiden suoja on vielä tosiasiallisesti laajentunut, kun kesällä 1989 säädetyssä ja 1. 9. 1989 voimaantulleessa uudessa RL 21 luvun 5 §:n 3 momentissa määrättiin saman pykälän 1 ja 2 momentissa tarkoitettujen pahoinpitelyrikosten yritys rangaistavaksi (L. 14. 7. 1989/665).

Rikoslakiprojekti ehdottaa pahoinpitelyrikosten törkeysporrastusta uudistettavaksi, jolloin nykyisen lain rakenteeseen liittyvä RL 21: 5,2:n erityissäännös kävisi tarpeettomaksi.[14]

5. Lähinnä RL 21 luvun säännöksiin liittyen voidaan tässä yhteydessä myös viitata politiarikossäännösten joukossa olevaan RL 44: 1:ään, jossa säädetään: »Joka jättää ladatun ampuma-aseen taikka räjähdysainetta, myrkkyä tahi muuta hengenvaarallista ainetta sellaiseen paikkaan, että *lapsi* tahi muu ihminen ymmärtämättömyydestä saattaa sillä vahinkoa tehdä, taikka muuten varomattomasti pitelee sellaista asetta tahi ainetta, rangaistakoon sakolla.» (kurs. MM)[15]

---

[12] HE 226/1974 vp., s. 3 ja 4.

[13] *Lakivaliokunnan mietintö* 1/1975 vp., s. 1—2. Ks. myös *Pekka Koskinen:* Lievästä pahoinpitelystä pahoinpitelyksi. RL 21 luvun 5 §:n 2 momentin tarkastelua. Rikosoikeudellisia kirjoitelmia IV 1980, s. 91—103.

[14] OLJ 1/1989, s. 244.

[15] Säännös on rikoslain alkuperäisessä muodossa lukuunottamatta rangaistusasteikkoa, josta 16. 4. 1919 poistettiin sakon erityinen 100 markan maksimi.

6. Edellä on jo vanhan lapsenmurhasäännöksen yhteydessä kosketeltu heitteillepanosäännöksiä. Yleinen heitteillepanoa koskeva säännös oli RL 25: 3:ssä. Siinä objektina mainittiin nimenomaisesti myös *avuton lapsi*. Nykyisessä vuodelta 1969 olevassa RL 21: 11:ssä asia on ilmaistu aikaisempaa yleisluontoisemmin: »saattaa *toisen* avuttomaan tilaan taikka sellaiseen tilaan jättää *henkilön, josta hän on velvollinen huolehtimaan*» (kurs. MM). On selvää, että myös lapsi kuuluu näiden määrittelyn piiriin, mutta sitä ei enää ole katsottu tarpeelliseksi erityisesti korostaa.

Rikoslakiprojekti on ehdottanut erityisen heittellepanoa koskevan säännöksen jättämistä kokonaan pois rikoslaista.[16]

7. Vuonna 1974 säädettiin uusi RL 13 luku »Rikoksista ihmisyyttä vastaan» (L. 20. 12. 1974/987). Siihen sisällytettiin erityinen joukkotuhontaa koskeva säännös (RL 13: 4). Joukkotuhonnalla tarkoitetaan tekoa, joka tähtää jonkin rodullisen, kansallisen, etnisen tai uskonnollisen ryhmän hävittämiseen ryhmänä joko kokonaan tai osittain. Joukkotuhontaa ovat ryhmän jäsenten surmaaminen, vaikean ruumiillisen tai henkisen vamman aiheuttaminen ryhmän jäsenille, ryhmän elinehtojen huonontaminen, syntyvyyden ehkäisemiseen tähtäävät toimet ryhmän piirissä ja *lasten pakolla siirtäminen ryhmästä toiseen*. Viimeksi mainitun kaltaisella lasten siirtämisellä tarkoitetaan lasten erottamista vanhemmistaan ja antamista ryhmään kuulumattomien huollettavaksi. Rikoslaissa rangaistavaksi säädetyn joukkotuhonnan tunnusmerkistö on YK:n yleiskokouksen vuonna 1948 hyväksymän yleissopimuksen sanamuodon mukainen. Suomessa tämä yleissopimus joukkotuhontana pidettävän rikoksen ehkäisemiseksi ja rankaisemiseksi saatettiin voimaan jo vuonna 1959 annetulla lailla (13. 11. 1959/557).[17]

8. Perinteisesti laajan ja tärkeän tapausryhmän, jossa rikoksen kohdistuminen lapseen on saanut lainsäätäjän taholta erityishuomiota, muodostavat siveellisyysrikokset.

Rikoslain alkuperäisiä siveellisyysrikossäännöksiä leimasivat ns. absoluuttisen sukupuolimoraalin mukaiset käsitykset, joiden mukaan vain avioliiton piirissä oli sukupuolielämä sallittua. Salavuoteus oli rangaistavaa jopa täysikäisten naimattomien kesken. Alaikäisiin kohdistuneet siveellisyysrikokset olivat eräänlaista kvalifioitua salavuoteutta. Alkuperäisen RL 20: 7:n mukaan rangaistus oli porrastettu sen mukaan, oliko kohteena alle 12-vuotias, 12- vaan

[16] OLJ 1/1989, s. 226—228.

[17] Ks. HE 241/1973 vp., s. 7—8 ja 12.

ei 15-vuotias tai 15- vaan ei 17-vuotias *tyttö*. Kahdessa ensiksi mainitussa ikäryhmässä tekomuotoina mainittiin makaaminen tai muu haureuden harjoittaminen ja viimeksi mainitussa ikäryhmässä vain makaaminen. Jos kysymyksessä oli yli 12-vuotias tyttö, hän ei saanut olla ennen maattu.[18] Lisäksi RL 20: 6:ssä säädettiin rangaistus sille, joka makasi *kasvattinsa tai holhottinsa taikka sen, jonka kasvatus tai opetus oli hänelle uskottu* ja RL 20: 11:ssä oli säädetty rangaistavaksi *tyttären, kasvatustyttären, naisholhotin tai tytön, jonka kasvatus ja opetus oli hänelle uskottu* vietteleminen tai taivuttaminen luvattomaan sekaannukseen toisen kanssa.

Vuonna 1926 toteutettiin salavuoteussäännöksen kumoaminen (L. 5. 2. 1926/24). Samalla muutettiin myös useita muita siveellisyysrikossäännöksiä. RL 20: 7:n muutoksella ulotettiin lainkohdan rikosoikeudellinen suoja koskemaan myös poikia. Rikoksen tekijänä saattoi nyttemmin olla paitsi mies myös nainen. Säännös ulottui koskemaan myös alaikäisiä kohtaan suuntautunutta homoseksualismia. Pykälässä tarkoitetuista suojaikärajoista poistettiin kokonaan erityinen 12 vuoden ikäraja. Pykälässä ei enää asetettu eri asemaan tyttöä, joka oli ennen maattu. Sen sijaan lainsäätäjä katsoi tarpeettomaksi sellaisen 15 vaan ei 17 vuotta täyttäneen henkilön suojelun, joka oli »siveettömyyteen antautunut». Myös RL 20: 7:ssä säädettyjä rangaistuksia kovennettiin. Lisäksi säädettiin uusi 20: 9 a, jonka 1 momentissa määrättiin rangaistavaksi alle 15-vuotiaan lapsen ja 2 momentissa 15- vaan ei 17-vuotiaan henkilön vietteleminen tai taivuttaminen sekaannukseen tai muuhun haureuteen toisen kanssa. Myös edellä selostettuja RL 20: 6 ja 11:ää muutettiin siten, että ne koskivat myös miespuolisiin henkilöihin kohdistuneita tekoja.[19]

RL 20: 7:ää muutettiin kaksi kertaa 1950-luvun alkupuolella. Vuonna 1952 tehdyllä muutoksella (L. 7. 11. 1952/365) palautettiin jo alkuperäisessä rikoslaissa olleet kolme ikärajaa: 12 vuotta, 15 vuotta ja 17 vuotta. Ankarin rangaistusuhka koski sekaantumista alle 12-vuotiaaseen. Seuraavaksi ankarin rangaistusuhka oli sekaantumisesta 12- vaan ei 15-vuotiaaseen ja muun haureuden harjoittamisesta alle 15-vuotiaan kanssa ja lievin uhka sekaantumisesta ja muun haureuden harjoittamisesta 15- vaan ei 17-vuotiaan kanssa, joka ei ollut siveettömyyteen antautunut.[20]

Vuonna 1954 kovennettiin RL 20: 7:ssä säädettyjä rangaistusuhkia 15- vaan

---

[18] Ks. *Inkeri Anttila:* Alaikäisiin kohdistuneet siveellisyysrikokset ja niiden tekijät. Kriminologinen tutkimus. Vammala 1956, s. 22—24.

[19] Ks. *Anttila* 1956, s. 24—26 ja *Brynolf Honkasalo:* Suomen rikosoikeus. Erityinen osa II. Hämeenlinna 1960, s. 46, 51 ja 58.

[20] Ks. *Anttila* 1956, s. 27.

ei 17-vuotiaisiin kohdistuneiden tekojen osalta, koska ne olivat jääneet koventamatta vuonna 1952. Aikaisemmasta poiketen säädettiin eri asteikot sekaantumistapauksia ja muun haureuden harjoittamistapauksia varten (L. 26. 2. 1954/72).[21]

Nykyisin voimassa olevat säännökset ovat vuodelta 1971, jolloin uusittiin koko siveellisyysrikoksia koskeva RL 20 luku (L. 15. 1. 1971/16). Jälleen kerran muutettiin siveellisyysrikossäännösten suojaikärajoja. Hallituksen esityksessä ehdotettiin yleiseksi suojaikärajaksi 15 vuotta.[22] Eduskunnan lakivaliokunnassa päädyttiin äänestyksen jälkeen ehdottamaan perusikärajaksi 16 vuotta, minkä jälkeen osoittautui tarpeelliseksi myös toinen ikäraja, 14 vuotta. Lakivaliokunnan ehdottamat suojaikärajat hyväksyttiin eduskunnan täysi-istunnossa niin ikään vasta äänestysten jälkeen.[23]

RL 20: 3,1:ssä on säädetty *lapseen kohdistuvasta haureudesta* rangaistus sille, joka on sukupuoliyhteydessä 14 vuotta nuoremman kanssa tai harjoittaa tämän kanssa muuta, siihen verrattavissa olevaa haureutta. Pykälän 2 momentissa on lievempi rangaistusuhka niitä tapauksia varten, joissa yli 16-vuotias tekee 1 momentissa mainitun teon 14 vaan ei 16 vuotta täyttäneen kanssa. Lisäksi 1 ja 2 momentissa ovat sivuasteikot erittäin lieventävien asianhaarain varalta ja 3 momentissa yhteinen törkeää tekomuotoa (törkeä lapseen kohdistuva haureus) koskeva säännös. Myös kaikkien RL 20: 3:ssä tarkoitettujen rikosten yritys on rangaistava. Vastaavasti RL 20: 4:ssä on säädetty lapsen vietelemisestä tai taivuttamisesta sukupuoliyhteyteen tai muuhun siihen verrattavaan haureuteen toisen kanssa samanlainen ikärajaporrastus kuin RL 20: 3:ssä (rangaistus on ankarampi, jos kohde on alle 14-vuotias kuin jos kohde on 14-vaan ei 16-vuotias).

Lisäksi uusitussa RL 20 luvussa on korkeampiakin ikärajoja: homoseksuaalisten suhteiden osalta on säädetty yleinen 18 vuoden suojaikäraja ja tiettyjen riippuvuussuhteiden hyväksikäyttämisestä heteroseksuaalisissa suhteissa 18 vuoden ja homoseksuaalisissa suhteissa 21 vuoden suojaikäraja (RL 20: 5).

Rikosoikeuskomitean mietintöön liittyvässä uuden rikoslain runkosuunnitelmassa on kaavailtu seksuaalirikoskomitean mietinnön perusteluihin viitaten yleiseksi suojaikärajaksi 15 vuotta. Jos kuitenkin kysymyksessä olisi sukupuo-

[21] Ks. *Anttila* 1956, s. 27.

[22] HE 52/1970 vp., s. 4—6 ja 13. Samoin myös *Seksuaalirikoskomitean mietintö* (KM) 1967: A12, s. 5 ja 18—20.

[23] Ks. *Lakivaliokunnan mietintö* 11/1970 vp., s. 3—4 sekä *Klaus Helminen:* Rikoslain 20 luku uudistettu. Poliisimies 1971, s. 128—129 ja *Juha Vikatmaa:* Siveellisyysrikoksia koskevan lainsäädännön uudistus. LM 1971, s. 214—215.

linen kanssakäyminen alle 12-vuotiaan kanssa, olisi teko ankarammin rangaistava kuin 12—14-vuotiaisiin kohdistettuna.[24]

9. RL 25: 2:ssä säädetään lapsenryöstöstä. Teon kohteena voi olla vain henkilö, joka ei ole täyttänyt 15 vuotta. Säännös on toissijainen RL 25:1:n varsinaista ihmisryöstöä ja 25:1 a:n valkoista orjakauppaa koskeviin säännöksiin nähden. Kysymyksessä on luvaton valtaanotto ja poisvieminen tai erottaminen lapsen isästä, äidistä tai siitä, jonka hoidon ja käskyn alainen hän on. Rikos on kvalifioitu, jos on aikomus käyttää lasta kerjuuseen tai muuhun voitonhimoiseen tai epäsiveelliseen tarkoitukseen tai toimeen. Säännös on lukuunottamatta myöhemmin tehtyä (L. 5. 2. 1926/24) viittausta RL 25: 1 a:ään rikoslain alkuperäisessä muodossa.[25]

Rikoslakiprojekti ehdottaa kumottavaksi erityisen lapsenryöstöä koskevan säännöksen. Ehdotuksen perustelujen mukaan säännöksen kumoamisella korostettaisiin sitä, että »lapsen pitää myös suhteessa huoltajiinsa nauttia täysiarvoista rikosoikeudellista suojaa. Lapsen vapauteen kohdistuvat rikokset rangaistaisiin periaatteessa samoin kuin aikuisenkin vapauteen kohdistuvat». Tosin rikoslakiprojekti ehdottaa RL 25 lukuun erityistä lapsen omavaltaista huostaanottoa koskevaa säännöstä, joka soveltuisi osaan niistä tapauksia, jotka nykyisin tuomitaan lapsenryöstönä. Rangaistusasteikko olisi kuitenkin huomattavasti nykyistä lapsenryöstön asteikkoa lievempi.[26]

10. Myös syyteoikeuden järjestelyllä on oma tärkeä merkityksensä lapsiin kohdistuvissa väkivaltatapauksissa. Vajaavaltaisen holhoojan tai laillisesti määrätyn muun edustajan vajaavaltaiseen kohdistaman rikoksen osalta on vanhastaan ollut virallisella syyttäjällä syyteoikeus, vaikka kysymyksessä muutoin olisi ollut asianomistajarikos, josta kukaan ei ole nostanut syytettä tai esittänyt syyttämispyyntöä. Asiaa koskeva säännös on ollut vuoteen 1973 saakka RL 8: 6:ssä ja siitä eteenpäin RVA 18,2 §:ssä (L. 16. 2. 1973/139).

Siveellisyysrikossäännöksissä on ollut erilaisia syyteoikeuden järjestelyyn liittyviä ratkaisuja. Rikoslain alkuperäisten RL 20: 7:n säännösten mukaan alle 12-vuotiaaseen kohdistunut makaaminen tai muu haureuden harjoittaminen hänen kanssaan oli virallisen syytteen alainen rikos, sen sijaan muut RL 20: 7:ssä tarkoitetut (12—16-vuotiaisiin kohdistuneet) rikokset olivat asianomistajarikoksia. Vuonna 1926 tehdyn muutoksen jälkeen RL 20: 7 ja 9 a:ssä säädetyt

[24] KM 1976: 72, s. 284—285 ja 287.

[25] Ks. tästä säännöksestä tarkemmin *Honkasalo* 1970, s. 111—114.

[26] OLJ 1/1989, s. 271.

rikokset olivat asianomistajarikoksia, jos se, jota vastaan rikos oli tehty, oli 15 vuotta vanhempi taikka syytettä nostettaessa täyttänyt jo 17 vuotta (RL 20: 14 a, L. 5. 2. 1926/24). Vuoden 1971 lainmuutoksen yhteydessä asianomistajarikosten piiri toisaalta laajeni, kun kaikki ensisijaisesti yksilöön kohdistuvat siveellisyysrikokset eli RL 20: 1—6:ssä säädetyt tulivat asianomistajarikoksiksi. Toisaalta tapahtui supistumista, kun näissä tapauksissa virallinen syyttäjä saa nostaa syytteen, jos erittäin tärkeä yleinen etu vaatii sen nostamista (RL 20: 11; L. 15. 1. 1971/16).[27]

Vuonna 1969 toteutetun RL 21 luvun uudistuksen yhteydessä pysytettiin tavallinen ja lievä pahoinpitely pääsääntöisesti asianomistajarikoksina. Lasten suojan kannalta merkityksellistä oli kuitenkin se, että pääsäännöstä olevien poikkeusten joukkoon lisättiin viralliselle syyttäjälle annettu oikeus nostaa syyte myös alle 15-vuotiaisiin lapsiin kohdistuneista pahoinpitelyistä ja lievistä pahoinpitelyistä (RL 21: 14).

Rikoslakiprojektin ehdotuksessa esitetään asianomistajarikosten alan supistamista pahoinpitelyrikosten osalta. Ehdotuksen perusteluissa lausutaan, että »sen korostamiseksi, että perhepiirissäkään ei voida sallia väkivaltaa, ehdotetaan, että tavallinen pahoinpitely muutettaisiin virallisen syytteen alaiseksi. Ainoastaan lievä pahoinpitely jäisi edelleenkin asianomistajarikokseksi. Tästäkin tehtäisiin poikkeus, jos lievä pahoinpitely kohdistuisi alle 15-vuotiaaseen».[28]

11. Jos kokonaisuutena tarkastellaan sitä, missä määrin rikoslaissa on osoitettu erityishuomiota lapsiin kohdistuvaan väkivaltaan, niin yleishavaintona on se, että siveellisyysrikoksia lukuunottamatta varsin vähän. Lisäksi kehitys näyttää kulkevan siihen suuntaan, että tällaiset erityistapaukset edelleenkin vähenevät. Lähtökohtaisesti on hyvä, että rikoslaissa käytetään varsin pidättyvästi tämäntyyppisiä erityissäännöksiä.

Hieman yllättävää on se, että rikoslakiprojekti haluaa säilyttää erityisen kapea-alaisen nykyistä lapsentapposäännöstä vastaavan lapsensurmasäännöksen. Lapsen suojan kannalta tällaista säännöstä on pidettävä huonona. Tosin niin kuin aikaisemmin on käynyt ilmi, tässä säännöksessä lapsi on sivuroolissa. Säännöksessä on kyse siitä, että vastasynnyttäneelle naiselle on kohtuullista säätää lapsensa surmaamisesta normaalia lievempi rangaistusuhka.

[27] Ks. *Lakivaliokunnan mietintö* 11/1970 vp., s. 7 sekä *Helminen* 1971, s. 135—136 ja *Vikatmaa* 1971, s. 229—230. Ks. myös *Inkeri Anttila:* Asianomistajarikokset ja »erittäin tärkeä yleinen etu». LM 1977, s. 213—218 ja *P. O. Träskman:* Åtalsrätt. Helsinki 1980, s. 141—147.

[28] OLJ 1/1989, s. 234.

Lapsen rikosoikeudellisen suojan kannalta keskustelunarvoista olisi pikemminkin se, pitäisikö lapsiin ja muihin turvattomiin henkilöihin kohdistuneita väkivaltarikoksia arvostella normaalia ankarammin. Pitäisikö esimerkiksi törkeisiin tekomuotoihin ottaa teon törkeäksi tekevien perusteiden joukkoon teon kohdistuminen lapseen? Tämä kysymys nousee tärkeämmäksi kuin aikaisemmin, koska rikoslakiprojektin ehdotuksissa on lähdetty siitä, että törkeiden tekomuotojen esimerkkiluettelot olisivat tyhjentäviä, vaikkakin viimekädessä kokonaisarvostelu ratkaisisi sen olisiko tekoa pidettävä törkeänä.[29] En kuitenkaan ole vakuuttunut siitä, että esimerkiksi surmaamis- tai pahoinpitelyrikossäännöksissä pitäisi erityisesti ottaa huomioon se, kohdistuuko rikos lapseen vai aikuiseen. Pelkästään väkivallan kohdistaminen lapseen ei saisi merkitä tahallisen surmaamisen arvostelemista murhaksi tai pahoinpitelyn arvostelemista törkeäksi pahoinpitelyksi. Muitakin kriteerejä tarvitaan.

Lapsiin kohdistuvan väkivallan ongelmat ovat luonnollisesti myös osa paljon keskustelua aiheuttaneesta perheväkivaltaproblematiikasta. Keskustelu on aiheuttanut paineita myöskin rikoslainsäädännön uudistamisen suuntaan.[30] Tosin jos ongelmaa tarkastellaan lasten osalta, niin voidaan todeta, että keskusteluissa esimerkiksi esillä ollut asianomistajarikoskysymys eräiden pahoinpitelyrikosten ja siveellisyysrikosten osalta ei ole periaatteessa (vaikkakin ehkä käytännössä) ongelmallinen, koska kaikista alle 15-vuotiaisiin kohdistetuista pahoinpitelyrikoksista voi virallinen syyttäjä aina nostaa syytteen. Sama koskee kaikkia lapsen holhoojan lapseen kohdistamia rikoksia. Lisäksi RL 20: 1—6:ssä tarkoitetuista siveellisyysrikoksista saa virallinen syyttäjä nostaa syytteen erittäin tärkeän yleisen edun niin vaatiessa. Ongelmat lienevätkin enemmän siinä kuinka syyttäjä saa nämä asiat yleensä tietoonsa. Tässä suhteessa on varmaankin paljon parantamisen varaa. Rikosoikeudellisilla keinoilla on kuitenkin vain rajallinen mahdollisuus vaikuttaa lapsiin kohdistuvan väkivallan ongelmiin.

[29] Ks. esim. OLJ 1/1989, s. 236 ja 245.

[30] Ks. esim. *Teuvo Peltoniemi:* Perheväkivalta. Keuruu 1984, s. 233—238.

Ennalta arvattavuuden merkityksestä Brynolf Honkasalon kausaalisuus- ja rikosopin kannalta

Oikeustieteen kandidaatti *Kimmo Nuotio*

1. Aluksi

Kun Brynolf Honkasalo julkaisi 1933 monografian rikosoikeudellisista kausaalisuusongelmista, hänen ei tarvinnut aloittaa tyhjästä, vaan hänellä oli käytettävissään laaja pohjoismainen ja etenkin saksalainen aineisto.[1] Saksalaisella kielialueella kausaalisuuteen eli (rangaistavaksi säädetyn) teon ja syntyneen seurauksen väliseen »aiheutus»-suhteeseen liittyvät kysymykset olivat työllistäneet tutkijoita siihen mennessä jo ainakin sadan vuoden ajan. Tutkimus ei ollut kuitenkaan vienyt tekijöitään olennaisesti lähemmäs ratkaisua. Oikeudellinen kausaliteettia selvittelevä tutkimus ei ollut onnistunut määrittelemään tarkasti »vastuun perustavan aiheuttamisen» piiriä. Manner-Euroopassa perinteisen kausaalisuustutkimuksen huippu ajoittuu 1800-luvun viime vuosikymmenistä 1930-luvun alkuun. On tuskin sattumaa, että tuolloin oli vallalla suhteellisen naturalistinen käsitys ihmisen toiminnasta.

Viime vuosisadan lopulta lähtien olivat kausaalisuustutkimusta sävyttäneet monet oppiriidat, joista ankarimmat koskivat suhtautumista teoriaan niin sanotusta adekvaattisesta kausaalisuudesta. Osa kirjoittajista (mm. v. Liszt) asettui jyrkästi vastustamaan uutta v. Barin ja erityisesti v. Kriesin kehittelemää

---

[1] Hyviä katsauksia perinteisiin kausaalisuusoppeihin sisältävät paitsi mainittu Honkasalon Kausaalisuuskysymys rikosoikeudessa 1933, Sipilä, Deliktiperusteisen vahingonvastuun rakenne Suomen varallisuusoikeutta silmälläpitäen 1936 sekä Hart—Honoré, Causation in the Law, 2. uudelleen toimitettu laitos 1985 s. 431 ss.

ajatussuuntaa pitäytyen v. Burin muotoilemaan edellytys- eli ekvivalenssiteoriaan (myös: conditio sine qua non -teoria).[2]

Kausaalisuuden edellytysteorian mukaan jokainen ilmiön syntyedellytys on myös sen syy, joten syysuhde voidaan ymmärtää abstraktis-loogisesti. Nimitys ekvivalenssiteoria johtuu siitä, että tahdotaan korostaa ilmiön syntyedellytysten loogista samanarvoisuutta suhteessa toisiinsa. Kaikki tapahtuman edellytykset ovat näin ajatellen myös relevantteja tapahtuman synnyn suhteen.

Adekvaattisuusteorian (-teorioiden) perusajatuksena on tuon oletetun edellytysten samanarvoisuuden kyseenalaistaminen viittaamalla yleiseen elämänkokemukseen. Edellytysteorian hankaluutena oli kysymykseen tulevien kausaalisuhteiden laajeneminen kaikkiin suuntiin, minkä vuoksi se ei voinut vastata tavallista käsitystä syysuhteista. Relevantti kausaalisuus uhkasi käsitteenä laajeta liiaksi. Syy-yhteyden käsitteellisesti immanenteista piirteistä etsittiin keinoja rajoittaa relevanttia syy-yhteyttä, mutta ne johtivat vaikeasti määriteltäviin metafyysis-spekulatiivisiin käsityksiin syy-yhteydestä »vaikutusyhteytenä» tai vastaavana. Honkasalo hylkää kyseisen ajatussuunnan pyrkien tarvittavaan rajoitukseen kokemusperäisen kriteerin avulla.

Kokemusperäisen syy-yhteyden relevanssia osoittavan kriteerin tarvetta osoittaa klassinen esimerkki, jossa murhaajan isä on tosin siittänyt poikansa, mutta se ei kuitenkaan ole voinut olla pojan tekemän murhan täytäntöönpanotoimi, vaikka onkin sen välttämätön edellytys.[3] Siittäminen ei yleisen kokemuksen mukaan vielä johda murhaan. Adekvaattisuusteoriassa otetaankin lähtökohdaksi käsitys, että kausaalisesti relevantteja ovat ne edellytykset, jotka kokemusperäisesti edistävät seurauksen syntymistä.

V. Kriesin mukaan adekvaattisuus arvioidaan todennäköisyyden perusteella. Teon ja seurauksen suhde on adekvaattinen kausaalisuhde, jos suhde ei ole satunnainen, siis jos seurauksen syntymiseen on teon vuoksi ollut objektiivinen mahdollisuus. Arvo Sipilän sanoin: objektiivisesta mahdollisuudesta, joka on tietyssä suhteessa seuraukseen, tulee oikeudellisesti relevantin adekvaattisen syy-yhteyden ilmaisija.[4]

---

[2] Klassisia kirjoituksia ovat mm. v. Bar, Die Lehre vom Causalzusammenhang im Rechte, besonders im Strafrechte 1871; v. Buri Ueber Causalität und deren Verantwortung 1873 ja v. Kries, Über die Begriffe der Wahrscheinlichkeit und Möglichkeit und ihre Bedeutung im Strafrecht, ZStW 9 (1889).

[3] »Murhatunnusmerkistön mukaisen täytäntöönpanotoimen olisi suorittanut myöskin murhaajan isä, koska hän siittämällä murhaajan on asettanut seurauksen syntymiselle välttämättömän edellytyksen. Rikosoikeudellinen vastuu häntä tosin ei kohtaisi, mutta puhtaasti kausaalisessa suhteessa hän olisi murhan tekijä.» Yleiset opit I s. 118.

[4] Sipilä, mt. s. 69.

Saksalaisessa oikeuskäytännössä adekvaattisuusteoria löi itsensä läpi siviilioikeuden puolella jo vuosisadan vaihteeseen mennessä. Rikosjutuissa Reichsgericht sen sijaan sovelsi ekvivalenssiteoriaa. II maailmansodan jälkeen on joissakin poikkeuksellisissa rikostapauksissa sovellettu adekvaattisuusteoriaa, mutta ekvivalenssiteoria on edelleen vallitseva.[5] Adekvaattisuusteoria ei ole jäänyt elämään kausaalisuusteoriana, sitä vastoin muuntuneena syyksilukemisopiksi sen merkitys on edelleen keskeinen.[6] Palaan tähän tuonnempana.

Ekvivalenssiteorian mukaan kausaalisuhde ymmärretään suurin piirtein seuraavasti: seuraus on aiheutunut konkreettisesta teosta, jos tuomari ajatuskokeessa toteaa sen olleen seurauksen syntymisen välttämätön edellytys. Toisin sanoen: jos tekoon ei olisi ryhdytty, seuraustakaan (sellaisenaan) ei olisi syntynyt. Ekvivalenssiteorian merkitys on paljolti siinä, että se otetaan lähtökohdaksi adekvaattisuusteorioissakin.

Adekvaattisuusteorioita esiintyi useassa muodossa. Honkasalo ryhmitteli niitä seuraavasti: subjektiivinen adekvaattisuusteoria (v. Kries), objektiivinen adekvaattisuusteoria (Rümelin) sekä välittävät kannat (Traeger, v. Hippel).[7] Subjektiivinen suuntaus lähti arvioinnissa niiden seikkojen merkityksestä, jotka tekijä oli tuntenut tai voinut tuntea, joten kausaalisuus ja subjektiivinen syyksilukeminen (syyllisyys) lähenivät toisiaan. Objektiivisen adekvaattisuusteorian mukaan objektiivinen mahdollisuus on arvioitava kaiken todellisuudesta saatavan tiedon pohjalta kuitenkin poislukien sellaiset teon jälkeen sattuneet seikat, joita teon hetkellä ei ollut mahdollista arvata. Honkasalon mielestä Rümelinin kanta lähenee conditio sine qua non -teoriaa. Ex ante mahdollisuus arvioidaan ex post saatavan tiedon varassa.

Tämän sinänsä vähemmän havainnollisen kahtiajaon välimaastoon sijoittuvat Traegerin ja v. Hippelin kannanotot. Traegerin mukaan kausaalisuusarvioinnin perustaksi on asetettava tiedot tosiseikoista, jotka korkeinta tietämisen tasoa edustava henkilö on siinä tilaisuudessa voinut tuntea tai jotka erityisesti tekijälle ovat olleet tunnetut. Vastaavasti v. Hippelin kannan mukaan syysuhteen vallitsemista koskeva arvio perustetaan tekijän tekotilaisuudessa tuntemiin tosiseikkoihin täydennettynä niillä, jotka silloin on järkevästi ajatellen voitu tuntea.

Honkasalo omaksuu välittävän kannan muotoillen käsityksensä siten, että kausaalisuusarvioinnin perustaksi on pantava tieto seikoista, jotka tekotilaisuudessa on voitu tuntea, samoin kuin seikoista, jotka tekijä erityisesti on tun-

[5] Jescheck, Lehrbuch des Strafrechts, Allgemeiner Teil, 4. Auflage 1988 s. 251—252.

[6] Ks. esim. mt. s. 257 ss.

[7] Kausaalisuuskysymys s. 144 ss.

tenut. Traegerin käsityksestä poiketen on käytännön elämässä Honkasalon mukaan tyydyttävä, korkeinta tietämisen tasoa edustavan henkilön käsitysten sijasta, tuomarilla olevaan tietoon tarvittaessa asiantuntijoiden tiedolla täydennettynä.[8]

Näiden muotoilujen virheellisyyttä ovat kulloisetkin vastustajat pyrkineet todistamaan riemukkailla vastaesimerkeillä. Jo ensi katsomalta on ilmeistä, että käsitykset muistuttavat toisiaan enemmän kuin niille annetut nimet antavat olettaa. V. Kries ei pitäydy täysin tekijän subjektiivisissa käsityksissä (...tekijä on tuntenut tai voinut tuntea), eikä Rümelin objektiivisesti tunnetuissa seikoissa (...poislukien sellaiset teon jälkeen sattuneet seikat, joita teon hetkellä ei ole ollut mahdollista arvata). Selityksenä tälle on tietysti se, että kumpikin joko/tai -vaihtoehto johtaa epätyydyttäviin tuloksiin. Tekijän todellisen tiedon varaan rakentuva malli sulkisi vastuun mahdollisuuden pois, jos siinä oli puutteita. Objektiivisesti ex post arvioiden taas mahdollisuus lienee aina olemassa: mikä on todellista, on mahdollista. Silloin adekvaattisuusnäkökohdan merkitys vähenee sen vuoksi, ettei se toteuta tehtäväänsä, vastuun järkevää rajoittamista.

Seurauksen todennäköisyyttä ex ante ei voida määritellä täysin objektiivisesti, mikä johtunee siitä, että on kysymys tietyn teon vaikutusten arvioinnista. Tekoja ei ole sellaisenaan valmiina missään objektien maailmassa. Teolle ei voida antaa täysin objektiivista merkitystä. Kuten myöhemmin huomataan, on kyse myös teon ja seurauksen kuvauksen yleisyysasteesta. Täydelliseen objektiivisuuteen ei ole mieltä pyrkiä, mutta toisaalta tekijällä olevien tietojen ottaminen arvion lähtökohdaksi taas suosii huolimatonta ja tietämätöntä tekijää. Tietämättömyys katkaisisi jo teon ja seurauksen suhteen kausaalisuuden, koska suhde ei olisi adekvaattinen.

Tekijän »oikeanlaisen» vastuun määrittely edellyttääkin subjektiivisesti tekijän tuntemien ja objektiivisesti tunnettavissa olevien seikkojen sopivaa yhdistelmää, jollaisia kaikki edellä mainitut »teoriat» pyrkivät olemaan. Tapahtumia ei voida katsoa vain ex ante tai ex post, vaan niitä on katsottava molemmilta näkökannoilta. Siksi teoriat näyttävät jossakin määrin samanlaisilta.

Ei tarvita suurta mielikuvitusta sen arvaamiseksi, miksi kausaalisuusoppiin kätkeytyy »subjektiivisen» ja »objektiivisen» keskinäinen jännite: kysymys on tyypillisestä tuottamukseen kiinteästi liittyvästä seikasta. Tuottamusarvion perustaksi tarvitaan objektiivis-luontoinen standardi, jota täydennetään toisella, tekijän kyvyt huomioon ottavalla standardilla. Objektiivinen toimintastandardi on välttämätön, jotta rikosoikeudelliset normit olisivat yleisiä käyttäy-

[8] Mt. s. 152—154.

tymistä koskevia normeja. Objektiivisen rinnalle tarvitaan subjektiivinen standardi, jotta voidaan tehdä oikeutta ihmisten toisiinsa nähden eriasteiseen mahdollisuuteen noudattaa normeja. Ja näyttää siltä, että tällaisiin standardeihin pyritään ensi kertaa kausaalisuusdoktriinissa. Tämä käy ilmi esimerkiksi, kun katsotaan adekvaattisuusteorioiden koetinkiviksi esitettyjä oikeustapauksia. Otan niistä vain yhden esimerkin.

> Eräs mies nimeltä Thomas oli v. 1875 Loydyhtiön laivaan lastattavaksi jättänyt laatikon, jonka hän oli ilmoittanut sisältävän kaviaaria, mutta joka sisälsikin erittäin voimakasta räjähdysainetta. Laivaan nostettaessa laatikko putosi katukivitykselle ja räjähti, jolloin noin sata ihmistä sai surmansa ja useita laivoja vahingoittui.

Honkasalo sanoo tapauksesta käsityksenään, että jos oletamme culpan laatikon putoamisen suhteen jäävän lastaustyömiesten ja lastausta valvovien laivamiesten syyksi, ovat he vastuussa vahingoista »sikäli kuin räjähtäminen ja siitä johtuvat vahingot ovat varomattoman käsittelyn adekvaattisia seurauksia».[9]

Kyse on siis siitä, mistä varomattoman käsittelyn kausaalisista seurauksista tekijöiden tulisi vastata eli, niin kuin nykyisin sanottaisiin, huolellisuusvelvollisuuden rikkomisen kausaalisesta relevanssista. Toisaalta asian voi nähdä niinkin, että kysymys on itse huolellisuusvelvollisuuden sisällöstä: oliko laatikon pudottaminen huolimatonta siihen nähden, mitä siitä oli seurauksena. Culpaa ei ehkä voidakaan suorastaan olettaa.

Tekijöiden vastuun määrittelyn kannalta adekvaattisuusperiaate saa erityistä merkitystä vain tietyissä poikkeustapauksissa. Adekvaattisuusperiaate on Honkasalon mukaan ratkaisevassa asemassa siinä tapauksessa, että tekijöiden vastuu olisi ankaraa seurausvastuuta, koska silloin tekijät vastaavat tahallisen rikostekonsa kausaalisista seurauksista niiden adekvaattisuuden eli objektiivisen arvattavuuden rajoissa. Muissa tapauksissa tuottamusarvioinnin perustaksi on pantava tekijän mukaan määräytyvä mittapuu. Silloin kausaalisuusopin adekvaattisuusperiaatetta täydentää subjektiivisen standardin mukainen tuottamusarvio.[10]

Subjektiiviseksi ymmärretyn tuottamuksen suhde adekvaattisuusperiaatteeseen käy ilmi seuraavasta, kun Honkasalo käsittelee itsetiedotonta tuottamusta. Tuottamusmoite perustuu hänen mukaansa siihen, että tekijä on syypää tekoon, jonka tosiasiallisen luonteen ja soveltumattomuuden yhteiskunnan etui-

[9] Kausaalisuuskysymys s. 148—149.

[10] »Objektiivisesta arvattavuudesta» ja subjektiivisesta tuottamuksesta ks. myös Honkasalo, Syyllisyydestä riippumaton seurausvastuu rikosoikeudessamme s. 484—485.

hin hän olisi voinut ja hänen olisi pitänyt havaita. Edellisessä mittapuu on subjektiivinen, jälkimmäisessä objektiivinen. Objektiivisuus liittyy pitämiseen.

Selvitettyään tuottamuksen perustavien huolellisuusnormien määrittämistä ja erityisesti tekijää koskevien seikkojen huomioon ottamista häneen kohdistettavan moitteen perustana (velvollisuus »leiviskänsä» käyttämiseen »sosiaaliseettisen ihmisen tavoin»), Honkasalo lausuu, ettei itsetiedottomaan tuottamukseen »riitä velvollisuudenvastainen suhtautuminen sinänsä, vaan siihen vaaditaan, että sattunut seuraus on ollut velvollisuudenvastaisen suhtautumisen tulos, sekä että sellainen seuraus on ollut tekijän arvattavissa. Jos seuraus olisi ollut sama, vaikka suhtautuminen olisi ollut velvollisuudenmukainen, velvollisuudenvastaisuus on kausaalista merkitystä vailla. Seuraus taas on ollut arvattavissa, jos tekijä olisi voinut sen havaita käyttämällä yksilöllisiä kykyjään yhteiskuntaeettisessä suhteessa moitteettoman kansalaisen tavoin. Viimeksi mainittua kysymystä ratkaistaessa ei siis voida lähteä siitä, mitä yleisen kokemuksen mukaan on voitu pitää arvattavana, vaan ratkaisu on tehtävä tekijän mahdollisuutta... silmällä pitäen.»[11]

Kausaalisuusopin adekvaattisuusperiaate rajaa siis ikään kuin rikoksen rakenteen objektiivisella puolella ensimmäisen kerran teon ja seurauksen suhdetta, ja varsinaisesti tekijää koskevat mittapuut tulevat käyttöön tuottamusopissa. Normatiivisen kysymyksen rakenne on samanlainen kummassakin tapauksessa, mittapuut vain eroavat. Adekvaattisuusperiaate edustaa näin katsottuna jonkinlaista »objektivoitua tuottamusta», ja sen asettamat velvollisuudet, jos sellaisista voi puhua, ovat jonkinlaisia yleisiä, objektiivisia huolellisuusvelvollisuuksia. Vastakkain ovat ihmisten tavanomainen toimintavapaus, yksityisautonomia, ja oikeusjärjestyksen säätämät velvollisuudet. Adekvaattisuusperiaate on selvästi ensi askel näiden velvollisuuksien määrittymisessä.

Adekvaattisuusperiaate ei ole ainoa elementti objektiivisten huolellisuusvelvollisuuksien määräytymisessä. Honkasalon tuottamusopissa esiintyvien objektiivisten huolellisuusstandardien asema tosin jää hieman epäselväksi. Varsinaisissa objektiivisissa huolellisuusstandardeissa on nimittäin punnintaelementti, mikä mahdollistaa eräiden nykyisin sosiaaliadekvanssina tunnettujen tilanteiden huomioon ottamisen jo näissä suhteellisen epämääräisissä standardeissa. Tarkoitan tilanteita, joissa »yhteiskunnan tahto» ja intressit joutuvat vastakkain yksilön sinänsä usein hyväksyttävienkin päämäärien kanssa. Vasta, jos joku »positiivisten päämääriensä tavoittelussa laiminlyö yhteiselämän vaatimusten huomioimisen normaalisen ylittävässä määrässä, häntä kohtaa moite

[11] Yleiset opit II s. 122—123.

oikeusjärjestyksen taholta». Standardien perustana oleva »elämän laki» hyväksyy jonkinasteisen riskinoton, jos tekijän yksilölliset päämäärät ovat erityisen hyviä. Tästä syystä objektiivisesti sallituksi katsottavan riskinoton määrä vaihtelee ja on kiinni viime kädessä lainkäyttäjän suorittamista harkinnoista.[12]

Adekvaattisuusperiaate tulee esiin rikoksen rakenteessa kahdessa muussakin yhteydessä: ensinnäkin kun pohditaan sitä, miten ratkaistaan tekijän tahallisuuden ulottuminen teolla aiheutettuihin kausaalikulkuihin sekä toiseksi yritysopin objektiivisella puolella. Tahallisuuteen ei Honkasalon mukaan kuulu tietoisuus kausaalisuuden konkreettisesta kulusta — se tietysti poissulkisi tahallisuuden hyvinkin usein — mutta rikosoikeudelliselta vastuulta on kuitenkin edellytettävä, että »kausaalisuuden kulku, joskaan ei tekijälle itselleen, kuitenkin on ollut ex ante objektiivisesti arvattavissa».[13] Näin käsitellään esimerkiksi tilanne, että A on heittänyt B:n sillan kaiteen yli tarkoituksessa hukuttaa hänet, mutta B putoaakin kiviseen silta-arkkuun ja murskautuu kuoliaaksi.

Yritysopissa yrityksen rangaistavuuden edellytyksenä on teolla aiheutettu konkreettinen vaara seurauksen syntymisestä. Vaaran käsitteellä on puolestaan paljolti samanlainen sisältö kuin adekvaattisuusperiaatteella. Honkasalo sanookin, että sitä, mitä yritysopissa sanotaan vaaraksi, kutsutaan kausaalisuusopissa adekvaattisuudeksi.[14]

Tässä kirjoituksessani keskityn Honkasalon kausaalisuusopin pääkohtiin, enkä käsittele rikosoppia kaikilta piirteiltään. Joitakin kytkentöjä moderniin rikosoikeusdogmatiikkaan tulen esittämään. Tarkastelun painopiste on kausaalisuhteen rikosoikeudellisessa relevanssissa ja adekvaattisuusperiaatteen keskeisessä tehtävässä rikoksen rakenteen koossapitävänä voimana.

---

[12] Ks. Yleiset opit II s. 79—80. Mt. s. 120 ilmaistaan sama asia: »Tuottamusmoite ei voi missään tapauksessa kohdata seurauksen aiheuttajaa, ellei normaalista huolellisuutta ole laiminlyöty. Keltään ihmiseltä... ei voida vaatia suhtautumisessaan enempää kuin normaalista huolellisuutta ja varovaisuutta. Kuinka korkeat vaatimukset mainituissa suhteissa on asetettava, sen määräävät *elävän elämän lait* (kursiv. tässä). Pelkästään se seikka, että toiminta sisältää vaaran toisten intresseille, ei velvoita siitä pidättäytymään, jos toiminta on yhteiskunnan hyväksymä. On paljon toimintoja, joiden vaarallisuus muiden eduille on ilmeinen, mutta jotka siitä huolimatta ovat luvalliseksi katsottavat.» Elävän elämän laeilla puolestaan voidaan tarkoittaa tavanomaisoikeudellisia normeja, yleisesti hyväksyttyä tapaa tai eräissä tapauksissa suoraan julkisen vallan antamia normeja. Sosiaaliadekvanssista yleisesti ks. Jareborg, Brotten I s. 248 ss.

[13] Oman tarkastelunsa vaatisi sen selvittäminen, minkä vuoksi tahallisuus on perusteltua kytkeä juuri adekvaattisuusperiaatteeseen.

[14] Yleiset opit II s. 159.

2. Milloin kausaalisuhde on juridisesti relevantti?

Honkasalon mukaan kestävimmäksi ja käytännön tarpeita tyydyttävimmäksi kausaalisuusteoriaksi on osoittautunut niin sanottu conditio sine qua non -teoria, jonka mukaan jokainen seurauksen syntymiselle välttämätön edellytys on kausaalinen. Sen perustana on John Stuart Millin kausaalisuusmääritelmä, jonka mukaan kausaalisuus on ilmiöiden välttämättömän ja muuttumattoman seuraannon suhde.[15]

Syysuhteen teoreettisella määrittelyllä Millin tapaan ei kuitenkaan saavuteta suurta edistystä, sillä siihenkin liittyy ongelmia. Mill liitti kausaalisuuden vain tapahtuman ehtojoukkoon kokonaisuudessaan, ei sen yksittäisiin edellytyksiin. Mutta rikosoikeudessa tahdotaan tietysti sanoa, että juuri jokin tietty teko oli tietyn seurauksen syynä, eivät sen sijaan muut teot ja olosuhteet.

Honkasalon mielestä Millin kausaalisuuskäsitettä onkin modifioitava siten, että kaikki seurauksen syntymisen edellytykset ovat myös sen syitä, joten yksittäistäkin edellytystä voidaan sanoa seurauksen syyksi. Toimitaan siis siten, että aluksi määritellään »luonnollinen kausaliteetti» mahdollisimman laajasti, minkä jälkeen korostetun rikosoikeudellisessa tarkastelussa yritetään jälleen rajata tuota aluetta, rikosoikeudellisen vastuun lähtökohtaista piiriä, tarkoituksen- ja oikeudenmukaiseksi, ja määrittää näin rikostunnusmerkistöjen kannalta relevantti kausaalisuus. Askel luonnollisesti kausaliteetista rikosoikeudellisesti relevanttiin kausaalisuhteeseen on olennaisen tärkeä. Koska luonnollisen syy-yhteyden vallitseminen usein on suhteellisen ongelmatonta, tulee pääkysymykseksi sen selvittäminen, milloin luonnollinen syy-yhteys on rikosoikeudellisesti relevantti.

Mainittua siirtymää kuvaa hyvin Honkasalon toteamus: »Kun kausaaliyhteys on rikosoikeudellinen kysymys ainoastaan sen seikan selvittämiseksi, mil-

---

[15] Viittaus Milliin on tässä yhteydessä oikeastaan hieman harhaanjohtava, sillä ns. kausaalisuuden ekvivalenssiteorian kehittäjä v. Buri ei tuntenut Millin kirjoituksia. Ks. esim. Mezger, Strafrecht, Ein Lehrbuch, 2. painos 1933 s. 113 sekä Hart—Honoré, mt. s. 442 ss. ja s. 21 av 16. V. Buri ajatteli kausaliteettia vielä jonkinlaisena »voimien» vaikutuksena. Hän kirjoittaa (viitteessä 2 mt. s. 1): »Will man den Causalzusammenhang einer concreten Erscheinung ermitteln, so muss man in geordneter Reihenfolge sämmtliche Kräfte feststellen, welche für die Entstehung der Erscheinung irgend eine Wirksamkeit geäussert haben. Die ganze Summe dieser Kräfte ist dann als die Ursache der Erscheinung anzusehen. Mit demselben Rechte lässt sich aber auch jede einzelne deiser Kräfte für sich allein schon als die Ursache der Erscheinung betrachten, denn die Existenz derselben hängt so sehr von jeder Einzelnkraft ab, dass, wenn man aus dem Causalzusammenhang auch nur eine einzige Einzelnkraft ausscheidet, die Erscheinung selbst zusammenfällt.»

loin ihmisen teko on katsottava olevan sellaisessa suhteessa rikosoikeudellisesti merkityksellisiin tapahtumiin, että rangaistuksen käyttäminen voi tulla kysymykseen, rikosoikeudellinen kausaalisuustarkastelu kohdistaa huomionsa luonnollisiin tapahtumasarjoihin ainoastaan sikäli kuin niillä on rikosoikeudellinen relevanssi.» Relevanssi rikosoikeuden kannalta on puolestaan selvitettävissä tarkastelemalla tapahtuman suhdetta rikostunnusmerkistöön. »Kausaalisuuden toteaminen tapahtuu siten, että kausaalisessa suhteessa tarkastelun alaiseksi otettu inhimillinen teko ajatellaan poistetuksi antecedentioiden joukosta. Jos sen poistaminen aikaansaa seurauksen muuttumisen rikosoikeudellisesti relevanttina tapahtumana, on kausaaliyhteys katsottava olevan olemassa.»

Ajatuksena siis on lähteä liikkeelle tapahtumaketjun loppupäästä, syntyneestä tunnusmerkistönmukaisesta seurauksesta, joka lähtökohtaisesti on rikosoikeudellisesti relevantti, ja tarkastella sen syntyyn vaikuttaneita inhimillisiä tekoja ja laiminlyöntejä. Tarkasteluperspektiivi on retrospektiivinen, seurauksesta syyhyn. Tähän tapaan liittyy usein esitettynä kritiikkinä kuitenkin se ongelma, että ajatuskokeella voidaan todistaa vain jo oletettu kausaalisuhde. Ellei tapahtumienkulkua tunneta, ellei siis seurauksen syntytapaa lainkaan ole selitetty, ei siihen tuo ajatuskoekaan selvyyttä.

Kuitenkin seurauksen rikosoikeudellinen relevanssi selvästi vaihtelee sen mukaan, millainen selitys seurauksen syntyyn esitetään. Ajatellaan vaikka, että henkilö A löydetään metsästä kuolleena. Kuolinsyytä ei tunneta. Voisi olla kysymys siitä, että joku on tahallaan surmannut A:n tai huolimattomuudellaan toteuttanut jonkin RL 21 luvun erityistunnusmerkistöistä. Toisaalta A on voinut vain saada sairaskohtauksen tai joutua salamaniskun yllättämäksi. Tämä yksinkertaistettu esimerkkikin kertoo sen, että tapahtumienkulun selittäminen ja rikosoikeudellisen vastuun näkökulma liittyvät toisiinsa tavalla tai toisella. Onkin aina ensin tiedettävä, mikä on seurauksen syntytapa, ennen kuin voidaan pohtia seurauksen rikosoikeudellista relevanssia, ja kytkeä sen syntyminen johonkin rangaistavaan tekoon.

Honkasalon kausaalisuusopissa ei siis ole kysymys varsinaisesti siitä, että tapahtumille etsittäisiin selityksiä. Kausaalisuusongelmien taustalla eivät, ainakaan yksinomaan, ole tosiseikkoja koskevat tiedolliset epäselvyydet.[16] Sen

[16] Vrt. kuitenkin Kausaalisuuskysymys s. 57—58, jossa annetaan esimerkkejä tiedollisista ongelmista. Ratkaisuksi esitetään in dubio pro reo -sääntöä tai turvautumista tässäkin todennäköisyysarvioon.

Wolfgang Naucke on arvostellut perinteistä tapaa tarkastella rikosopin kysymyksiä juuri siitä, että tiedolliset ongelmat kuvitellaan eliminoiduiksi. Ei kysytä, millä perusteilla rikok-

sijaan lähdetään siitä, että näyttökysymykset on pohdittavina olevien tapausten osalta jo ratkaistu, ennen kuin aineellis-oikeudellista vastuukysymystä ryhdytään ratkomaan. Eräässä mielessä kuitenkin juuri jutun faktojen ja tapahtumienkulun selvittäminen ja selittäminen on yhteys, jossa puhtaimmillaan on kyse kausaliteetin ongelmista. Epäilemättä tämänkin jälkeen jää vielä kussakin tapauksessa pohdittavaksi se, tulisiko kulloisenkin vahingonaiheuttajan joutua teoistaan myös vastuuseen. Tämän jälkimmäisen kysymyksen ratkaisun yhteys juridisiin sääntöihin, doktriineihin ja arvostuksiin on ilmeinen. Toisin on silloin, kun tarkastellaan syy-yhteyttä yksinomaan selityskontekstissa, selvitettäessä tapahtumienkulkua. Kausaliteetin ja sen juridisen relevanssin erottamisesta on hyötyä tämän korostamiseksi.

Erottelu on tuttu esimerkiksi Hartilta ja Honorélta. He jakavat syy-yhteysongelmat kahteen epäselvyystyyppiin, joista ensimmäisessä on kyse selittämisestä, jälkimmäisessä attribuutiosta.[17] Niin kuin edellä esitettiin, edellisessä on epäselvyyttä tapahtumien kulusta. Vastaavasti attribuution ongelmat ovat sen luontoisia, että tapahtumien kulku tosin tunnetaan, mutta vallitsee epäselvyyttä sen suhteen, onko joidenkin henkilöiden toiminta tai laiminlyönti sellaisessa suhteessa vahinkoon, että vahingon voi sanoa siitä aiheutuneen.

Hartin ja Honorén esitystä voi luonnehtia siten, että kirjoittajat näkevät näiden kahden epäselvyystyypin keskinäisen yhteyden. Selittäviksi syiksi kelpaavat sellaiset edellytykset, jotka tavalla tai toisella muistuttavat aiheuttamisen perustyyppiä, inhimillistä toimintaa tietoisena muutosten aikaansaamisena maailmassa. Selityskontekstissa rajataan kausaalisiksi syiksi kutsuttavien edellytysten joukkoa etsimällä niiden joukosta »manipulatiivisen» syyn kaltaista epänormaalia edellytystä tai inhimillistä toimintaa. Vastaavasti pohdittaessa sitä, onko henkilö A moraalisesti tai oikeudellisesti vastuussa tietystä vahingosta, etsitään analogiaa perustapaukseen eli tahalliseen aiheuttamiseen, johon normaalisti aina liitetään myös tekijän vastuu.[18] Attribuutio-ongelmissa

---

sen väitetään tapahtuneen, vaan tapahtumienkulku suoraan oletetaan tunnetuksi. Tällainen »yleinen rikosoppi» ei Naucken mukaan ole realistinen. Modernissa saksalaisessa rikosoikeustieteessä korostetaankin rikosoikeuden läheistä suhdetta rikosprosessioikeuteen. Tärkeää on siis myös se, miten oikeudenkäynnin kannalta relevantti tieto muodostuu; Grundlinien einer rechtsstaatlich-praktischen allgemeinen Straftatlehre 1979 s. 23 ss.; s. 36.

[17] Hart—Honoré, Causation in the Law, 2. Ed. 1985 s. 24; ks. myös Honoré, Die Kausalitätslehre im angloamerikanischen Recht im Vergleich zum deutschen Recht, ZStW 69 (1957) s. 104 ja siinä viitattu. Jaottelun on omaksunut myös Jareborg, Brotten, första häftet, grundbegrepp, brotten mot person 1984 s. 143—144.

[18] Tavallaan kysymys on jo Honkasalon kritisoimasta projektista hakea rajoitusta relevantille kausaalisuudelle kausaalisuuden immanenteista elementeistä. Hartin ja Honorén

on tyypillisesti kyse tilanteista, joissa tapahtuman syntyyn on tietyn henkilön menettelyn lisäksi vaikuttanut toinen sellainen seikka, jota niinikään voitaisiin pitää vahingon syynä. Tällainen seikka voi olla joko toisen henkilön toiminta tai laiminlyönti taikka poikkeuksellinen väliintullut luonnontapahtuma. Miten attribuutio sitten ratkaistaan? Mikä ratkaisee kausaalisuhteen rikosoikeudellisen relevanssin?

Edellä jo selvitettiin, että luonnollisen kausaliteetin osalta ekvivalenssiteorian mukainen käsitys syystä välttämättömänä edellytyksenä johtaa syyn käsitteen hyvin laajaan tulkintaan. Tällaisen kausaalisuusteorian heikkoutena onkin Honkasalon mukaan, ettei sen avulla ole mahdollista asettaa oikeustajunnan mukaista rajaa vastuulle. Rikosoikeudessa ei siksi voida tarkoittaa aiheuttamisella näin ymmärrettyä kausaalisuutta, eikä rikostunnusmerkistö täyty yksin tällä perusteella.

Honkasalon mukaan on ponnisteltu sellaisen kriteerin löytämiseksi, jonka avulla voitaisiin erottaa muista edellytyksistä ne, jotka »positiivinen rikosoikeus tunnustaa vastuun perustamiseen kelpaavaksi». Tällainen kriteeri on saatu adekvaattisuusnäkökohdasta, joka »saa oikeutuksensa ajatuksesta, että ketään ei voida panna vastuuseen muista kuin sellaisista tekonsa seurauksista, jotka yleisen kokemuksen mukaan ovat arvattavissa ja jotka siis voidaan inhimillisesti katsoen ottaa lukuun jo teon hetkellä.»[19] Honkasalon kanta siis on, että vasta adekvaattinen teon syysuhde seuraukseen täyttää kausaalisuusvaatimuksen osana teon tunnusmerkistönmukaisuutta.[20]

---

teoria muistuttaa jossakin määrin esimerkiksi Birkmeyerin käsityksiä. Ks. siitä esim. Kausaalisuuskysymys s. 43—47. Kausaalisuuden ekvivalenssiteoriaa kritisoitiin usein siitä, että teonsanoja käytetään ilmaisemaan kausaalisuhteita jossakin rajatummassa merkityksessä. Engischin mukaan Beling oli 1931 pitämässään esitelmässä sanonut ekvivalenssiteorian olevan »lähtöisin käsitetaivaasta»; Die Kausalität als Merkmal der strafrechtlichen Tatbestände 1931 s. 39.

[19] Yleiset opit I s. 118.

[20] Varhaisemmassa tuotannossaan Honkasalo tahtoi erottaa kausaalisuusopin kysymyksestä teon tunnusmerkistönmukaisuudesta. Ks. esim. Kausaalisuuskysymys s. 162—166. Lienee kuitenkin ilmeistä, että kausaalisuusopin katsottiin kuuluvan osaksi oppia teon tunnusmerkistönmukaisuudesta. Vaikka Honkasalo ei suoraan otakaan kantaa tähän, saattaisi hän tarkoittaa kausaalisuusopin kuuluvan myös oppiin »rikoksesta inhimillisenä tekona»; Yleiset opit I s. 103—108. Tekoon laajassa mielessä kuuluu teko suppeassa mielessä ja siihen syy-yhteydessä oleva seuraus.

Honkasalo käyttää Pekka Koskisen mukaan tunnusmerkistön käsitettä kolmessa merkityksessä: 1) yleinen tunnusmerkistö eli kaikille rikoksille yhteinen, rikoksen muodostavien perusaineosien kokonaisuus; 2) erityiset rikostunnusmerkistöt eli erityiset laissa määritellyt rikostyypit objektiivisine ja subjektiivisine kriteereineen; ja 3) vääryystunnusmerkistöt eli rangaistussäännöksissä määritelty vääryys. Rikoksen yleisestä rakenteesta s. 22.

Honkasalo onkin koettanut osoittaa adekvaattisuusnäkökohdan voimassaolevaksi oikeudeksi viittaamalla seurauksen kvalifioimiin rikoksiin.[21] Lainsäätäjän tulee edellyttää seurauksen kvalifioimissa rikoksissakin seuraukselta ennalta arvattavuutta, koska oikeusjärjestys ei voi tunnustaa relevantiksi kausaaliyhteyttä, ellei teko ole ollut siinä määrin seurauksen syntymistä edistävä, että seurauksen syntymisen mahdollisuus voidaan ottaa huomioon käytännön elämässä.

Adekvaattisuusteorioiden perusajatuksena siis on, että oikeudellisesti relevantin kausaaliedellytyksen tulee edistää kokemusperäisesti seurauksen syntymistä. Sen tulee aikaansaada vaara seurauksen syntymisestä. Milloin sitten on kyse adekvaattisesta seurauksen edistämisestä? Mikä on adekvaattisuuden kriteerinä?

Honkasalon mukaan adekvaattisuutta ei voida täsmällisesti määritellä. Adekvaattisen ja inadekvaattisen välille ei voida vetää muuta rajaa »kuin minkä yleinen elämänkokemus asettaa. Seuraus ei ole adekvaattinen, jos mahdollisuus sen syntymiseen on niin pieni, ettei sitä elämän lain mukaan voida huomioonottaa.»[22] Adekvaattisuusnäkökohdan kaksi piirrettä tulevat näin kauniisti yhteen: juuri se, että edellytys kokemusperäisesti edistää seurauksen syntymistä, on syynä siihen, että seurauksen syntyminen on ennalta arvattavissa ja huomioon otettavissa.

Adekvanssin taustalla on tietynlainen teon ja seuraukseen johtaneen kausaalikulun, seuraannon, yleistävä tarkastelu. Sekä teko että seuraus on abstrahoitava, kuvattava. Tähän puolestaan liittyy joitakin ongelmia. Jos »kausaalisia realiteetteja» tarkasteltaisiin konkreettisina ilmiöinä, päädyttäisiin Honkasalon mukaan aina siihen, että todettaisiin seurauksen syntymisen olleen välttämätöntä. Sen vuoksi on siirryttävä yleistävään tarkasteluun. Konkreettisten ilmiöiden suhteen tehdään siis deterministinen lähtöoletus — »pohjimmaltaan ilmiöt seuraavat välttämättömiä luonnonlakeja» — ja se puolestaan vaatii siirtymistä yleisemmän kuvauksen tasolle, jotta voidaan tehdä oikeutta sille käytännön elämässä yleiselle käsitykselle, että seuraus olisikin voinut olla toinen kuin se jossakin konkreettisessa tapauksessa on ollut.[23]

Mutta miten kausaalisten realiteettien abstrahointi sitten on tehtävä? Miten pitkälle yleistämisessä mennään? Tässä törmätään ongelmiin. Ajatuksena

---

[21] Mt. s. 118—119; Kausaalisuuskysymys s. 159 ss. Syyllisyydestä riippumaton ns. seurausvastuu on sittemmin suurimmaksi osaksi poistettu rikoslaistamme RL 21 luvun uudistuksella (L 491/69). Ks. kuitenkin esim. RL 17: 2, 21: 8 ja 38: 6 a.

[22] Kausaalisuuskysymys s. 141, 158.

[23] Ks. Yleiset opit 1 s. 120—121.

on, että kausaaliselle edellytykselle annetaan kuvaus, ts. sitä yleistetään jossakin määrin, kuinka paljon, siihen ei anneta kunnon ohjetta. Vastaavasti myös seurausta kuvataan yleistävästi, ja näiden kahden kuvauksen suhteelle annetaan objektiivinen todennäköisyys, frekvenssi. Seurauksen yleistäminen ei saa mennä niin pitkälle, että kuvaus »joutuu pois tunnusmerkistönmukaisesta kategoriasta».

Jos siis e on konkreettinen edellytys ja E yleistetty edellytys, ja jos s on konkreettinen seuraus ja S yleistetty seuraus, edellyttää kausaalisuhteen adekvaattisuus suhteelta E:S tietynasteista objektiivista mahdollisuutta. Suhdeluvun tulisi olla siinä määrin merkittävä, että mahdollisuus voidaan ottaa huomioon käytännön elämässä. Toisaalta kuitenkin näin esitettävä todennäköisyys jää alttiiksi manipuloinnille, koska se ei olekaan »objektiivinen», vaan kiinni siitä, miten teko ja seuraus on kuvattu. Kausaalisen edellytyksen e yleistäminen pienentää seurauksen syntymisen arvioitua todennäköisyyttä, seurauksen s yleistäminen lisää sitä vastaavasti.[24]

Honkasalon kielenkäyttö hänen selvittäessään adekvaattisuusarvostelun rakentumista on luonteeltaan kuvailevaa, vaikka on selvää, että adekvaattisuusperiaatteessa on kyse pikemmin normatiivisesta periaatteesta kuin vain tavasta kuvailla ilmiöitä.[25] Adekvaattisuusperiaatteen tulkinta on normatiivisen periaatteen tulkintaa: päätettäessä siitä, millaista todennäköisyyttä rikosoikeudellinen adekvaattisuusperiaate kausaalisuhteelta edellyttää, päätetään rikosoikeudellisten normien sisällöstä, siitä mikä on kiellettyä ja mikä ei ole. Adekvaattisuusperiaate on normatiivinen seurausten syyksilukemisen periaate. Jos taas tämä tunnustetaan, on periaatteen manipuloitavuus kiusallista, koska sen

[24] Tähän on kiinnittänyt huomiota mm. Nils Jareborg, Brotten I s. 252: »Eftersom de relevanta klasserna och förutsebarhetsgraden är beroende av hur gärning och följd beskrivs, blir det möjligt att inom vida ramar manipulera fram adekvans och icke-adekvans efter behag, utan att omdömet kann bestridas på rationell väg.» Jareborgin rikosopissa teon objektiivinen huolimattomuus, ns. gärningsculpa, tekee erillisen adekvanssitarkastelun tarpeettomaksi; ks. mt. s. 225 ss. Tuottamusoppi tavallaan ulotetaan kattamaan tällaiset yleiset kysymykset kansalaisia velvoittavista toimintastandardeista.

[25] Normatiivisten kysymysten luonnontieteellistämistä esiintyi esimerkiksi jo Serlachiuksella. Hänen oppikirjassaan (Ens. osa, yl. opit, 6. p. s. 63—64) kausaalisuusoppi esiintyy rikosoikeudellisten intressien määräämänä kausaalisuhteiden merkityksen arvioimisena sen selvittämiseksi, onko teko vaikuttanut tapahtuman niihin ominaisuuksiin, jotka tekevät sen oikeudenloukkaukseksi. Hän korostaa sitä, ettei kausaalisuusoppi voi vastata siihen kysymykseen, onko teko oikeudenmukainen vai oikeudenvastainen, koska se tieto »on saatavissa ainoastaan oikeuslähteistä». Kausaalisuhteen oikeudellinen relevanssi katsottiin siis siinä määrin »luonnolliseksi» kysymykseksi, että siihen pystyttiin vastaamaan ilman normatiivisia periaatteita!

soveltamisen kontrollointi on vaikeaa.[26] Rangaistavuuden rajaan vaikuttavien normien tulisi tietenkin olla järkevän oikeudenmukaisuuskontrollin alaisia. Adekvaattisuusperiaatteelle esitetään kuitenkin Honkasalonkin kausaalisuusdoktriinissa yleinen perustelu, joka kytkee sen koko rikosoikeuden järjestelmän tavoitteisiin.

Relevantti kausaaliyhteys edellyttää siis seurauksen adekvaattisuutta ja tämä puolestaan sekä tekoon sisältyvää »objektiivista mahdollisuutta» seurauksen syntymiseen että mahdollisuutta ottaa tuo seikka huomioon myös käytännön elämässä. Honkasalo kirjoittaa: »Oikeusjärjestys inhimillisen elämän järjestysmuotona ei voi ottaa lähtökohdakseen muuta kuin sen, josta käytännöllisessä elämässä voidaan lähteä. Kun se kielloin ja käskyin kääntyy ihmisten puoleen, sen on otettava huomioon ne mahdollisuudet, mitkä ihmisillä yleensä on niiden noudattamiseen. Se ei voi vaatia sellaista, mikä ei ole ihmisten vallassa toteuttaa.»[27]

Tämäntapaiset perustelut herättävät kysymyksen adekvaattisuusnäkökohdan tosiasiallisesta luonteesta, pyritäänhän sillä aivan ilmeisesti rajaamaan itsenäisesti rangaistavuuden aluetta. Intuitiivisesti ajatellen se tuntuu olevan jossakin yhteydessä syyllisyysperiaatteeseen. Honkasalo kiistää kuitenkin tällaisen yhteyden: seurauksen ennalta-arvattavuus arvioidaan aina objektiivisesti, kun taas syyksiluettavuus arvioidaan hänen syyllisyysopissaan subjektiivisen mittapuun mukaan.

Taustalla on normiteoreettinen jako (objektiivisiin) arvottamisnormeihin ja (subjektiivisiin) määräämis- eli kuuliaisuusnormeihin. Oikeusjärjestyksen normit ovat Honkasalon käsityksen mukaan ensi sijassa objektiivisia arvottamisnormeja, joissa ei oteta kantaa siihen, olisiko tietyltä henkilöltä voitu myös vaatia normin täyttämistä. Subjektiiviset kuuliaisuusnormit, jotka puolestaan ovat syyllisyyden arviointiperustaa, ovat arvottamisnormien johdannaisia. Normiteorian tasolla erotetaan objektiivinen subjektiivisesta.

Arvottamisnormi erotetaan määräämisnormista, oikeudenvastaisuus syyllisyydestä, rikoksen rakenteen objektiivinen puoli subjektiivisesta syyllisyydes-

[26] Wolter on maininnut adekvaattisuusperiaatteen varsinaiseksi ongelmaksi sen, että vaikka periaate on luonteeltaan normatiivinen ja vastuunrajoitukseen tähtäävä, siitä puuttuu todellinen normatiivinen kiinnekohta. »Die Adäquanztheorie leidet nicht nur an den weitmaschigen und unpräzisen Kriterien der allgemeinen Lebenserfahrung und Wahrscheinlichkeit, sondern sie ist — für sich genommen — von vornherein nicht in der Lage, zwischen rechtlich relevanten und rechtlich erlaubten Risiken zu unterscheiden». Adäquanz- und Relevanztheorie, Zugleich ein Beitrag zur objektiven Erkennbarkeit beim Fahrlässigkeitsdelikt, Goltdammer's Archiv 1977 s. 261.

[27] Yleiset opit I s. 119.

tä;[28] objektiivisen ja subjektiivisen jako, joka toistuu rikosopissa kaiken aikaa, estää adekvaattisuusperiaatteen kytkemisen syyllisyyteen. Mutta onko tuo jako itse pätevä?

Adekvaattisuusperiaatteen perusteluissa viittaus siihen, että normien tulee kunnioittaa normiadressaattien mahdollisuuksia normien noudattamiseen, tuntuisi osoittavan kahtiajaon subjektiiviselle puolelle. Tätä kautta adekvaattisuusperiaate olisi myös kytkettävissä rikosoikeuden tarkoitusperiin, sillä onhan ilmeistä, että kiellot ja käskyt, joita ei edes periaatteessa olisi mahdollista noudattaa, eivät saattaisi palvella mitään järkevää tarkoitusta. Tällaista kytkentää Honkasalo ei kuitenkaan kehittele. Syytä siihen voi arvailla: silloin tulisi ehkä näkyviin adekvaattisuusperiaatteen asema tarkoin varjellun objektiivinen — subjektiivinen -erottelun ylittävänä normatiivisena periaatteena, joka paljolti pitää honkasalolaisen rikosopin toimintakykyisenä tekemällä osaltaan mahdolliseksi määräämisnormien johtamisen arvottamisnormeista. Tulisi näkyviin se, että vaikka adekvaattisuusperiaate voidaan esittää suhteellisen neutraalin tuntuisesti, sen noudattamiseen velvoittava periaate ei voi olla puhtaasti oikeudellinen, vaan aivan ilmeisesti tavalla tai toisella moraalinen ja/tai kriminaalipoliittinen periaate.

Adekvaattisuusnäkökohta on siis tekijän vastuuta rajoittava periaate, joka rajaa vastuun ulkopuolelle teolla aiheutetut ennalta-arvaamattomat ei-satunnaiset seuraukset, koska sellaisia koskevien käskyjen ja kieltojen noudattaminen ei olisi ihmisille mahdollista. Hartiin viitaten voi sanoa, että nämä rajat ylittävä oikeusjärjestys olisi vaarassa katkaista yhteytensä moraaliin: ihmisiä ei voi myöskään moittia sellaisesta, mitä he eivät ole voineet välttää, ellemme muuta perusteellisesti käsitystämme siitä, mitä moraali on.[29] Adekvaattisuusperiaatteen vastaisesta rangaistavuuden alan määrittelystä pidättyminen korostaa rikosoikeuden yhteyttä moraaliin.

Rikosvastuun rakenne voidaan edellä esitetyn perusteella nähdä teon tunnusmerkistönmukaisuuden osalta kahdella tavalla, joista Honkasalo edustaa jälkimmäistä. Joko rikoksen objektiivinen tunnusmerkistö täyttyy aina, kun teon suhde seuraukseen on kausaalinen, jolloin vastuun poissulkevana korrektiivina toimii viime kädessä syyllisyys. Puhtaasti naturalistisessa, kausalistisessa tunnusmerkistökäsityksessä näin olisi asianlaita.

---

[28] Jako objektiiviseen ja subjektiiviseen on seurausta siitä, että rikoksen olemuksen katsotaan yhtä vähän olevan vain yhteiskunnan vastaista mielenlaatua kuin ilmenevän ulkonaisessa oikeudenvastaisessa seurauksessa. Ks. Kausaalisuuskysymys s. 1—4. Jaottelusta ks. myös Yleiset opit I s. 18—20.

[29] Punishment and Responsibility, 1968 s. 226.

Yhtä hyvin jo kausaalisuusoppiin voidaan tuoda normatiivista ainesta, jolloin edelliseen tulee lisäporras: kausaalisuhde, tunnusmerkistönmukaisesti relevantti kausaalisuhde, syyksiluettavuus (oikeudenvastaisuus on jätetty pois tästä yksinkertaistuksesta). Jälkimmäisen kannan mukaan objektiivinen rikostunnusmerkistö jää täyttymättä, ellei kausaalisuhde ole oikeudellisesti relevantti. Ja relevanssin osoittajaksi on esitetty adekvaattisuusperiaatetta. Sen ei silti tarvitse olla ainoa relevanssin osoittaja, eikä se kausaalisuuden ns. relevanssiteorian edustajien mukaan sitä olekaan. Oikeudelliseen relevanssiin vaikuttaa esimerkiksi rikostunnusmerkistön suojelupiirin tulkinta. Niinpä jos A yrittää surmata B:n, ja hän todellisuudessa menettääkin henkensä sairasauton jouduttua onnettomuuteen tai sairaalaa kohdanneessa tulipalossa, kiistetään kausaalisuhteen relevanssi, vaikka se ehkä täyttäisi adekvanssin vaatimukset. Näin siitä huolimatta, että sairasauton kyytiin joutuminen tms. jo sinänsä ehkä lisää onnettomuusriskejä.

Kausaalisuuden relevanssiteoriaa on kehittänyt lähinnä Edmund Mezger,[30] ja hänen oppikirjassaan esittämiä ajatuksia tuntuu Honkasalokin omassaan paljolti seurailevan. Silti Honkasalo ei nimeltä mainiten sitoudu relevanssiteoriaan. Eräänlaista relevanssiteorian renessanssia ovat merkinneet Saksan Liittotasavallassa viimeisen parinkymmenen vuoden aikana vilkkaasti keskustellut opit ns. objektiivisesta syyksilukemisesta. Yhtenä perusajatuksena niissä on ollut kehitellä normatiivisia syyksilukemisen periaatteita kaikilla rikosopin alueilla; samalla normatiiviset periaatteet syrjäyttävät käytännössä perinteiset kausaalisuusteoriat. Adekvaattisuusperiaate tunnustetaan yhdeksi, mutta ei suinkaan ainoaksi, syyksilukemisen periaatteeksi. Adekvaattisuusteoria on nimikkeenäkin saanut väistyä. Nykyisin puhutaan usein vaaran lisäämisen periaatteesta tai »kielletystä vaarantamisesta». Normien tarkoitusten (»suojelupiirien») tulkinta esitetään tavallisesti vaaran lisäämisen periaatteen supistavana täydennyksenä.[31]

Sen puolesta, että Honkasalon kausaalisuusoppi edustaisi mainittua relevanssiteoriaa, puhuu parikin seikkaa. Ensinnäkin, yksinomaan conditio sine qua non -teoria ja adekvaattisuusperiaate eivät riitä kaikissa tapauksissa ratkaisemaan sitä, onko jokin seuraus rikosoikeudellisesti relevantti. Tämä on tietysti varsin ilmeistä: normeja on aina tulkittava, eikä se voi olla vaikuttamatta kysymyksenasetteluun. Kausaalisuusopit eivät voi toimia ikäänkuin tavanomaisen laintulkintakehyksen ulkopuolella. Honkasalo mainitsee tällaisesta esimerkkinä vesisangon kaatamisen tulvaveteen, mikä ei vielä voi olla tulvan aiheutta-

[30] Ks. Strafrecht, Ein Lehrbuch, 2. p. 1933 s. 122 ss.

[31] Tästä kehityksestä yleisesti, ks. esim. Jescheck mt. s. 255—259.

mista, koska »sangollinen ei ole muuttanut tulvan luonnetta sikäli, että se nyt uhkaisi inhimillisiä intressejä suuremmalla tuholla kuin sitä ennen».[32] Tunnusmerkistössä mainittua seurausta joudutaan tällaisissa tilanteissa tulkitsemaan, ja tulkinta puolestaan vaikuttaa olennaisesti kannanottoon kausaalisuuskysymykseen nähden.

Toinen Honkasaloa relevanssiteoriaan yhdistävä seikka näkyy siinä, miten hän käsittelee tapauksia, joissa aiheuttaja on todellisuudessa vaikuttanutkin positiiviseen suuntaan ehkäisemällä vakavamman vahingon syntymistä. Jos esimerkiksi B koettaa estää A:n kuolettavan C:n päähän suuntaaman iskun, saaden sen suuntautumaan C:n hartioihin, olisi normaalisti katsottava ruumiinvamman tuottamuksen objektiivisen tunnusmerkistön täyttyvän myös B:n osalta, onhan hänenkin tekonsa seurauksen välttämätön edellytys ja seuraus lisäksi adekvaattinen.

Honkasalo katsoo silti, ettei B:n toiminta ole myötävaikuttanut »niihin tapahtuman ominaisuuksiin, jotka tekevät siitä kriminalisoidun oikeudenloukkauksen, vaan päinvastoin estänyt niiden syntymistä». Tätä hän perustelee muun muassa sillä, ettei tavallinen katsantokanta näe seurauksessa B:n aikaansaannosta vaan yksinomaan A:n aikaansaannoksen. Hän viittaa myös yleiseen käytännön elämän käsitykseen, joka ei pohjaa abstraktiin loogiseen ajatteluun, vaan jossa on olennaisinta sen harkitseminen, miten asioita saadaan käytännössä aikaan: tärkeintä on pyrkimys tiettyjen tavoitteiden toteuttamiseen oikean keinovalinnan avulla. Sama pätee rikosoikeuteenkin: sekin tähtää tiettyihin tavoitteisiin, joten siinäkin on omaksuttava vastaava käytännön näkökulma. Honkasalon käsitykset ovat näillä kohdin varmaankin perusteltuja, mutta yksinomaan csqn.-teoria adekvaattisuusnäkökohdalla vahvennettuna ei riitä näiden kausaalisuusopillisten tulosten tueksi.

Seuraavaksi tarkastelen lyhyesti adekvaattisuusperiaatteen suhdetta Honkasalon syyllisyyskäsitykseen. Utriaisen mukaan Honkasalo tavoitteli syyllisyyskäsityksessään klassismin, naturalismin ja normatiivisen syyllisyyskäsityksen synteesiä. Utriaisen mielestä lopputulos muodostui vaikeaselkoiseksi: rikoskonstruktio hajosi syyllisyyskysymyksen jäädessä lukuisten eri teorioista poimittujen mainintojen varaan.[33]

Utriainen katsoo Honkasalon syyllisyyskäsityksen olevan näennäisestä normatiivisuudestaan huolimatta tosiasiassa hyvin lähellä naturalistien käsityksiä.

---

[32] Kausaalisuuskysymys s. 59. Traegeriltä olevan esimerkin mainitsee myös Jescheck, mt. s. 252, jonka mukaan tällaisista ongelmista selvitään vielä tavanomaisella säännöstulkinnalla.

[33] Syyllisyys muuttuvana käsitteenä, 1984 s. 162 ss.

Hänen mukaansa Honkasalo tukeutui syyllisyyskäsitystä hahmotellessaan Saksan Liitotasavallassa toisen maailmansodan jälkeen vaikuttaneisiin traditionalisteihin, joihin kuuluviksi luetaan ainakin Horst Schröder ja Edmund Mezger. Heille oli tunnusomaista pyrkimys ylläpitää mahdollisimman selvästi rikoksen rakenteen jako objektiiviseen ja subjektiiviseen puoleen.[34]

Honkasalon syyllisyyskäsitystä voi perustellusti luonnehtia varsin psykologiseksi. Syyllisyyteen kuuluu kuitenkin myös niin sanottu normatiivinen ainesosa, jonka täsmällinen sisältö jää epäselväksi. Honkasalon mukaan syyllisyysmoitteen »täytyy vaieta silloin, kun yleiseen elämänkokemukseen katsoen keneltäkään keskimääräisihmiseltä ei ole voitu odottaa oikeudenmukaiseen toimintaan johtavaa motivointia».[35] Heti perään hän lieventää kannanottoaan sanomalla normatiivisuusedellytyksen voivan poistaa syyllisyyden ainoastaan »äärimmäisissä tapauksissa».

Soveltamisehtojaan kiinnostavammat ovat syyllisyyden normatiivisen ainesosan tueksi esitetyt perustelut. Honkasalo katsoo nimittäin mainitun näkökohdan »positiivisen rikosoikeuden yleisesti omaksumaksi periaatteeksi» viittaamalla rikosoikeuden henkeen ja perimmäisiin tarkoitusperiin. Hänen mukaansa periaatteen vastainen reagointi saattaisi »järkyttää yleistä moraalia, jonka kannanottoa mainittu näkökanta ei voi olla ottamatta huomioon». Näin ollen normatiivisuuden vaatimus on sopusoinnussa rikosoikeuden »perimmäisten tarkoitusperien» kanssa.[36]

Honkasalo oli siis — jossakin mitassa — normativisti sekä kausaalisuusettä syyllisyysopissaan. Jos adekvaattisuusperiaatetta vertaa syyllisyyden normatiiviseen ainesosaan, kiinnittää huomiota niiden tueksi esitettyjen perustelujen samankaltaisuus. Arvioitaessa kausaalisuhteen rikosoikeudellista relevanssia tarvitaan eräässä mielessä »kausaalisuusopin normatiivinen ainesosa». Yhtä vähän kuin subjektiivinen syyksiluettavuus eli syyllisyys on pelkästään psykologinen termi, voi syyksilukeminen, attribuutio, perustua kuvaileviin termeihin tunnusmerkistönmukaisuuden tasolla.[37]

Kausaalisuusopissa tarvitaan normatiivisia syyksilukemisen periaatteita, jotta tekoja voidaan lukea mielekkäästi syyksi rikoksen rakenteen objektiivisel-

[34] Mt. s. 166.

[35] Yleiset opit II s. 14 s.

[36] Mt. s. 16.

[37] Esimerkiksi Hartin—Honorén kehittelemät »terveen järjen kausaalisuusperiaatteet» sisältävät jossakin mielessä moraalisia syyllisyyselementtejä. Ks. Hart—Honoré s. 62 ss. samoin kuin Dworkin, Taking Rights Seriously 1978 s. 7. Ajatus, että attribuutio voisi olla olematta sidoksissa moraalisiin tai oikeudellisiin vastuuperiaatteisiin, vaikuttaa utopistiselta.

lakaan puolella. Normatiiviset periaatteet puolestaan kytketään rikosoikeuden systeemitasoisiin perusteluihin. Mutta merkitseekö tämä yhtäaikainen normatiivistuminen sitä, että normatiiviset rakenteet samalla ylittävät rikosopin jaon objektiiviseen ja subjektiiviseen puoleen? Ja mistä nämä normatiiviset rakenteet saavat normatiivisuutensa, ellei niitä kytketä selvästi lainsäännöstasoisesti voimassaolevaan oikeuteen?

Viime aikoina on korostettu oikeusperiaatteiden kykyä ilmaista niitä oikeussystemaattisia piirteitä, joiden varaan kunkin oikeudenalan senhetkinen systemaattinen kokonaishahmotus perustuu. Oikeusperiaatteiden voimassaolo on systeemivoimassaoloa, ja niiden voimassaolossa painottuu hyväksyttävyysulottuvuus.[38] Rikosoikeudessa yksi keskeisimpiä oikeusperiaatteita on syyllisyysperiaate. Siihen on yhtenä tärkeänä syynä rikosoikeusjärjestelmän avoin repressiivisyys: kansalaisten oikeusturvan tarve säätää tietyt muodot kriminalisointien käytölle. Syyllisyysperiaate ei eräässä mielessä ole lainsäätäjän vapaasti valittavissa, vaan sitä on rikosoikeudellisen järjestelmän yleiseen legitimiteettiin liittyvien syiden vuoksi jatkuvasti kunnioitettava. Adekvaattisuusperiaate on Honkasalon rikosopissa keskeinen oikeudellinen periaate, luonnehditaan sen tausta-ajatuksia ja institutionaalista tukea miten hyvänsä.[39]

Seuraavassa jaksossa käsittelen lyhyesti Honkasalon rikosopin eräitä perusjaotteluita, jotta voin tehdä uskottavaksi väitteen, että kausaalisuhteen rikosoikeudellisen relevanssin kannalta avainasemassa oleva adekvaattisuusperiaate ilmaisee osaltaan rikosoikeudellista »vääryyttä» (Unrecht). Toiselta kannalta katsottuna voi ehkä sanoa, että se ilmaisee itse asiassa syyllisyysnormin. Tosin nykyisin, kun rikosopin systematiikan kannalta jako objektiiviseen ja subjektiiviseen puoleen perinteisessä merkityksessään on tärkeydeltään vähentynyt erityisesti saksalaisella kielialueella, ei tätä tulosta missään nimessä voi pitää kovin mullistavana. Silti Honkasalon rikosopillisen ajattelun ymmärtämisen kannalta voi olla hyödyksi katsoa, millä tavalla hänen ja hänen oppiisänsä Edmund Mezgerin rikosoppien perusrakennetta voidaan problematisoida. Voisi ehkä puhua myös dekonstruktiosta, tosin jossakin hyvin vaatimattomassa mielessä. Tässä on otettava mukaan rikosopin kolmas perustaso, oikeudenvastaisuus, ja katsottava myös esitettyjä käsityksiä rikosoikeudellisesta vääryydestä.

---

[38] Näin esim. teoksessa Pöyhönen, Sopimusoikeuden järjestelmä ja sopimusten sovittelu 1988 s. 29 ss.

[39] Siihen, voiko adekvaattisuusperiaatteen katsoa saavan ilmaisunsa esimerkiksi nykyisessä KKO:n käytännössä, en ota tässä kantaa. Asian selvittelyä vaikeuttaa kysymyksen läheinen yhteys tuottamusoppiin.

3. Edmund Mezger ja Brynolf Honkasalo vääryydestä, tunnusmerkistönmukaisuudesta ja oikeudenvastaisuudesta

3.1 Vääryys ja oikeudenvastaisuus

Rikosopin kannalta hyvin olennainen kysymys on sen ratkaiseminen, mitä rikosoikeudellinen vääryys on. Vaihtoehtoja on karkeasti ottaen kaksi: joko vääryys on formaalista, oikeusnormin sisältämän kiellon tai käskyn vastaisuutta taikka se on aineellista, jolloin sillä tarkoitetaan oikeushyvän, oikeudellisen intressin tms. loukkausta. Edellisessä tapauksessa vääryys on siinä mielessä subjektiivista, että kieltoa tai käskyä voi rikkoa ainoastaan jokin subjekti. Jos esimerkiksi joku on saanut surmansa salamaniskusta, ei ole mieltä kysyä, onko salama mahdollisesti rikkonut jotakin oikeusnormia, koska se ei voi tulla kysymykseen oikeusnormin tarkoittamana subjektina.

Jälkimmäisessä tapauksessa, jos siis vääryys käsitetään aineelliseksi, ei ole estettä katsoa vaikkapa luonnonvoimien voivan tuottaa rikosoikeudellista vääryyttä. Edmund Mezgerin mukaan vääryydellä on nämä molemmat piirteet. Mezger kuitenkin vastusti ns. imperatiiviteoriaa, jonka mukaan normi on aina jollekin subjektille kohdistettu imperatiivi. Siksi hänen vääryysoppinsa painottuu aineelliselle puolelle.

Muodollisesti tarkasteltuna vääryys on Mezgerin mukaan oikeudellisen, osoitteettoman arvottamisnormin vastaisuutta, aineellisesti tarkasteltuna oikeuden suojaaman intressin vastaisuutta.[40] Formaalisesta oikeudenvastaisuudesta puuttuu täysin viittaus rikoksentekijän tahtoon, sen sijaan aineellisessa oikeudenvastaisuudessa tahtoelementti tulee täysin toisella tavoin mukaan, sillä loukattuna intressinä on aina jonkin oikeussubjektin intressi, ja hänen tahtoaan on rikoksella loukattu.

Honkasalo kirjoittaa oppikirjassaan oikeudenvastaisuudesta ensin formaaliselta kannalta, jolloin on kyse »oikeusjärjestykseen sisältyvän normin, käskyn tai kiellon» vastaisuudesta.[41] Yhteiskunnan »oikeustahto» on ilmaistu normeissa, jotka lausuvat yhteiskunnan arvostelun siitä, ovatko teot oikeudenmukaisia vaiko oikeudenvastaisia. Honkasalon mukaan nämä arvostelut koskevat vain ihmisten toimia, olkoonkin että myös oikeustoimikyvyttömät ja syyntakeettomat voivat toimia oikeudenvastaisesti.

Tässä Honkasalo ottaa Mezgeristä poikkeavan kannan, sillä Mezgerin mu-

[40] Mezger, Die subjektiven Unrechtselemente s. 249. »Der Verletzte und sein Interesse... bilden den Angelpunkt des ganzen Rechts und des Strafrechts insbesondere.»

[41] Honkasalo, Yleiset opit 1 s. 139.

kaan tuon arvottamisen kohteena voi olla mitä tahansa. Myös eläinten käyttäytyminen, ympäristön tilat tai tapahtumat voivat olla oikeudenvastaisia objektiivisen arvottamisnormin tarkoittamalla tavalla, kunhan niillä on jokin yhteys inhimilliseen yhteiselämään.[42] Mezger korostaa, että myös olotilat voivat olla oikeudenmukaisia tai oikeudenvastaisia.

Tällainen käsitys »objektiivisesta oikeudenvastaisuudesta» on sidoksissa käsitykseen oikeudesta objektiivisena ja ulkonaisena elämänjärjestyksenä. Oikeus objektivoituu sen mukaan yhteiskuntatodellisuudessa, jolloin vääryys on tuon objektiivisen järjestyksen loukkaamista. Oikeuden tehtävänä on taata oikeusalamaisille ulkonaisesti järjestyksessä oleva yhteiselämä. Tätä tarkoittanee myös Honkasalo todetessaan, että oikeusjärjestyksen normit ovat ensi sijassa objektiivisia arvottamisnormeja.

Sen vuoksi teon objektiivinen arvottaminen ei ole kiinni esimerkiksi siitä, olisiko tekijä voinut tekotilanteessa toimia toisin: koska oikeus on tällä tavoin objektivoitunut, on tuon »objektiivisen oikeuden» vastaisuus aina myös oikeudenvastaisuutta, eikä tekijän syyllisyydellä tms. ole sen suhteen merkitystä. Teon leimaaminen objektiivisen normin vastaiseksi merkitsee Honkasalon mukaan paheksumisarvostelua teosta, sen leimaaminen subjektiivisen kuuliaisuusnormin vastaiseksi paheksumisarvostelua tekijästä.[43]

Oikeuden objektivoituminen tarkoittaa sitä, ettei oikeus (= normi) ole kohdistettu kenellekään adressaatille. Mezger nimenomaisesti hylkää ns. imperatiiviteorian, jonka mukaan normi on aina imperatiivi, jolla on oltava adressaatti. Mezgerin mukaan normi kuuluu: »Es soll!». Se on persoonatonta pitämistä. Normi on pidettävä tämän käsityksen mukaan erillään imperatiivista. Imperatiivi »Du sollst!» on määräämisnormina (Bestimmungsnorm) vasta arvottamisnormin johdannainen:

> »Die 'Norm' ist in begrifflicher Klarheit denkbar nur als unpersönliches Soll, dem der Adressat kein wesentliches Erfordernis ist. Die Normen des Rechts sind Bewertungsnormen, gerichtet auf einen bestimmten objektiven sozialen Zustand, bevor sie in einem weiteren logischen Verfahren den Charakter von Bestimmungsnormen erhalten. Diese Trennung von Norm und Imperativ ist notwendige Denkvoraussetzung für eine rechtliche und klare Scheidung derjenigen Aussagen, die sich auf die Norm

---

[42] Mezger, Strafrecht, Ein Lehrbuch s. 163 ss.

[43] Oikeuden olemuksesta seuraa Mezgerin mukaan vääryyden olemus. Vääryys on »Widerspruch gegen das Recht als Bewertungsnorm, Veränderung eines rechtlich missbilligten Zustandes, nicht rechtlich missbilligte Veränderung eines Zustandes. Das Verbrechen ist rechtswidrig, weil es eine Rechtswidrigkeit bewirkt.». Mezger, Die subjektiven Unrechtselemente s. 245—246.

in ihrer abstrakten Selbständigkeit beziehen, von denjenigen Sätzen, die sich auf das Normverwirklichungsmittel der Imperative beziehen.»[44]

Normi imperatiivina on väline arvottamisnormin toteuttamiseksi. Vasta oikeuden suojaamisen välineenä tulee arvottamisnormeista oikeusalamaisille kohdistettuja määräämisnormeja. Määräämisnormit puolestaan ovat subjektiivisia kuuliaisuusnormeja. Nyt voidaan ehkä selvemmin nähdä, mitä Honkasalo tarkoittaa todetessaan, että objektiivisten arvottamisnormien ja subjektiivisten kuuliaisuusnormien käsitteellinen ero tekee mahdolliseksi rikoksen perusainesten, oikeudenvastaisuuden ja syyllisyyden, selvän erottamisen toisistaan.

Koska oikeudenvastaisuus on persoonatonta, objektiivisen oikeuden vastaisuutta, ei syyllisyyden erottaminen siitä ole ongelma. Samalla normiteoreettinen erittely implikoi normatiivisen syyllisyyskäsityksen: syyllisyys on määräämisnormin vastaisuutta. Toisaalta Mezger korostaa vääryyden ja syyllisyyden läheistä yhteyttä. Ilman vääryyttä ei voi olla syyllisyyttä, syyllisyys puolestaan tarkoittaa vain aikaansaadun vääryyden henkilöllistä moitittavuutta: siksi syyllisyyttä ei voi olla ilman vääryyttä.[45]

Kannattaa kiinnittää huomiota siihen, että formaalinen oikeudenvastaisuus on näin ymmärrettynä muuttunut itse asiassa aineelliseksi oikeudenvastaisuudeksi. Objektivoitunut oikeus on jotakin ulkonaista, aineellista. Honkasalo sanookin[46] tästä, että mikäli inhimillisten elinintressien vastaisuus (eli aineellinen oikeudenvastaisuus) »arvostellaan positiivisen oikeuden mukaan, merkitsevät muodollinen ja aineellinen oikeudenvastaisuus vain erilaista tarkastelutapaa. Teko, joka on muodollisesti oikeudenvastainen, on aina myös aineellisesti oikeudenvastainen.»

Ainoastaan, jos aineellinen oikeudenvastaisuus ymmärretään metajuridiseksi käsitteeksi, voivat termien merkitykset poiketa toisistaan. Tällöin voi aineellinen oikeudenvastaisuus tarkoittaa lähinnä oikeusjärjestyksen tarkoituksien vastaisuutta. Lisztin—Schmidtin oppikirjassa viitataan tässä kohdin siihen, että joissakin tapauksissa saattaa suojattujen intressien, oikeushyvien, välinen ristiriitatilanne olla ratkaistavissa vain vähempiarvoinen intressi uhraamalla. Intressin uhraaminen on aineellisesti oikeudenmukaista, jos toimenpide vastaa oikeusjärjestyksen tarkoituksia, siitä huolimatta, että se sinänsä loukkaa suojattua intressiä.[47] Tällä puolestaan tarkoitetaan oikeuttamisperusteen käsilläoloa.

[44] Mezger, Die subjektiven Unrechtselemente s. 245.
[45] Mezger, mt. s. 250.
[46] Honkasalo, Yleiset opit I s. 140 av. 4.
[47] Liszt—Schmidt, Lehrbuch des Deutschen Strafrechts, 25. painos s. 172 ss.

Koska oikeudenvastaisuuden määrittelyssä joudutaan näin väistämättä siirtymään materiaaliselle puolelle, voidaan Honkasalon käsitystä oikeudenvastaisuudesta pitää lähinnä aineellisen oikeudenvastaisuuden luonnehdintana. Aineellinen oikeudenvastaisuus on Honkasalolla inhimillisten intressien vastaisuutta. Oikeudenvastaisuuden aineellinen sisältö käy hänen mukaansa ilmi vain ajateltaessa »tekoa niiden inhimillisten intressien loukkauksena tai vaarantamisena, joita oikeusjärjestys suojaa».[48] Honkasalo sanoutuu irti aikanaan kannatetusta käsityksestä, että aineellinen oikeudenvastaisuus määriteltäisiin subjektiivisen oikeuden loukkaamiseksi.

Mezgerin—Honkasalon tapaisessa oikeudenvastaisuuskäsityksessä vääryys ja oikeudenvastaisuus tarkoittavat jokseenkin samaa: vääryys on objektivoituneen oikeuden loukkaus, jotakin aineellista. Mezger toteaakin, ettei käsitteillä ole eroa: jos teolta puuttuu vääryys, ei se voi olla oikeudenvastainenkaan.[49]

Objektiiviset arvottamisnormit määräävät siitä, mikä on oikeudenvastaista, subjektiiviset kuuliaisuusnormit (määräämisnormit) puolestaan siitä, mitä on syyllisyys. Mitä sitten oikeastaan ovat kuuliaisuusnormit, ja miten niitä johdetaan arvottamisnormeista?

Objektiivisia arvottamisnormeja olen jo luonnehtinut. Tällainen normi on Honkasalon mukaan mittapuu, jonka mukaisesti on objektiivisesti arvosteltava, loukkaako yksilön ulospäin suuntautuva toiminta yhteiskunnan elinehtoja. Sen sijaan se ei kerro mitään tekijän »sisäisestä minästä».[50]

Normi ei ole ainoastaan objektiivinen arvottamisnormi. Se myös vaatii yhteiskunnan jäseneltä normin mukaista suhtautumista:

> »Objektiivisiin arvottamisnormeihin liittyvät johdannaisina subjektiiviset kuuliaisuusnormit, jotka kääntyvät niiden puoleen, joilla on niiden noudattamiseen tarpeelliset ominaisuudet. Ne osoittavat yksityiselle

---

[48] Honkasalo, Yleiset opit I s. 140 av. 4.

[49] Mezger, Strafrecht, Ein Lehrbuch s. 163: »Das Urteil, dass die Handlung dem Rechte, der Rechtsordnung, den Normen des Rechts zuwiderläuft, kennzeichnet adjektivistisch die Handlung als eine »unrechte» oder »rechtswidrige» Handlung. Der Vorgang als solcher und gegebenenfalls der durch ihn geschaffene Zustand ist substantivistisch ein »Unrecht», eine »Rechtswidrigkeit».»

Welzel on todennut, että termejä käytetään usein siten kuin ne olisivat samansisältöiset. Tämä voi hänen mielestään johtaa väärinkäsityksiin. »Rechtswidrigkeit ist eine Relation..., Unrecht dagegen ist etwas Substantielles: das rechtswidrige Verhalten selbst.» Das Neue Bild des Strafrechtssystems s. 17.

[50] Honkasalo, Yleiset opit II s. 12.

hänen velvollisuutensa sekä yhteiskunnan käskyinä ja kieltoina vetoavat hänen tahtoonsa ja tunteeseensa.»[51]

Objektiivisia arvottamisnormeja luonnehtii piirre, ettei niitä ole osoitettu määrätyille subjekteille. Kuuliaisuusnormit puolestaan ovat nimenomaan subjekteille kohdistettuja normeja, joiden tulisi osoittaa yksilölle hänen velvollisuutensa sekä yhteiskunnan käskyt ja kiellot. Arvottamisnormeista pitäisi pystyä johtamaan kuuliaisuusnormeja, jotka velvoittavat tietynlaiseen toimintaan tai toiminnan välttämiseen. Arvottamisnormeista tulisi siis voida johtaa käyttäytymisnormeja. Mutta arvottamisnormit eivät lainkaan koske käyttäytymistä. Miten niistä sitten voidaan johtaa käyttäytymisnormeja?

3.2. Tunnusmerkistö vääryyden »kantajana»

Normi on siis Mezgerin mukaan yhtä kuin objektivoitunut oikeus. Heräänkin kysymys, mitä tarkoittavat tunnusmerkistö ja sen mukaisuus? Honkasalon käsitys asiasta on, että rangaistusseuraamus voi liittyä vain sellaiseen vääryyteen, joka toteuttaa lain sille asettamat tunnusmerkit. Ensin on oltava vääryys, joka todetaan tunnusmerkistönmukaiseksi. Tarvitaanko sitten kaksi normia, toinen vääryyden, toinen tunnusmerkistönmukaisuuden toteamiseksi?

Nähdäkseni Mezgerin ratkaisu tähän ongelmaan on luonteva: todetaan tunnusmerkistö vääryyden »kantajaksi».[52] Tunnusmerkistö rikosoikeudellisessa merkityksessä on rikoslain yksittäisissä rangaistusmääräyksissä kuvailemaa vääryyttä, jonka toteuttamiseen rangaistusuhka on kytketty. Tunnusmerkistöissä kuvaillaan vääryys, joka puolestaan on jotakin objektiivista. Siksi subjektiiviset elementit suljetaan pois tunnusmerkistöstä: ne eivät kuulu teon vääryyteen.[53] Tunnusmerkistötasolla kertautuu subjektiivisten ja objektiivisten elementtien erottelu, joka tehtiin jo vääryyden yhteydessä.

Tällaisessa rikosopin peruskuviossa on muutamia ongelmia. Ensinnäkin, koska subjektiiviset elementit on suljettu pois niin vääryydestä kuin tunnusmerkistönmukaisuudesta, herää kysymys, kykeneekö rikostunnusmerkistö enää selviytymään tehtävästään vääryyden kuvaajana. Jos normit ymmärretään käsky- ja kieltonormeiksi, kuten on tapana, pitäisi niiden pystyä osoittamaan kansalaisille, mitä kulloinkin on käsketty tai kielletty. Tästä tehtävästä kuvatunlainen tunnusmerkistö ei selviydy, ellei se pysty antamaan riittävää »kieltomateriaalia» tuon seikan selvittämiseksi.

[51] Ms.

[52] Mezger, Strafrecht, Ein Lehrbuch s. 176.

[53] Mt.; Honkasalo, Yleiset opit I s. 142.

Inhimillisten intressien loukkauksena on vääryyttä esimerkiksi se, että A saa surmansa salamaniskusta.[54] Kyse on kuoleman aiheutumisesta useiden rikostunnusmerkistöjen tarkoittamassa mielessä. Silti on mahdotonta johtaa tästä arvottamisnormista (On vääryyttä, että A sai surmansa!) mielekästä käyttäytymistä koskevaa kieltonormia. Onko salama toteuttanut jonkin RL 21 luvun tunnusmerkistöistä? Tai onko varkauden tunnusmerkistön ja vääryyden toteuttamista se, että ilman anastamistarkoitusta laitan laukkuuni jotakin toiselle kuuluvaa? Jos pidämme lähtökohdistamme kiinni, olisi tähänkin vastattava myöntävästi. Näyttääkin siltä, että jotta vääryyttä voitaisiin riittävällä tavalla kuvailla vääryystunnusmerkistössä, siihen tulee sittenkin sisällyttää myös subjektiivis-sielullisia seikkoja.

Näyttää siltä, ettei Mezgerin—Honkasalon tapaan ymmärretyistä arvottamisnormeista saada sisällöllisiä kansalaisten toimintaa ohjaamaan pystyviä kieltonormeja. Tämä on selitettävissä siten, että vääryys luonnehdittiin aineellisesti oikeudenvastaisen tilan aikaansaamiseksi, eikä aiheuttamiskielloista saada mielekkäitä käyttäytymisnormeja.[55] Tämä näkyy esimerkiksi siinä, että Honkasalo katsoo esimerkiksi surmaajan isän siittäessään poikansa periaatteessa toteuttaneen surmaamisrikoksen tunnusmerkistön.[56]

Mutta onko todella mieltä sanoa, että lapsen siittäminen on kiellettyä? Kuitenkin juuri rajaa kielletyn ja ei-kielletyn käyttäytymisen välillä ollaan vetämässä. Ellei se onnistu tunnusmerkistötasolla, ei tunnusmerkistö voi olla vääryyden yksinomainen kantaja. Silloin ei kieltoaines ole riittävästi tarkentunut. Subjektiivisia kuuliaisuusnormeja ei silloin voida myöskään kansalaisille asettaa.[57]

---

[54] Esimerkistä ks. Zielinski, Handlungs- und Erfolgsunwert im Unrechtsbegriff s. 62.

[55] Mir Puig, joka on korostanut välttämättömyyttä tarkastella rikosoikeudessa tapahtumakulkuja etukäteisperspektiivistä, toimijan näkökulmasta, toteaa mm.: »Das Recht kann nicht verbieten, dass schädliche Erfolge verursacht werden — es kann nicht verbieten, dass Menschen sterben oder krank werden! — sondern nur, dass die Bürger willentlich sich so verhalten, dass die genannten Erfolge verursacht werden können. Ein Erfolg an sich kann weder gegen Rechtsnormen verstossen noch demzufolge rechtswidrig sein — auch wenn dies die Verletzung eines rechtlich geschützten Gutes bedeutet.» Die »ex ante»-Betrachtung im Strafrecht s. 342. — Adekvaattisuusperiaate tuo Honkasalon kausaalisuusoppiin kyseisen etukäteisperspektiivin.

[56] Yleiset opit I s. 118. Adekvaattisuusnäkökohta sulkee kuitenkin pois teon tunnusmerkistönmukaisuuden.

[57] Welzelin mukaan Sauerin ja Mezgerin kehittelemä rikoksen rakenneoppi tuhoaa tunnusmerkistön itsenäisen funktion. Se ei enää täytä tehtäväänsä kuvailemalla asiallisesti kielletyt käyttäytymismuodot ja siten rakentamalla perustan oikeudenvastaisuusarvostelmalle. »Denn die Tatbestandsmässigkeit ist nicht mehr die Voraussetzung der Rechtswidrigkeit,

Ei oikeastaan edes voida puhua rikoslain määräyksistä, elleivät ne ole käyttäytymisnormeja. Tunnusmerkistön muuttaminen vääryystunnusmerkistöksi näyttääkin muuttavan tunnusmerkistönmukaisuuden käsitettä enemmän kuin aluksi huomattiin. Vääryys ei ole sen paremmin puhtaasti objektiivista kuin subjektiivistakaan. Vääryysarvion pohjana oleva kieltomateriaali ylittää objektiivisen ja subjektiivisen rajan.

Toinen edelliseen liittyvä ongelma rakennelmassa on se, että — kuten mm. Mezger itse ja Hegler ovat osoittaneet — on olemassa myös ns. subjektiivisia vääryyselementtejä, joista tunnetuimpana esimerkkinä olkoon juuri anastamistahto varkausrikoksissa. Mezger katsoo kyseen olevan poikkeuksista: poikkeuksellisesti voi vääryys olla kiinni subjektiivisista seikoista.[58]

Mezgerin mukaan ulkonaisesti yhdenlainen tapahtuminen voi olla välillä vääryyttä, välillä oikein, aina sen mukaan, minkä merkityksen tekijä on teolleen antanut, mikä hänen »sielullinen» suhteensa tekoon on ollut.[59] Niin karkeasti ja ulkonaisesti ei inhimillinen yhteispeli Mezgerin mukaan suju, etteikö oikean ja väärän raja olisi kiinni sielullisista seikoista.[60] Kuitenkin on kyse vain poikkeuksesta, ja subjektiivisen vääryystunnusmerkistön edellyttäminen vaatii aina perusteen.

On silti kysyttävä, eikö juuri Mezgerin vääryysopille subjektiivisten vääryystunnusmerkkien löytäminen ole kohtalokasta, sillä samalla kyseenalaistetaan vääryyden objektiivinen luonne. On käsitteellisesti mahdotonta, että vääryys voisi olla kiinni subjektiivisista seikoista, jos ne juuri on rajattu vääryyden ulkopuolelle, jotta raja syyllisyyteen voitaisiin säilyttää. Näyttäisikin siltä, ettei näin ilmeistä ristiriitaa voida peittää vain kutsumalla subjektiivisia vääryyselementtejä poikkeuksiksi.

Kolmas seikka, joka Mezgerin rikosopissa herättää mietteitä, on adekvaattisuusnäkökohdan asema tunnusmerkistöopissa. Näyttää ilmeiseltä, että kausaalisuhteelta vaadittava adekvaattisuus on Mezgerin—Honkasalon rikosopissa

---

sondern umgekehrt ist die Rechtswidrigkeit die Voraussetzung der Tatbestandsmässigkeit: Da es nur eine rechtswidrige Tatbestandserfüllung geben soll, kann die Tatbestandsmässigkeit eines Verhaltens erst bejaht werden, wenn ihre Rechtswidrigkeit feststeht; Das Eingreifen eines Rechtfertigungsgrundes erledigt auch die Tatbestandsmässigkeit des Verhaltens. Da aber die Prüfung eines Rechtfertigungsgrundes erst möglich ist, wenn zuvor wenigstens die Tatbestandsmässigkeit feststeht, läuft die ganze Lehre in einem circulus vitiosus aus...» Welzel, Das neue Bild des Strafrechtssystems s. 19.

[58] Strafrecht, Ein Lehrbuch s. 170. Honkasalon yleisten oppien 2. painoksessa ei esiinny subjektiivisia vääryystunnusmerkkejä.

[59] Mt.

[60] Mt.; Die subjektiven Unrechtselemente s. 260.

keskeinen koossapitävä elementti. Nimittäin: adekvaattisuusnäkökohtaa voidaan käyttää käyttäytymisnormien (käsky- ja kieltonormien) johtamiseen kausalistisesta tunnusmerkistö- ja vääryysopista. Voi sanoa niinkin, että juuri adekvaattisuusnäkökohdan avulla tuodaan oppiin tunnusmerkistönmukaisuudesta toimivan subjektin näkökulma. Tunnusmerkistönmukaisuuden tasolla operoiva adekvaattisuusperiaate normativisoi muuten kausalistisen tunnusmerkistökäsityksen. Adekvaattisuusnäkökohta pakottaa tarkastelemaan normiadressaatin toimintaa sellaisena kuin se voitiin nähdä toiminnan hetkellä, ennen vanhinkoseurauksen syntymistä. Ex post -tarkastelukulma vaihdetaan ex ante -perspektiiviin, josta vasta normi voi saada merkityksensä.[61]

Kuten Honkasalo kirjoittaa, oikeusjärjestys »inhimillisen elämän järjestysmuotona ei voi ottaa lähtökohdakseen muuta kuin sen, josta käytännöllisessä elämässä voidaan lähteä. Kun se kielloin ja käskyin kääntyy ihmisten puoleen, sen on otettava huomioon ne mahdollisuudet, mitkä ihmisillä yleensä on niiden noudattamiseen. Se ei voi vaatia sellaista, mikä ei ole ihmisen vallassa toteuttaa. Ihmisen kyky vaikuttaa kausaalisuuden kulkuun riippuu siitä, voidaanko teon seuraukset tuntea ja laskea. Tästä johtuu myös, ettei oikeusjärjestys voi tunnustaa relevantiksi kausaaliyhteyttä, ellei teko ole ollut siinä määrin seurauksen syntymistä edistävä, että seurauksen syntymisen mahdollisuus käytännöllisessä elämässä voidaan huomioonottaa.»[62]

Adekvanssista tulee ennustettavuuden ja arvattavuuden sekä samalla kiellon tai käskyn periaatteellinen alaraja. Voi sanoa, että se ilmaisee osaltaan rikosoikeudellista vääryyttä. Arvattavuuden ja inhimillisen vaikutusmahdollisuuden ulkopuolelle jäävät seuraukset eivät voi olla perustana käyttäytymisnormille. Lapsen siittäminen on kausaaliyhteydessä pojan myöhemmin tekemään murhaan, mutta murhan tunnusmerkistön ei silti voi tulkita tarkoittavan kieltää lasten maailmaan saattamista. Kielto ja vääryys voivat alkaa vasta siitä, mistä periaatteellinen ennalta-arvattavuuskin. Oikeudellisesti relevantti kausaalisuus vasta osoittaa vastuun periaatteellisen alarajan.[63]

Voi silti kysyä, sopiiko adekvaattisuusnäkökohta oikeastaan mainitunlai-

---

[61] On kuitenkin huomattava, että Honkasalon termin »elämän lait» taakse kätkeytyy muutakin kuin adekvaattisuusperiaate. Ks. edellä.

[62] Yleiset opit I s. 119.

[63] Ks. esim. Wolter, Objektive und personale Zurechnung von Verhalten, Gefahr und Verletzung in einem funktionalen Straftatsystem s. 331—332: »Es reicht ... nicht hin, die Risikoschaffung und Risikorealisierung durch die Filter der Kausalität und Adäquanz (objektive Vorhersehbarkeit) zu betrachten. Dies mögen ... notwendige erste normative Schritte zur Haftungsbegrenzung sein. Sie bilden den objektiven Mindeststandard des Unrechts...»

seen vääryys- ja tunnusmerkistöoppiin. Sen tueksi esitetyissä perusteluissahan viitattiin normiadressaattien motivoitumismahdollisuuksiin. Seurausten »tunteminen» ja »laskeminen» ovat sielullista toimintaa. Adekvaattisuus olisikin luontevasti ymmärrettävissä syyllisyyden periaatteelliseksi alarajaksi, sillä se tuntuisi istuvan syyllisyyteen puheena olevan tapaista tunnusmerkistöoppia paremmin. Juuri sen vuoksi, että se antaa syyllisyyden periaatteellisen alarajan, se voi olla apuna käyttäytymisnormin täsmentämisessä, eli se auttaa johtamaan määräämisnormeja arvottamisnormeista.

Tai sitten on todettava, että myös kuuliaisuusnormit ovat luonteeltaan objektiivisia, sillä adekvanssissa on selvästi kysymys myös kuuliaisuuden periaatteellisesta alarajasta. Jos käskyt ja kiellot edellyttäisivät ihmisiltä mahdottomia, eivät he voisi olla niille kuuliaisia. Jos kuitenkin kuuliaisuusnormit voivat olla luonteeltaan objektiivisia, on vääryyden ja syyllisyyden raja jo hämärretty. Meneteltiin sitten niin tai näin, on ajauduttu rikosopin perusrakenteita koskevaan kriisiin.

3.3. Intressi, oikeushyvä ja subjekti

Mezgerin ja Honkasalon rikosopeissa vääryys ja oikeudenvastaisuus ovat, kuten edellä esitettiin, luonteeltaan objektiivisia. Vääryyttä tai »normia» ei ole lainkaan kytketty subjektiin, normiadressaattiin. Silti subjektilla on toisenlaista merkitystä teon tai laiminlyönnin vääryydelle: subjekti tulee kuvaan mukaan intressin käsitteen kautta. »Oikeudenvastaisuuden aineellinen sisältö käy ilmi vain ajatellessa tekoa niiden inhimillisten intressien loukkauksena tai vaarantamisena, joita oikeusjärjestys suojaa.»[64]

Intressin käsitteestä tulee keskeinen koko rikosopin kannalta. Käsite kuitenkin muotoillaan suhteellisen epämääräiseksi. Honkasalon mukaan intressi merkitsee »tahdon osallistumista johonkin, oikeussubjektin, yksityisen tai julkisen, kiinnostumista määrätyn tilan ylläpitämisestä. Tämän tilan loukkaminen loukkaa välillisesti tilan ylläpitämiseen kohdistuvaa intressiä.»[65]

Intressillä ei siis tarkoiteta varsinaista konkreettista sieluntilaa, vaan jonkinlaista yleistä ja abstraktia keskimääräisintressiä. Esimerkkinä Honkasalo viittaa jäämistöön kohdistuvaan anastukseen, joka on oikeudenvastaista siitä riippumatta, tiesikö perillinen saamastaan perinnöstä.[66]

---

[64] Honkasalo, Yleiset opit I s. 140.

[65] Mt. s. 141.

[66] Ms.

Oikeushyvän käsitteen Honkasalo määrittelee intressin käsitteen avulla. Oikeushyväksi kutsutaan hänen mukaansa sitä tilaa, »johon oikeusjärjestyksen huomioima keskimääräisintressi on olemassa». Rangaistussäännöksessä oikeushyvä esiintyy kahdella tavalla aina tarkastelutavasta riippuen: se on joko rangaistussäännöksen suojeluobjekti tai siinä kriminalisoidun teon loukkausobjekti.[67]

Honkasalon mukaan on tulkinnan avulla saatava selville, mikä oikeushyvä on rangaistussäännöksen suojeluobjektina. Suojeluobjektin tunteminen on tarpeen rikostunnusmerkkien ja sen yksittäisten tunnusmerkkien sisällön selvittämiseksi. Oikeussäännösten (eli rikostunnusmerkistöjen) sisältö saadaan selville oikeussäännöksiä tulkitsemalla, joten suojeluobjektin tunteminen on säännösten tulkinnan edellytys. Kuitenkin kysymys siitä, mikä oikeushyvä on rangaistussäännöksen suojeluobjektina, saadaan puolestaan selville tulkinnan avulla. Jotta oikeushyvä ei olisi yhtä aikaa tulkinnan tulos ja sen edellytys, on oltava kyse eri asioiden tulkinnasta. Ristiriita lienee ratkaistavissa lähinnä siten, että oikeushyvä luetaan lainsäätäjän tarkoituksesta (lain esityöt tms.).[68]

Toinen ongelma liittyy siihen, että suojeluobjekti erotetaan loukkausobjektista. Rikoksen välittömän loukkausobjektin osoittaminen on yleensä suhteellisen ongelmatonta: esimerkiksi varkausrikoksissa sellaisena on (konkreettinen) omaisuus, esine tms., ja pahoinpitelyrikoksissa vastaavasti henkilö fyysisenä objektina. Oikeushyvä suojeluobjektina tarkoittaa kuitenkin jotakin muuta. Oikeushyvän käsitettä ei luonnehdita esim. subjektiivisten oikeuksien, vaan epämääräisemmin (keskimääräis)intressin käsitteen avulla.

Aineellista oikeudenvastaisuutta tosin luonnehdittiin oikeusjärjestyksen suojaamien intressien loukkaamisena tai vaarantamisena. Intressit, joita oikeusjärjestys suojaa, lienevät juuri oikeuksia. Jälleen kuljetaan kehässä: intressin merkitys aineelliselle oikeudenvastaisuudelle on kiinni siitä, suojaako oikeusjärjestys intressiä. Tämä kysymys puolestaan on ratkaistavana.

Jotta käsitys oikeushyvän käsitteen sisällöstä ja merkityksestä saisi valaistusta, on jälleen syytä palata Honkasalon oppi-isän, Edmund Mezgerin, huomioihin. Mezgerin mukaan vääryyden aineellisena sisältönä on aina inhimillisten intressien loukkaus.[69] Oikeus (das Recht) palvelee inhimillisiä tarkoituksia, tavoitteita ja intressejä. Ihminen on oikeuden yläpuolella eikä päinvastoin.

---

[67] Ms.
[68] Ks. mt. s. 19—20, 61.
[69] Die subjektiven Unrechtselemente s. 248.

Oikeus ei ole itsetarkoitus, vaan väline oikeuden ulkopuolisten tavoitteiden saavuttamiseksi.[70] Intressi on »tahdon osallistumista johonkin».[71]

Hertziin viitaten Mezger toteaa, että vääryys näyttäytyy aina kahtalaisena objektiivisen oikeuden vastaisuutena. Mezgerin viittaus on epäselvä, sillä Hertz tarkoitti tällä kahtalaisuudella sitä, että vääryyteen kuuluu sekä subjektiivinen että objektiivinen komponentti: se on sekä subjektiivista että objektiivista oikeuden vastaisuutta.[72] Mezgerin vääryyskäsitteestä kuitenkin puuttuu nimenomaan tämä syyllisyyspuoli.

Mezgerin vääryyskäsitteessä on subjekti toisella tavalla keskeisessä asemassa, vaikkakaan ei »toimiva subjekti». Intressin käsitteen mukana teolla loukatusta subjektista tulee keskeinen rikosopissa. Oikeuden aineellinen sisältö on suojella inhimillisiä intressejä. Oikeudenmukaisuuden lopullisena päämääränä on mahdollisimman laaja intressien toteutuminen. Vääryys on hänen mukaansa tämän oikeuden aineellisen päämäärän vastaisuutta.[73]

Kokoavasti Mezger toteaa, että muodollisesti tarkasteltuna vääryys on oikeuden vastaisuutta siten, että oikeus ymmärretään osoitteettomaksi arvottamisnormiksi, materiaalisesti tarkasteltuna se on oikeudellisesti suojattujen intressien vastaisuutta. Tuloksena on Mezgerin mukaan »metodisesti välttämätön», »puhtaasti objektiivinen» oikeuden ja vääryyden määrittely.

Modernisti ilmaisten voi sanoa, että Mezgerin (ja samalla Honkasalon) vääryysdoktriini on puhtaasti seurausvääryyspainotteinen. Toimintavääryydelle ei jätetä lainkaan tilaa, sillä opista on eliminoitu toimiva subjekti. Tästä syystä ei myöskään objektiivisista arvottamisnormeista ole mahdollista johtaa sisällöllisiä subjektin käyttäytymistä koskevia sääntöjä, ellei sellaisena ole pidettävä jonkinlaista yleistä vääryyden aiheuttamiskieltoa.

Objektiivisesti ymmärretyn oikeuden ja käyttäytymisen sääntelyn ylittämä-

---

[70] Mt. s. 248. Hertz toteaa, Das Unrecht und die allgemeinen Lehren des Strafrechts, Erster band, 1880 s. 9, että »(D)as Recht zieht die Linie, bis zu der unsere Interessensphäre eine Rechtssphäre ist und unser Wohl zu einem dem Rechtsschutze unterstellten Objekte wird.»

[71] »Das Interesse, das vom Recht geschützt wird, ist mithin eine psychische Beziehung des im Unrecht verletzten Subjekts zum Gegenstand seines Interesses.» Mezgerin käsitysten yhteys Iheringin nimeen liitettyyn intressilainoppiin on ilmeinen.

[72] Hertz, mt. s. 14 ss: »Schuldloses Unrecht ist... eine contradiction in adiecto, schuldhaftes Unrecht aber eine Tautologie.»

[73] Mezger, mt. »Der materielle Gehalt allen Rechts wird zutreffend in dem Schutz menschlicher Interessen, der materielle Gehalt alles Unrechts in der Verletzung solcher Interessen erblickt. Das Endziel allen Rechts, mit anderen Worten die Idee der Gerechtigkeit bestimmt sich als das Streben nach dem kompossiblen Maximum der Interessenbefriedigung. Was diesem Endziel zuwider ist, das ist materiell gesprochen 'Unrecht'.»

töntä kuilua yritetään kuroa umpeen kausaalisuusopin adekvaattisuusperiaatteella. Se pystyykin ainakin jossakin määrin olemaan apuna käyttäytymissääntöjä muotoiltaessa. Samalla se itse rikkoo systeemin perusajatuksia tuoden toimivan subjektin kausaalisuusoppiin. Se myös tekee tyhjäksi ideaalimallin mukaisen käsityksen kausalistisesta tunnusmerkistökäsityksestä. Normatiivisena periaatteena se normativisoi rikosopin tämänkin tason. Lisäksi adekvaattisuusnäkökohdan perustelut todistavat omaksuttujen perusratkaisujen ongelmallisuudesta: rikosoikeuden normin on käytännössä kuitenkin oltava käyttäytymisnormi, pelkästään objektiivista arvottamista osoittavat normit eivät ole kiinnostavia.

Vaikka Mezger eliminoikin toimivan subjektin vääryysopistaan, ei tätä tietenkään täysin sivuutettu, sillä toimivaa subjektia koskevat kysymykset kuuluvat syyllisyyden piiriin. Syyllisyys on hänen mukaansa aikaansaadun vääryyden moitittavuutta.[74]

Mezgerin rikosopissa jouduttiin systemaattisiin vaikeuksiin subjektiivisten vääryystunnusmerkkien lisäksi myös yritysopissa. Yritysopissa pitää erikoisen selvästi paikkansa, ettei puhtaan ulkonaisten seikkojen perusteella useinkaan ole pääteltävissä, minkä teon yrityksestä milloinkin on kysymys. Zielinski onkin osoittanut, että myös Mezgerin rikosopissa, erityisesti rikoksen yritystä koskien, esiintyy toimintavääryys.[75] Ongelmaksi muodostuu se, että yrityksen ja täytetyn rikoksen rakenteet tulevat toisistaan poikkeaviksi.[76]

Jälkeen päin ajatellen oli Mezgerin asennoituminen omaan rikosoppiinsa ehkä liiankin jäykän dogmaattinen. Systeemin sisäiset kriisitendenssit eivät saaneet häntä vakuuttuneeksi perusratkaisujen uudelleenarvioinnin tarpeesta. Sama saattaa päteä tietyssä mitassa Honkasalonkin ajatteluun.

Mezger katsoi myöhemmin olleensa finalisti jo ennen Hans Welzeliä, mutta ei kuitenkaan tehnyt finalismistaan samoja päätelmiä kuin Welzel, joka korosti toimintavääryyden merkitystä rikostunnusmerkistön tärkeänä osana. Mezger piti tiukasti kiinni kausalistisesta ja objektivistisesta tunnusmerkistökäsityksestään: Zielinskin mukaan »objektiivisella oikeushyväloukkauksella operoiva rikosopillinen ajattelu ei pystynyt osoittamaan subjektiivisille rikoselementeille systemaattista paikkaa ja tehtävää vääryyden käsitteessä. Vääryyden 'subjektivisointi' torjuttiin joko tulkitsemalla subjektiiviset vääryyselementit

[74] Mezger, mt. s. 250.

[75] Handlungs- und Erfolgsunwert im Unrechtsbegriff s. 48 ss. Eräitä »toimintavääryyteen» viittaavia piirteitä voi löytää myös Honkasalolta; esim. »elämän lakien» vastaisuus. Velvollisuudenvastaisuudesta tuottamusopissa ks. Yleiset opit II s. 122—123.

[76] Ks. erit. Zielinski, mt. s. 52.

objektiivisiksi, kieltämällä esimerkiksi yritysteon vääryys kokonaan tai katsomalla subjektiiviset vääryyselementit 'varsinaisesti objektiivisen' vääryyden rinnalla oleviksi poikkeuksiksi.»[77] Vasta Hans Welzelin finalismissa murtui kausalistinen ja objektivistinen tunnusmerkistökäsitys.

Modernissa saksalaisessa rikosikeudellisessa ajattelussa voi sanoa finalismin ansioksi nimenomaan toimintavääryyden korostamisen ja sitä seuranneen vääryys- ja tunnusmerkistökäsityksen monipuolistumisen. Toimintavääryydessä on keskeisin osanen tahallisissa tekomuodoissa tahallisuus, tuottamuksellisina rangaistavissa tekomuodoissa huolellisuusvelvollisuuden vastaisuus (ensi alkuun muotoiltiin jälkimmäinen potentiaaliseksi finaalisuudeksi eli potentiaaliseksi tahallisuudeksi).[78] Toimintavääryyden kehittely merkitsi samalla vääryysopin muuttumista henkilölliseksi: vääryyden on aina oltava henkilöllistä vääryyttä, toimivan subjektin vääryyttä.[79]

4. Lopuksi

Jescheckin jaottelussa Mezger edustaa uusklassismia, ja sama nimike sopii varmasti Honkasaloonkin. Uusklassismissa korostettiin rikoskäsitteen teleologisuutta, sen yhteyttä normatiiviseen perustaansa, rikosoikeuden tavoitteisiin ja arvoperustaan. Jossakin määrin siinä kuitenkin myös edistettiin dogmatiikan itsenäisyyttä suhteessa kriminaalipolitiikkaan.[80] Rikosoikeusjärjestelmän arvoilla ja tavoitteilla ei haluttu argumentoida avoimesti dogmaattisissa kysymyksissä. Honkasalolla tämä tule näkyviin niin adekvaattisuusperiaatteen kuin syyllisyyden normatiivisen ainesosan kohdalla. Normatiivisuuden itsensä perusta jää tarkkaan selvittämättä.

1990-luvun alun häämöttäessä ovat Brynolf Honkasalon oppikirjat edelleen käytössä yliopisto-opetuksessa. Ne ovat toistaiseksi viimeinen suuri yritys esittää rikosoikeuden yleisen osan säännöt ja periaatteet systemaattisessa muodossa. Sillä on lukuisia ansioita, eikä vähiten sen vuoksi, että juuri tietyillä normatiivisilla painotuksilla Honkasalo, ehkä tahtomattaan, ennakoi myöhempää rikosopillista kehitystä.

Modernin rikosoikeuden yksi suurista kysymyksistä on rikosopin normatiivisen perustan vahventaminen, minkä nykyisin katsotaan paljolti tarkoitta-

[77] Mt. s. 54.

[78] Welzel, Das Deutsche Strafrecht, 11. painos s. 59 ss., s. 127 ss.

[79] Mt. s. 62.

[80] Jescheck, Lehrbuch des Strafrechts s. 183—187.

van rikosoikeusdogmatiikan kytkemistä entistä selvemmin rangaistusteoreettisiin ja kriminaalipoliittisiin perusteisiinsa. Normatiivisten kysymysten kautta on mahdollista myös yrittää luoda jokin uusi rikosopin konstruktio. Toisaalta se avaa rikosoikeuden järjestelmän kritiikille uudella tavalla. Kun järjestelmän perusperiaatteetkin alistetaan kritiikille, saattaa järjestelmän perusteissa paljastua puutteita.

Erityisen selvästi tämä koskee rangaistusteoreettisia ja kriminaalipoliittisia päämääriä koskevia erimielisyyksiä, joita ei ehkä tieteen keinoin voida ratkoakaan. Honkasalon käsitykset kriminaalipolitiikasta tieteenä, »jonka käytännöllisenä tehtävänä on etsiä ja löytää parhaat mahdolliset keinot, joilla rikollisuutta voitaisiin vastustaa», tuskin saisivat tänä päivänä suurta kannatusta. Systematiikan uudelleenarviointi edellyttää jälleen rikosopin samoin kuin sen perusteiden tuoretta ja ennakkoluulotonta tarkastelua. Sen ei kuitenkaan tule rajoittua yksinomaan perinteiseen rikosoikeusdogmaattiseen tarkasteluun.

Toisintoimimismahdollisuus Serlachiuksella ja Honkasalolla — tavoitteita ja arvoja

Oikeustieteen kandidaatti *Ari-Matti Nuutila*

1. Syyllisyysvastuun tasot

Syyllisyysmoitetta vastuun edellytyksenä voidaan pitää rikosoikeudellisen ajattelumme sisällölliseen runkoon kuuluvana osana. Se heijastaa eräitä rikosoikeudellisen ajattelun perustavaa laatua olevia ja suhteellisen muuttumattomia piirteitä.

Rikoslainopillisessa kirjallisuudessa käytetään subjektiivisen syyllisyyden edellytyksestä usein nimitystä syyllisyysperiaate. Periaate-termi on kuitenkin harhaanjohtava, mikäli se yhdistetään 1980-luvulla käydyn ns. sääntö/periaatekeskustelun terminologiaan. Syyllisyysperiaatteen periaateluontoisuus ei nimittäin liity sen suhteeseen sääntöihin. Pikemminkin voitaisiin Hannu *Tolosen* termein sanoa, että syyllisyysperiaate on osa juridista teoriaa.[1] Toisesta näkökulmasta sitä olisi Juha *Pöyhösen* terminologian mukaan pidettävä osana oikeudellista mallia.[2] Sellaisena sen välitön ongelmanratkaisukyky saattaa olla hyvinkin alhainen.[3] Suuremman merkityksen se saa *sisällöllisen rikosoikeudellisen ajattelusysteemin* muodostamisessa.

---

[1] *Tolonen,* Hannu, Yleisten oppien rakenteesta ja merkityksestä, Juhlajulkaisu Allan Huttunen 1928 — 5/11 — 1988, Turku 1988, s. 177 ja 192—193.

[2] Sopimusmalleista ks. *Pöyhönen,* Juha, Sopimusoikeuden järjestelmä ja sopimusten sovittelu, Vammala 1988, s. 79—116.

[3] Toisintoimimismahdollisuuden käsite ei voine toimia tyydyttävästi syyllisyyden poistavien perusteiden systematisoinnissa ja tulkinnassa. Siihen tarkoitukseen se on liian avoin ja erottelukyvytön. Samoin *Jareborg,* Nils, Handling och uppsåt, Stockholm 1969, s. 359

Oppi subjektiivisesta syyllisyydestä vastuun edellytyksenä on yhteydessä rangaistusteorioihin. Rangaistusteoriana on suomalaisessa rikoslainopissa pidetty ajatusrakennelmaa, jonka puitteissa rangaistuksen käytön perusteita ja tavoitteita tarkastellaan eri toimintatasoilla ja joka antaa toisiinsa sovitettavissa olevat vastaukset eri tasoilla esitettäviin kysymyksiin.[4] Juridisena teorialla on yleensä kaksi luonteenomaista piirrettä. Ensinnäkin sen ilmaisema ajattelu ei ole yleensä monistista. Se sisältää *useita eri suuntiin vaikuttavia arvo- ja tavoitepostulaatteja,* joiden samanaikaiselle vuorovaikutukselle teoria pyrkii antamaan käsitteellisesti johdonmukaisen muodon. Toiseksi teoriat jakautuvat *eritasoisiin ilmiöihin.*[5]

Teorian tason esityksiin liittyy monia ongelmia. Vaarana on liikkuminen sellaisella yleisyystasolla, jolla käsitesysteemien suhde toimiviin oikeuskulttuureihin jää liian vähälle tarkastelulle. Oikeuden, politiikan ja moraalin suhde saattaa jäädä liian avoimeksi ja yhteiskunnalliset hyötynäkökohdat jäsentymättömiksi. Rangaistusteoreettiset sinänsä ansiokkaat käsitteellistämiset saattavat antaa paitsi liian yleisen ja eristetyn niin myös harhaanjohtavan kuvan oikeudellisesta ajattelusta. Niihin sisältyvät tavoite- ja arvoperustelut muotoillaan yleisellä tasolla oleviksi suhteellisen muuttumattomiksi analyysikehikoiksi, joiden puitteissa on tosiasiassa harjoitettu ja voidaan harjoittaa moneen suuntaan vievää rikosoikeuspolitiikkaa.

Sanalla sanoen: Rangaistusteoreettisille ajatuksille on mielestäni löydettävä *institutionaalista tukea* oikeusjärjestyksen eritasoisista toiminnoista.[6] Pyrin liittämään tietyn rangaistusteoreettisen ja lainopillisen ongelman sen reaaliseen ympäristöön, suomalaiseen rikoslainopilliseen tutkimukseen ja sen jäsentämisen tapaan. Tämä ongelma koskee *toisintoimimismahdollisuutta* syyllisyysvastuun edellytyksenä. Tarkastelen sitä, millä tavalla tai millaisilla syillä on rikoslainopissa tuettu toisintoimimismahdollisuuden vaatimusta vastuun edellytyksenä. Rajaan vielä syyntakeisuuden tarkastelujeni ulkopuolelle. Sinänsä voidaan ajatella, että toisintoimimismahdollisuuden rikosoikeudellinen merkitys on selvitettävissä siihen liitettävistä oikeusnormeista käsin. Tässä esityk-

---

ja *Lappi-Seppälä,* Tapio, Rangaistuksen määräämisestä I. Teoria ja yleinen osa, Vammala 1987, s. 283—284.

[4] Ansiokkaan esityksen rikosoikeuden justifiointiongelmista tarjoaa Lappi-Seppälä. Ks. *Lappi-Seppälä* 1987, s. 124—144 ja siinä mainittu kirjallisuus.

[5] Tasoerotteluista esimerkkeinä voidaan mainita Rossin ja Jareborgin esitykset. Ks. *Ross,* Alf, Responsibility and Punishment, London 1975, erit. s. 43—60, sekä *Jareborg,* Nils, Straffets syfte och berättigande, TfR 1985, s. 1—17.

[6] Institutionaalisesta tuesta ks. *Tolonen* 1988, s. 188.

sessä pyrin sen sijaan tarkastelemaan ensi sijassa sen hyväksyttävyysehtoja. Tarkastelutapaani voitaisiin siten kutsua *justifikatoriseksi.*[7]

Toisintoimimismahdollisuuden yksi uudenaikaisia muotoja sisältyy konformiteettiperiaatteeseen. Tätä syyllisyysperiaatteen muotoilua on pohjoismaissa analysoinut Nils *Jareborg.*[8] Siinä edellytetään tekijältä *kykyä* ja *tilaisuutta* toimia toisin. Kielellisen analyysin perusteella vastuun poissulkeutuminen voisi tulla kyseeseen, mikäli tekijällä:

— ei ollut kykyä tai tilaisuutta käyttäytyä lain vaatimalla tavalla, ja
— ei olisi ollut kykyä tai tilaisuutta toimia lainmukaisesti, vaikka hän olisi tehnyt X:n, joka hänen olisi pitänyt tehdä ja johon hänellä oli kyky ja tilaisuus.

Tässä muodossa voidaan puhua Tapio *Lappi-Seppälän* tapaan toisintoimismahdollisuudesta *vahvassa* mielessä.[9]

Vastaavasti *heikossa* mielessä toisintoimimismahdollisuus tarkoittaa sitä, että vastuusta vapauttaminen voi tulla tosiasiassa kyseeseen myös tilanteissa, joissa tekijällä kyllä oli kyky ja tilaisuus toimia toisin, mutta tältä ei esimerkiksi tilanteen pakottavuuden vuoksi *kohtuudella* olisi voitu *odottaa* muunlaista suhtautumista.[10] Moitteesta ja rangaistuksesta luovutaan siitä huolimatta, että henkilöllä oli kyky ja tilaisuus toimia toisin.

Vahva toisintoimimismahdollisuus viittaa ensi sijassa syyntakeisuuteen ja syyksiluettavuuteen. Mikäli syyntakeinen henkilö on toiminut syyksiluettavalla tavalla, täyttyy syyllisyysvaatimus säännönmukaisesti. Heikolle toisintoimimismahdollisuudelle antaa Suomen voimassa oleva oikeus suhteellisen vähän merkitystä. Ensi sijassa heikon toisintoimimismahdollisuuden vaatimusta ilmentävät rikoslain lainkohdista 3 luvun 9 §:ssä säädetty hätävarjelun liioittelu ja 3 luvun 10 §:ssä säädetty pakkotila eräiltä osin. Esimiehen käsky voitaneen liittää samaan ryhmään. Oikeuserehdyksen arviointia voidaan niin ikään pitää heikon toisintoimimismahdollisuuden tilanteena. Ratkaisu syyllisyyskysy-

[7] Justifikaation ja syväjustifikaation käsitteistä ks. esim. *Lappi-Seppälä* 1987, s. 127 ja *Pöyhönen* 1988, s. 94—101. Esityksessäni jätän tietoisesti ottamatta kantaa justifikaation ja syväjustifikaation väliseen eroon. Esitykseni teema on juuri eri justifikatoristen tasojen vuorovaikutus ja se, miten lainopissa on sovitettu erilaisia syväjustifikatorisia arvoja tavoiteargumentteja eräiden peruskäsitteiden määritelmiin.

[8] Ks. erit. *Jareborg* 1969, s. 355—385 ja *sama,* Brotten, Första häftet, Lund 1984, s. 40—45. Analyyttisestä muotoilusta ks. *von Wright,* Georg Henrik, Filosofisia tutkielmia, Juva 1985, s. 78—83.

[9] *Lappi-Seppälä* 1987, s. 139.

[10] *Lappi-Seppälä* 1987, s. 139. Ks. heikon muodon alkuperäisestä muotoilusta *Ross* 1975, s. 160 ja 171—173.

myksestä tehdään näiden perusteella negatiivisesti, rajoittamalla poikkeustapauksissa syyllisyysvastuuta. Ratkaisija yksinkertaisesti selvittää, onko tapauksessa käsillä tavanomaisoikeudellisia tai muita syyllisyyden poissulkevia perusteita (anteeksiantoperusteita).[11] Suomalaisessa kirjallisuudessa on Brynolf *Honkasalo* esittänyt heikolle toisintoimimismahdollisuudelle laajempiakin syyllisyysopillisia vaikutuksia. Tähän palaamme myöhemmin.

Perustelu*tasoista* ensimmäistä kutsun *järjestelmätasoksi.* Siinä on kysymys syyllisyysvastuun yleisestä mallista tai teoriasta, joka on suhteellisen riippumaton ajasta, paikasta, tosiasiallisesta yhteiskunnasta ja sen rikoslaista. Syyllisyysvastuu on siinä ideaalista. Siinä voidaan kysyä, onko rankaiseminen *ylipäätään* puolustettavissa tai esittää valtiollisen vallan käytölle absoluuttisia rajoja. Myös klassisen koulun sovitusteoriassa rikoksen sovittaminen rangaistuksella on oikeudenmukaista sinänsä. Samalla se on yhteisön velvollisuus.[12]

Toista tasoa nimitän *rikoslain tasoksi.* Taso on reaalinen. Se viittaa todellisessa yhteiskunnassa voimassa olevaan oikeudelliseen sääntelyyn. Lähtökohtaisesti sekä rikosoikeudellisen järjestelmän tavoitteisiin että arvoihin liitetty perustelu on välillinen. Lainsäätäjä tekee yhteiskuntapoliittisesti tärkeimmät tavoite- ja arvovalinnat, joita rikosoikeudellisen reaktiosysteemin tulee tavalla tai toisella toteuttaa. Keinot, joita rikollisuuden ehkäisemisessä käytetään, on jaettu, kuten tunnettua, yleis- ja erityisestäviin. Syyllisyysvastuuta voitaisiin ajatella perusteltavan tavoitteellisesti esimerkiksi siten, että muunlainen reaktiosysteemi ei toimi yleis- ja erityisestävästi. Toisaalta keinojen mahdollisimman tehokasta käyttöä voidaan rajata muilla perusteilla. Mahdollisimman tehokkaan reaktiosysteemin suhde perusoikeuksiin voitaisiin kokea ongelmalliseksi. Voidaan myös ajatella, että järjestelmän käyttö on saatettava sopusointuun yksilöautonomian ja ihmisarvon kanssa.

Kolmantena tasona on *ratkaisutaso,* jolla tuomioistuin arvioi tekoja rikosoikeudellisesti. Rikoslain rangaistusuhat realisoituvat langetettavissa tuomioissa. Myös perustelut syyllisyysvastuulle saattavat olla tällä tasolla toiset. Siinä kun

---

[11] Ks. *Lahti,* Raimo, Toimenpiteistä luopumisesta rikosten seuraamusjärjestelmässä, Vammala 1974, s. 287. Ks. myös *Frände,* Dan, Den straffrättsliga legalitetsprincipen, Ekenäs 1989, s. 179—180.

[12] Esimerkkinä järjestelmätason rajoituksesta voidaan mainita Immanuel Kantin välineellisen käyttämisen kielto. *Kant,* Immanuel, Grundlegung zur Metaphysik der Sitten (1785), Leipzig 1933, s. 51—54. On kuitenkin huomattava, että tällaisetkin selitykset siirrettynä rikoslain tasolle saattavat viime kädessä palautua kysymykseen valtion tehtävistä ja funktioista. Esimerkiksi Kantilla rangaistuksen ansaitseminen perustuu viime kädessä yhteiskunnan yleiseen oikeudenmukaisuuteen. Argumenttien sijoittaminen eri tasoille ei *ylipäätään* määräydy niinkään niiden substanssin vaan systemaattisen aseman perusteella.

syyllisyysvastuu perustellaan rikoslain tasolla ensi sijassa yhteiskuntapoliittisilla tavoitteilla, saattaa syyllisyysarvostelussa keskeiseksi ainesosaksi nousta moitearvostelu, jossa tuomioistuin punnitsee toisintoimimismahdollisuutta tapauksen erityisten olosuhteiden ja tekijään yksilönä liittyvien seikkojen valossa.

Perustelu*tyyppeinä* erotan *tavoiteargumentin ja arvoargumentin*. Alunperin jaottelun tavoite- ja arvorationaalisuuteen teki tunnetuksi Max *Weber*.[13] Aiheellamme on kuitenkin yksi — tosin välillinen — liittymäkohta 1980-luvulla käytyyn keskusteluun säännöistä, periaatteista ja tavoitteista. Jako tavoite- ja arvoargumentteihin muistuttaa Ronald *Dworkinin* erottelua tavoitteisiin ja periaatteisiin. Dworkin määrittelee tavoitteet (goals, policies) jonkin yhteiskuntapoliittisen päämäärän edistämiseksi. Periaate (principle) puolestaan määritellään oikeudenmukaisuuden tai sosiaalisen moraalin edistämiseksi.[14]

Dworkin käsittelee kuitenkin tavoitteita ja periaatteita ensi sijassa ratkaisijan kannalta. Käsitteet eivät siten sovellu syyllisyyskäsitysten perusteluanalyysiin ratkaisutason ulkopuolella. Siirryttäessä rikoslain tasolle ei jaottelu toimi. Lainsäätäjän tavoitteellista toimintaa saattavat tosiasiassa rajata erilaiset suhteellisen pysyvät oikeuskäsitykset, joita usein kutsutaan periaatteiksi. Usein on näin sanottu juuri syyllisyysperiaatteesta. Nämä periaatteet kuitenkin *itsessään* perustuvat tärkeinä pidettyihin yhteiskunnallisiin tavoitteisiin tai arvoihin.

Dworkinin esitykseen liittyy kuitenkin eräs tärkeä seikka. Sinänsä tavoitteet ja arvot voidaan esimerkiksi lainsäätäjän itselleen omaksumina toimintaohjeina kääntää toisikseen ja niiden välinen ero voi hävitä.[15] Tavoittelemme arvokkaina pitämiämme asioita ja pidämme arvokkaina tavoittelemiamme asioita.[16] Tarvitsemme perusteita erottavan elementin. Dworkinin esitys tarjoaa vaihtoehdoksi sen, että periaateargumentti liittyy yksilöön, tavoiteargumentti kollektiiviin tai yhteisöön.[17] Vastaavasti tässä käytetyn terminologian mukaan arvoargumentti liittyisi oikeusjärjestyksen yksittäisille kansalaisille takaamiin oikeuksiin, kuten henkilökohtaisen vapauden loukkaamattomuuteen. Siihen

---

[13] Ks. *Weber,* Max, Wirtschaft und Gesellschaft, Tübingen 1972, s. 12.

[14] Ks. *Dworkin,* Ronald, Taking Rights Seriously, London 1977, s. 22.

[15] Dworkin toteaa itsekin, että ero voi tällä tavalla hävitä. *Dworkin* 1977, s. 22—23.

[16] Tolonen huomauttaa, että tilanne on toinen, jos puhumme eritasoisista ilmiöistä. Normeiksi puetut yhteiskuntapoliittiset tavoitteet saavat tuomiostuintoiminnassa huomioon otettaville toimintaohjeille ominaisen yleistettävyyden. Tavoitteet voivat muuttua periaatteiksi. *Tolonen,* Hannu, Säännöt, periaatteet ja tavoitteet: oikeuden, moraalin ja politiikan suhteesta, av. 80 jäljessä lausuttu. Artikkeli ilmestyy myöhemmin aikakauskirjassa Oikeustiede Jurisprudentia XXII 1989.

[17] *Dworkin* 1977, s. 90.

sisältyy oikeudenmukaisuuden vaatimus. Tavoiteargumentti kertoisi puolestaan muuta kuin yksilöä silmällä pitävän yhteiskuntapoliittisen päämäärän, kuten liikenneturvallisuuden, edistämisestä. Keinojen tulisi olla tarkoituksenmukaisia ja tehokkaita. Sinänsä arvojen ja tavoitteiden yhteensovittamisessa kummallakaan ei ole prima facie -luonteista etusijaa. Lopulta kysymys on *rationaalisesta yhteiskuntapolitiikasta.* Syyllisyysvastuun rationaliteetti on ratkaistava tavoitteiden ja arvojen välisenä punnintana.[18]

Jaottelu kollektiivisen tavoitteen ja individuaalisen arvon välillä näyttää vastaavan erästä keskeistä rikosopillista erottelua. Tämä erottelu on tehty toisaalta rangaistuksen yleis- ja erityisestävän vaikutuksen välillä ja toisaalta psykologisen ja normatiivisen syyllisyyskäsitteen välillä.

Sosiologiseen koulukuntaan on liitetty positivistinen sosiologia ja luonnonkausaalisuus. Sen keinona rikollisuuden vastaisessa taistelussaan oli rikoksentekijään vaikuttaminen yksilönä muun muassa parantamalla. Rangaistus määrätään tekijän ominaisuuksien mukaan. Loppuun asti vietynä parantamistavoite merkitsisi sitä, että rangaistusinstituutio korvattaisiin sosiaalihygieenisellä reaktiosysteemillä. Rikosteko ja syyllisyys menettäisivät merkityksensä. Myös se, jonka ei katsota toimineen tuottamusvastuun edellyttämällä tavalla huolimattomasti, voi tarvita »parantamista». Vaikka sosiologisen koulukunnan piirissä ei haluttu mennä näin pitkälle meneviin johtopäätöksiin, voidaan mielestäni sanoa, että sosiologisen koulun kriminaalipoliittinen ohjelma perustuu keskeisiltä osiltaan rikosoikeudelliselle reaktiosysteemille asetettaviin kollektiivisiin tavoitteisiin. Koulukunta edellyttää rangaistukselta ensi sijassa *tarkoituksenmukaisuutta.*

Yleisestävyyttä voidaan pitää ensi sijassa rikoslain tason, ei tuomitsemistoiminnan yleistavoitteena. Yleisestävyysajatuksen klassinen muotoilu on psykologisen pakon teoria.[19] Rangaistusuhat vaikuttavat välillisesti ja langetetut

[18] Tässä esitetty jaottelu tavoite- ja arvoargumentteihin vastaa Suomessa Raimo Lahden esittämää oikeusdogmatiikkaan sisällöllisen yhteyden omaavien periaatteiden jakoa oikeudenmukaisuus-, hyödyllisyys- ja humaanisuusvaatimuksiin. Humaanisuusvaatimus jätetään tämän esityksen ulkopuolelle. Ks. *Lahti,* Raimo, Pohjoismaiden kriminaalipolitiikan ajankohtaisia kehityssuuntia, Jurisprudentia Turkuensis Turun yliopiston oikeustieteellinen tiedekunta 1961—1986, Helsinki 1986, s. 237—243.

Lainsäätämisen tasolla tapahtuvaan punnintaoperaatioon viitataan esim. Rikoslakiprojektin ehdotuksessa Oikeushenkilön rangaistusvastuusta. Ks. *Oikeushenkilön rangaistusvastuu.* Rikoslakiprojektin ehdotus. OM:n lainvalmisteluosaston julkaisu 13/1987, s. 6. Siinä todetaan, että syyllisyysperiaate on sisällöltään määriteltävä *yhteiskunnallisen kehitystarpeen edellyttämällä tavalla* (kurs. tässä).

[19] Ks. *Feuerbach,* Anselm Ritter von, Lehrbuch des gemeinen in Deutschland gültigen peinlichen Rechts, 12. Originalausgabe, Giessen 1836, s. 23—29.

rangaistukset välittömästi rikollisuutta vähentävästi. Teoria edellyttää sitä, että rikoksentekijä ainakin epäilee toimivansa kielletyllä tavalla ja toimii tietyssä mitassa rationaalisesti. Sen pohjalle rakentuvassa moraalinmuodostusteoriassa pääajatuksena on, että rikollista ei rangaista, koska hän toimii moitittavasti, vaan siksi, että rikollinen leimataan rankaisemalla moitittavaksi.[20] Yleispreventiivisten näkökohtien huomioonottaminen on kuitenkin viime kädessä sekin ristiriidassa toisintoimimismahdollisuuden kanssa ainakin, jos pidämme silmällä ensi sijassa rangaistuksen pelotusvaikutusta. Periaatteessa tehokkainta preventio olisi, mikäli järjestelmässä käytettäisiin kaikki tilaisuudet rangaista. Juuri preventioteho on ollut keskeinen argumentti eri maissa säädettäessä esimerkiksi yhteisövastuusta objektiivisena rangaistusvastuuna. Syyllisyysvastuuta voidaan perustella yleispreventiivisillä syillä viittaamalla järjestelmän legitiimiyden säilymiseen. Tämä on kuitenkin empiirinen, todentamista edellyttävä argumentti. Myös tässä tapauksessa rangaistuksen ensisijainen funktio on sen tarkoituksenmukaisuus. Näyttää siltä, että nykään tavoitteellinen argumentti ei voi viime kädessä yksin tukea toisintoimimismahdollisuutta.[21]

Tukea toisintoimimismahdollisuudelle voidaan hakea jäsentämällä oikeudellinen arviointiprosessi osaksi muiden kuin preventiivisten syiden varaan. Vastuunalaisuuden ehtoihin voidaan liittää moitittavuusmomentti. Normatiiviselle koulukunnalle on pidetty leimallisena juuri psykologisen syyllisyyskäsitteen hylkäämistä. Syyllisyys ei määräydy tekijän sisäisenä suhteena tekoon ja seuraukseen, vaan keskeiseksi syyllisyystekijäksi nousee tuomioistuimen tekemä moitearvostelu, joka merkitsee sitä, että tekijä on tehnyt muuta kuin hänen olisi pitänyt tehdä. Tämä merkitsee samalla arvoargumenttien korostumista. Lainsäätäjän pyrkiessä toteuttamaan lainsäädännöllä esimerkiksi oikeusturvaa parantavia uudistuksia tavoitteet muuttuvat normin tasolla luonteeltaan *oikeudenmukaisuutta* ilmaiseviksi arvoargumenteiksi.

Tarkastelen jatkossa sitä, millä tavalla edellä hahmottelemani tavoitteiden ja arvojen välinen vaikutussuhde ilmenee Allan *Serlachiuksen* ja Brynolf *Honkasalon* tuotannossa. Koulukuntaerottelun perusteella voitaisiin katsoa, että

---

[20] Ks. *Jareborg* 1969, s. 364.

[21] Alunpitäen käsitys siitä, että rangaistus on tehoton yleisestävältä kannalta, mikäli teko ei osoita tekijässään syyllisyyttä, on Benthamin. Ks. *Bentham*, Jeremy, An Introduction to the Principles of Morals and Legislation (1789), London 1982, s. 160—162 (luku XIII § iii). Käsitystä ovat kritisoineet analyyttiseltä kannalta Hart ja Jareborg. Ks. *Hart*, H.L.A., Punishment and Responsibility, OUP 1968, s. 40—50 ja *Jareborg* 1969, s. 366—368. Lisäksi yleisestävyyden tosiasiallisista vaikutustavoista vallitsee epätietoisuutta. Alkuperäisen pelotusvaikutuksen rinnalle on esitetty välillisempiä vaikutuksia. Ks. niistä *Frände* 1989, s. 131—143.

Serlachiuksella toisintoimimismahdollisuus edellyttäisi itsenäistä, tarkoituksenmukaisuusajattelusta erotettavaa perustelua. Honkasalolla perustelu olisi sen sijaan helpommin sijoitettavissa suoraan normatiiviseen syyllisyyskäsitykseen. Asia ei ole kuitenkaan näin selkeä. Jatkossa tulemme huomaamaan, että Serlachiuksen syyllisyysoppiin kuului hänen tuotantonsa alkuvaiheessa selkeä moitittavuusmomentti, joka sisällöltään muistutti klassisen koulun oppeja.[22] Moitittavuusmomentti ei Serlachiukselta tosin saanut korostuneen oikeudellista muotoa. Toisaalta Honkasalon syyllisyysopin normatiivisuus näyttää tämän kysymyksenasettelun valossa odotettua vähäisemmältä. Useat keskeisistä syyllisyysoppia jäsentävistä käsitteistä Honkasalo omaksui muuttamattomana Serlachiuksen myöhäistuotannosta, jolloin Serlachius oli jo omaksunut naturalistisen syyllisyysopin. Kaiken kaikkiaan Serlachiuksen ja Honkasalon käsitykset toisintoimimisen merkityksestä eivät ratkaisevan paljon poikkea toisistaan. Erot ovat moitittavuuden jäsentämisen tavassa ja sen aineellisessa sisällössä. Perustelen väitteitäni jatkossa siten, että tarkastelen erikseen kummankin tuotantoa edellä mainittujen taso- ja argumenttierottelujen valossa.

2. Allan Serlachius

Serlachiuksella rangaistuksen oikeutus rikosoikeudellisen järjestelmän tasolla riippuu sen yhteiskuntaa hyödyttävästä tehtävästä inhimillisiä oikeudellisia etuja suojelemassa.[23] Yhteiskuntasuojelun ajatus ei ollut Serlachiuksella järjestelmää ylipäätään justifioiva syy. Siihen ei sisältynyt käsitystä valtion tehtävistä. Yksinkertaisesti kysymys oli siitä, että rikosoikeudellisen järjestelmän tuli taata jokinasteinen tehokkuus säädettyjen kriminalisointien tukemisessa. Oikeuden ja moraalin välillä ei Serlachiuksen mukaan ole välttämätöntä yhteyttä. Yleisen oikeuskäsityksen kanssa ristiriitainen laki saattaa ainoastaan menettää tehokkuutensa.[24]

Serlachiuksen käsitys rikoslain luonteesta muuttui vuosisadan vaihteen tienoilla. Vielä väitöskirjassaan vuonna 1897 Serlachius piti normeja yhteistah-

[22] Serlachius itse kieltäytyi lukemasta itseään niin klassiseen kuin sosiologiseenkaan kouluun. *Serlachius,* Allan, »Uudet taivaanrannat» rikosoikeudessa, LM 1911, s. 139.

[23] Ks. *Serlachius,* Allan, Suomen rikosoikeuden oppikirja. I osa. Yleiset opit, Helsinki 1909, s. 24—25. Ks. myös *Serlachius,* Allan, Sananen nuorsaksalaisesta kriminalistikoulusta, LM 1903, s. 77.

[24] Ks. esim. *Serlachius,* Allan, Lainopin alkeet, Porvoo 1910, s. 16—17 ja *sama,* Lainsäätäjän valta, LM 1921, s. 5—7.

don ilmauksina.[25] Ajatuksen Serlachius oli omaksunut klassiselta koululta, jonka piirissä oli esitetty, että rikoslaki vain vahvistaa sen, mitä kansa muutoinkin pitää oikeana — ja mikä idealistisessa katsannossa siten onkin oikein. Neljä vuotta myöhemmin Serlachius sitä vastoin katsoi jo, että rangaistusnormien niin kuin muidenkin oikeuslauseiden sisällön määräävät ihmiset, ja niiden voimassaolo riippuu inhimillisestä tahdosta. Laki riippuu aina kulloinkin valtaa käyttävien intresseistä.[26] Klassisen koulun piirissä esitettyä rangaistusoikeutta valtiolla ei ole. Rankaiseminen perustuu yhteiskunnassa voimassa oleviin voimasuhteisiin ja *käytännöllisiin tarpeisiin*.[27]

Miten yhteiskuntasuojelun tavoitetta oli sitten syyllisyysopin tasolla toteutettava? Rangaistuksen nimenomainen ja ainoa tarkoitus on laissa säädettynä kärsimyksenä vaikuttaa rangaistuun ja hänen ympäristöönsä.[28] Rikosoikeudellisen järjestelmän toimintatavat ovat yleis- ja erityisestävyys. Täsmällisemmin määriteltynä erityisestävyys toteutuu vaikuttamalla rikoksentekijän luonteeseen. Erityisestävältä kannalta rationaalista rangaistuksen käyttö on siten vain, jos tekijän psykologinen suhde tekoon on sellainen, »että sitä voidaan pitää merkkinä sellaisista hänessä olevista luonteen ominaisuuksista, joihin rangaistuksen voidaan otaksua *vaikuttavan*» (kurs. tässä).[29] Syyllisyysoppi vastaa kysymykseen, milloin tällainen tilanne on käsillä.

Syyllisyys merkitsee *ensinnäkin* tekijän puutteellista velvollisuuden täyttämistä. Syyllisyysarvostelun sisällys on se, että tekijä on menetellyt yhteiskunnanvastaisesti, siis toisin kuin hän olisi voinut ja hänen olisi pitänyt.[30] Voimi-

[25] *Serlachius,* Allan, Bristande lagkunskap och dess inverkan på straffbarheten, Helsingfors 1897, s. 17.

[26] *Serlachius,* Allan, Straff och skadestånd, Helsingfors 1901, s. 9—13. Ks. myös *Serlachius* 1909, s. 25 ja 26. Serlachius puhuu suoraan valtaapitävien luokkaintresseistä. Esimerkkinä oikeudellisesta suhteesta, jossa vallanpitäjien luokkaedut ilmenevät niin selvästi, että niiden täytyy loukata järjestelmän kritiikittömämpääkin ihailijaa, Serlachius esittää työnantajan ja työntekijän välisen suhteen. Työnantaja, joka kieltäytymällä antamasta työtodistusta työntekijälle asettaa tämän taloudelliset elinehdot vaakalaudalle, selviää sakolla, kun työntekijä, joka pikaistuksissaan syyllistyy vahingoiltaan merkityksettömään vahingontekoon työnantajaa vastaan, saa vankeutta. *Serlachius* 1901, s. 12. Serlachius oli muutenkin aktiivinen oikeuspoliittiseen keskusteluun osallistuja. Kirjoituksista, joissa Serlachius jossain määrin lähestyi sosialistisen työväenliikkeen ajatuksia, mainittakoon Rosvokaupat pois!, LM 1903, s. 143—146, Voikan lakon johdosta, LM 1904, s. 206—210, Veljesmurhan tapahduttua, LM 1906, s. 121—132 ja Kapinavankien armahdus, LM 1921, s. 124—129.

[27] *Serlachius* 1909, s. 75.

[28] *Serlachius* 1909, s. 22 ja 24.

[29] *Serlachius* 1909, s. 128.

[30] Serlachius puhuu »syyllisyydestä asiallisessa mielessä». *Serlachius* 1909, s. 113. Aikaisemmassa yhteydessä Serlachius puhuu samasta asiasta hieman eri painotuksin velvolli-

sella viitataan syyksiluettavuuteen. Syyksilukeminen merkitsee sitä, että teko todistaa »tekijänsäkin mieleltään yhteiskunnanvastaiseksi».[31] *Tähän* käsitteeseen ei sisältynyt moitittavuusarvostelua jonkin mittapuun mukaan. Yhteiskunnanvastaisuus on *teossa* se ominaisuus, jonka vuoksi se on kriminalisoitu. *Tekijän* yhteiskunnanvastaisuudella Serlachius tarkoitti ainoastaan sitä, että tekijä teki norminvastaisen teon tietoisena sen siitä ominaisuudesta, jonka vuoksi se oli kielletty. Käsite yhdisti siis teon norminvastaisuuden tekijään, jonka tahdonmuodostukseen rikosoikeudellisen järjestelmän oli määrä vaikuttaa.[32]

Tahallisuus ja tuottamus ovat Serlachiuksella naturalistien tapaan »siveellisesti värittömiä käsitteitä».[33] Oikeuserehdyksen vaikutusta punnitessaan Serlachius toteaa nimenomaisesti, että tahallisuudessa ja tuottamuksessa on kyse teon *tosiasiallisesta* eikä sen oikeudellisesta laadusta.[34] Tahallisen teon suurempi rangaistavuus verrattuna tuottamukselliseen perustuu yksinomaan siihen, että tahallisuuden käsittämä tietoisuus tekijässä indisoi teossa suurempaa *vastavaikutinta*. Tahalliseen tekoon on siten suurempi tarve reagoida kuin tuottamukselliseen.[35] Tahallisuus ja tuottamus ovat tavoitteellisia, järjestelmän *tarkoituksenmukaisuuteen* viittaavia käsitteitä. Niillä viitataan tosiasiamaailman ilmiöihin eli *erityisestävien toimenpiteiden tarpeeseen*.[36] Tällä tasolla syyllisyyskäsitystä voidaan kutsua psykologiseksi, *mutta mitään muuta se ei voisikaan*

suudenvastaisena toimintana. »Skuld yttrar sig i pliktvidrigt handlande, d.v.s. i ett handlingssätt, som innebär en bristande underkastelse af individen under de honom besjälande rättsidéerna, rättsnormerna.» *Serlachius*, Allan, Orsak och verkan i straffrätten med speciell hänsyn till begreppet skuld, JFT 1898, s. 1.

[31] *Serlachius*, Allan, Suomen rikosoikeuden oppikirja. Ensimmäinen osa. Yleiset opit, 2. painos, Helsinki 1919, s. 68. Ks. myös *Serlachius* 1909, s. 76—77.

[32] Yhteiskunnanvastaisuus antaa käsitteen sisällöstä harhaanjohtavan kuvan. Ottaen huomioon Serlachiuksen lakikäsite olisi hän mielestäni voinut puhua yhtä hyvin esimerkiksi teon ja tekijän intressinvastaisuudesta asiasisällön silti muuttumatta. *Serlachius* 1909, s. 24—25 ja *Serlachius* 1919, s. 19—20.

[33] *Serlachius* 1909, s. 142 ja *Serlachius* 1919, s. 136. Serlachius katsoo, että »teko on siveellisesti aivan väritön — sitä ei hyväksytä eikä paheksuta... Tahallisuus ja tuottamus eivät toisin sanoen ilmaise teon suuntaa — hyvään vaiko pahaan päin — vaan sitä voimaa, millä teko menee toiseen tahi toiseen suuntaan». *Serlachius* 1909, s. 142—143. Aiheen ulkopuolelle jää se, voidaanko *mitään* tunnusmerkistötekijöitä pitää Serlachiuksen edellyttämällä tavalla deskriptiivisinä.

[34] *Serlachius* 1909, s. 148.

[35] *Serlachius* 1909, s. 142—144.

[36] Esim. Paavo Hiltunen kritisoi Serlachiusta siitä, että tämä ei myönnä tuottamuksen normatiivista luonnetta. *Hiltunen*, Paavo, Syyllisyyskäsite rikoksen uusimisessa, Vammala 1951, s. 177. Hiltusen kritiikki ei mielestäni osu maaliinsa. Serlachius ei käsittele tässä yhteydessä sitä, miten tuottamuksellisia tekoja tulisi arvioida. Syyllisyyden arvottava ele-

olla. Vasta toisen asteen kysymys on nimittäin se, miten oikeudellinen arviointiprosessi tehdään.

Edellä lausuttu koskee kuitenkin ainoastaan rangaistuksen erityisestävää vaikutusta. Preventio voi toteutua paitsi täytäntöönpantuna rangaistuksena erityisestävästi niin myös rangaistusuhan kautta yleisestävästi.[37] Serlachius havaitsee sinänsä ongelman, joka liittyy yleisestävyyden ja syyllisysvastuun väliseen suhteeseen. Hän toteaa nimenomaan, että rangaistuksen tulee toteuttaa *samanaikaisesti* kumpaakin funktiotaan.[38] Serlachius perustelee kantansa aikaisemmassa yhteydessä. Hän myöntää, että yleisestävä teho saattaa laskea, jos syyntakeisuusvaatimuksesta pidetään kiinni. Serlachius toteaa hieman monimielisesti, että mikäli näin menetellään, kysymys ei ole enää rangaistuksesta vaan väkivallasta *(våldsgärning).* Se olisi Serlachiuksen mukaan paitsi brutaalia niin myös pitkän päälle prevention kannalta *tehotonta.*[39] Syyllisyysvastuun ratio rikoslain tasolla on tavoitteellinen, eikä siihen sisälly arvottavia elementtejä. Perustelu sille, miksi vain erityisestävältä kannalta tehokas rangaistus voi toimia yleisestävästi, näyttää pulmalliselta.[40] Mahdollisesti yhteyttä voitaisiin perustella tavoitteellisesti viittaamalla integraatiopreventioon ja siihen, että järjestelmä, joka ei tunnusta toisintoimimismahdollisuutta vastuuvapausperusteena, menettää tosiasiassa hyväksyttävyytensä ja legitiimiytensä — ja sitä kautta tehokkuutensa.[41] Tämäkin olisi kuitenkin empiirinen, todentamista edellyttävä väite.

Siirrymme Serlachiuksen syyllisyysopin toiseen, mielestäni keskeiseen ulottuvuuteen. Se erottaa Serlachiuksen varhaistuotannon tärkeällä tavalla sosiologisen koulun syyllisyysopista. Edellä todettiin, että syyllisyys liittää yhteen teon ja tekijän yhteiskunnanvastaisuuden erityispreventiiviseltä kannalta rationaalisena pidettävällä tavalla. Serlachius antaa psykologiselle syyllisyydelle myös *toisen* merkityksen. Syyksiluettavuus ja syyntakeisuus ovat Serlachiuksen mukaan *yleisiä vastuunalaisuuden* — moraalisen tai oikeudellisen — *edel-*

mentti tulee tarkasteltavaksi syyllisyyspaheksumisen yhteydessä. Ks. myös vastaväittäjänä toimineen Bruno A. Salmialan lausunto, LM 1952, s. 252.

[37] *Serlachius* 1909, s. 27—28.

[38] *Serlachius* 1909, s. 29.

[39] *Serlachius* 1901, s. 69—70.

[40] Näin myös Klami. Ks. *Klami,* Hannu Tapani, Oikeustaistelijat, Porvoo 1977, s. 104.

[41] Termi on Claus Roxinin. Ks. *Roxin,* Claus, Zur jüngsten Diskussion über Schuld, Prävention und Verantvortlichkeit im Strafrecht. Festschrift für Paul Bockelmann, München 1979, s. 306. Teema toistuu Roxinin myöhemmässä tuotannossa. Ks. esim. *Roxin,* Claus, Rikoslainopin kriminaalipoliittisesta merkityksestä, LM 1989, s. 327—329.

lytyksiä. Serlachius näyttää siten kieltävän sellaisen rikosoikeudellisen vastuunalaisuuden, joka ei sisällä syyksiluettavuutta ja syyntakeisuutta.[42] Yhtäältä Serlachius perustelee syyksilukemisen lajit tavoitteellisina, mutta toisaalta rinnastaa rikosoikeudellisen vastuunalaisuuden eettiseen.

Syyllisyys ja siihen perustuva paheksumisarvostelu erotetaan siten terminologisesti selvästi toisistaan. Syyllisyyteen perustuva paheksuminen on tuomioistuimen tekemä oikeudellinen arviointiprosessi. Näkökulma muuttuu ratkaisevasti. Kun rikoslain tasolla ne seikat, joihin myöhemmässä arviointiprosessissa kiinnitetään huomiota, perustuvat rikosoikeudellisiin tavoitteisiin, perustuu syyllisyysmoite *»oikeudellissiveellisiin»* arvopostulaatteihin.[43] Oikeudellista syyllisyyttä tarkoittava tuomio sisältää paitsi ei-toivotun teon toteamisen niin myös paheksumis- tai moitearvostelun. Paheksuminen merkitsee sitä, että tekijältä on puuttunut tahtoa yhteiskunnalliseen mukautumiseen.[44]

Miten näkökulman muutos selitetään? Serlachius käsittelee kysymystä eri tavoin neljässä yhteydessä. Ensimmäisen esitys on väitöskirjassa (1897) ja muut teoksissa *Straff och Skadestånd* (1901) sekä yleisten oppien oppikirjan painoksissa vuosilta 1909 ja 1919. Sen jälkeisessä tuotannossa Serlachius näyttää pitäytyneen vuonna 1919 omaksumassaan kannassa.

Väitöskirjassaan Serlachius katsoo syyllisyysarvostelun merkitsevän sitä, että tekijä on toiminut toisin kuin hänen olisi pitänyt. Tässä yhteydessä Serlachius nimenomaan ottaa esille Lisztin ja Löfflerin omastaan eriävän kannan, jossa moitittavuus oli suljettu syyllisyyden ulkopuolelle.[45] Serlachiuksen voidaan sanoa tässä vaiheessa asettuneen klassisen koulun ja sosiologisen koulun välimaastoon.

Vuonna 1901 Serlachius katsoo, että paheksuminen perustuu kuvitteluun rikoksen tehneen toisintoimimismahdollisuudesta ja siinä mielessä tämän tahdon vapaudesta. Myöhemmin Serlachius esittää tälle syyksi inhimillisessä tiedossa nyt ja vastaisuudessa olevat puutteet.[46] Vielä vuonna 1901 Serlachius piti kuitenkin syynä vapauskuvittelulle jotain aivan muuta ja perustavaa laatua olevaa. Serlachius esittää selityksenä — ehkä hieman yllättäen — *Kantin puhtaan*

[42] Tässä on kyse »syyllisyydestä muodollisessa mielessä», joka merkitsee sitä, »että on olemassa kaikki mitä vaaditaan, jotta teon laadusta voitaisiin päättää millainen tekijä on». Serlachius *ei* tarkoita erityisestävien toimenpiteiden tarvetta, vaan sitä, että tekijää ylipäätään *voidaan* moittia vain, mikäli syyntakeisuus- ja syyksiluettavuusvaatimukset täyttyvät. *Serlachius* 1909, s. 113.

[43] *Serlachius* 1909, s. 113. Samoin *Serlachius* 1919, s. 105.

[44] *Serlachius* 1909, s. 113 ja *Serlachius* 1919, s. 109.

[45] *Serlachius* 1897, erit. s. 44—47.

[46] *Serlachius* 1909, s. 114 ja *Serlachius* 1919, s. 105.

järjen ns. kolmannen antinomian vapauden ja kausaliteetin toisensa poissulkevasta suhteesta.[47] Serlachius ei tosin viittaa Kantiin eikä kehenkään muuhunkaan.

Pääajatuksena on se, että ihminen on samanaikaisesti kahden maailman asukki. Yhtäältä toiminta on jäännöksettömästi luonnonkausaalisuudella selitettävää. Mutta yhtä jäännöksettömästi moraalin, siveellisyyden ja oikeudellisen moitteen alueella on ihmisen toiminta ajateltava vapaaksi.

Luonnonlain tasolla kaikki, mikä tapahtuu, on seuraus edelläkäyneistä syistä. Jos ei näin olisi, siis jos ihminen toimisi edellytyksettömästi, löyhästi ilmaisten »niin kuin mieleen juolahtaa», rangaistuksen yleis- ja erityisestävä vaikutuskin olisi korkeintaan satunnaista. Luontoa konstituoiva prinsiippi on kausaliteetti. Tämä perusasettamus, jolla on läheinen yhteys positivistiseen sosiologiaan ja kriminologiseen tutkimukseen, on Serlachiuksen kriminaalipoliittisen ajattelun kivijalka. Mille tahansa muutokselle on olemassa riittävät ja välttämättömät kausaaliehdot siten, että mitään muuta kuin tapahtui, ei olisi voinutkaan tapahtua. Inhimilliset teot eivät ole tässä suhteessa poikkeus. Tekoja voidaan kognitiiviselta pohjalta ennustaa ja luonnonkausaalisuuden kannalta ne ovat sellaisia, ettei niistä voida asettaa ketään vastuuseen.[48]

Siinä missä kriminaali- ja oikeuspolitiikassa voimme operoida olemismaailman kausaalisuuslailla, edellyttää oikeudellisen ratkaisun tasolla — pitämismaailmassa — moite ja käyttäytymisen rationaalisuuden tai hyväksyttävyyden arviointi välttämättä sitä, että ajattelemme toimintamme perustuvan jossain mielessä valintoihin tai ainakin niiden mahdollisuuteen. »Koko olemassaolomme perustuu tähän antinomiaan».[49] Serlachiukselle tahdonvapaus on ajattelumme välttämätön rakenneosa.

Mitä tämä merkitsee Serlachiuksen syyllisyysmoitekäsitykselle? Serlachiuksen kanta kysymykseen muuttui vuoden 1901 jälkeen selvästi naturalistisen syyllisyyskäsityksen suuntaan. Varhaistuotannossaan Serlachius kiinnitti huomiota siihen, että paheksumisarvostelu kytkee tehdyn teon paheksuttavuuden tekijän arviointiin. Syyllisyysmoitteen keskeinen sisältö on se, että tekijä on voi-

[47] Teema sinänsä oli kyllä tuolloin uuskantilaisten tutkijoiden huomion kohteena. Alkuperäisestä Kantin muotoilusta ks. *Kant* 1933, erit. s. 74—77.

[48] Tästä johtuu muun muassa se, että toimenpiteet rikollisuuden vähentämiseksi tulisi suunnata ensi sijassa rikollisuuden syihin, ei näiden luonnonkausaalisuuden välttämättömyydellä vaikuttaneiden syiden vaikutuksen alaisuudessa toimineisiin ihmisiin. Ks. *Serlachius* 1909, s. 115.

[49] Serlachius käyttää nimenomaan kantilaissävyistä käsitettä 'antinomia' vielä oppikirjansa toisessakin painoksessa. Ks. *Serlachius* 1909, s. 116 ja *Serlachius* 1919, s. 109. Ks. myös *Serlachius* 1897 s. 9—11.

nut toimia toisin.[50] Tekijä on menetellyt myös oman käsityksensä mukaan velvollisuudenvastaisesti. En puutu tässä yhteydessä Serlachiuksen kiintoisan esityksen yksityiskohtiin. Olennaista on se, että normin pitämismomentti aktualisoituu vain sen kohteen tietoisuudessa.[51] Tahdonmuodostuksen sellaisesta ominaisuudesta, joka mahdollistaa eettisen moitearvostelun, tulee *yleinen oikeudellisen vastuun edellytys.* Psykologinen voima *(psykologisk styrka)* toimia oman päätöksensä mukaan ei ole ristiriidassa kausaalisuuden kanssa. Sen kannalta tarkasteltuna vapausarvostelu merkitsee ainoastaan: »Olisit voinut toimia toisin, jos olisit niin halunnut. Ja olisit niin halunnut, jos olisit ollut toisenlainen.»[52]

Mutta miten paheksua tekijää, jos samanaikaisesti meidän on myönnettävä, ettei hän tosiasiassa olisi voinut toimia toisin? Serlachius tekee tärkeän huomautuksen siitä, että toisintoimimismahdollisuuden käsitteelle voidaan antaa mielekäs merkitys vain jos puhumme siitä yleistettävänä käsitteenä, ei konkreettisesta tilanteesta sisältönsä saavana. Vasta yleistettävän mittapuun valossa voimme sanoa, että tapahtumainkulku olisi voinut olla toisenkinlainen. Sen sijaan, että tarkastelisimme tekijän luonteenpiirteitä sellaisenaan — mikä on sitä paitsi mahdottomuus —, me tarkastelemme keskimääräisihmisen relevantteina pidettyjä piirteitä. Syyllisyysmoite »olisit voinut toimia toisin» merkitsee siten: Olet ihminen ja ihminen olisi voinut toimia toisin. Et sinä konkreettisena itsenäsi, vaan ihmisenä.[53] Relevantti keskimääräisihmisen piirre, jonka perusteella toisintoimimismahdollisuus arvioidaan, voi olla vain tahdonmuodostus. Muiden luonteenpiirteiden, kuten henkisten lahjojen, suhteen ei tekijältä tule edellyttää keskimääräisyyttä, *koska ne eivät voi olla eettisen moitteen kohteena.*[54]

Myöhemmässä tuotannossaan Serlachius pitää toisintoimimismahdollisuu-

[50] Serlachius katsoo, että voimme ongelmitta paheksua tekoa tai pitää sitä ei-toivottavana sen havaittavissa olevien ominaisuuksien perusteella. Sen sijaan se ei automaattisesti merkitse sitä, että paheksuisimme tekijää. *Serlachius* 1901, erit. s. 18—19.

[51] Osittain siitä, että Serlachius omaksui väitöskirjassaan Bindingin normiteorian, johtui Serlachiuksen kanta oikeuserehdykseen. Serlachius edellytti, että syyllisyyttä osoittavasta teosta tulee ilmetä paitsi tahtoa niin myös tietoa normista. *Serlachius* 1897 s. 10—38 ja 40—44. Serlachius pitäytyi kannassaan läpi koko tuotantonsa.

[52] *Serlachius* 1901, s. 27—28.

[53] *Serlachius* 1901, s. 36—38. Ks. myös *Serlachius,* Allan, Päiväsakkojärjestelmä, LM 1921, s. 204.

[54] Itse oikeudellisen moitearvostelun ei täydy sisältää eettistä paheksuntaa. Serlachius puhuu siten ainoastaan siitä, että on väärin rangaista sitä, joka ei ole »vapaaehtoisesti» rikkonut lakia. Lailta Serlachius ei edellytä eettistä hyväksyttävyyttä. *Serlachius* 1901, s. 39—40. Teema toistuu samanlaisena esim. H.L.A. Hartilla. Ks. *Hart* 1968, s. 37—40.

den merkitystä rikoslainopille selvästi vähäisempänä. Jo vuonna 1903 Serlachius kirjoittaa, että välitöntä merkitystä vapauskategorialla on rikosoikeudellisessa ajattelussa vain metodisessa ja rikosoikeusteoreettisessa mielessä.[55] Välittömiä vaikutuksia sillä ei siten ole lainopin tasolle. Kannanmuutos käy ilmi yleisten oppien oppikirjoista. Niissä Serlachius melko puhdaspiirteisesti siirtyi lisztiläisen syyllisyyskäsityksen taakse. Selvästi tämä näkyy oppikirjan toisesta painoksesta, johon Serlachius kirjoitti uudelleen jaksot tahdonvapaudesta. Jo aikaisemmin Serlachius oli todennut, että tosiasiassa tahdonvapauden kuvitelma on hyödyllinen rikosten ehkäisyssä.[56]

Vuonna 1919 Serlachius sanoo tämän lisäksi jotain hyvin olennaista. Hän nimittäin katsoo, että pesäeroa determinismin ja indeterminismin välillä ei voida — *eikä tarvitsekaan* — tehdä. Rikosteot samoin kuin muutkin luonnontapahtumat riippuvat toisaalta tekijän luonteesta, toisaalta ulkoapäin tulevista vaikuttimista. Milloin rikos »ensi sijassa näyttää lähteneen tekijän luonteesta», rangaistuksella tulisi *parantaa* rikoksentekijä. Milloin rikosteko taas selittyy muulla kuin luonteella, painoa on pantava sen motiiviin. Tarkoitus on tällöin aikaansaada yleisestävä vaikutus.[57] Ajatukseen liittyy useitakin ongelmia, joista vähäisin ei ole se, että parannustoimien ja rangaistuksen ero saattaa tosiasiassa olla vain käytetyissä käsitteissä.

Serlachiuksen lainopilliset maininnat syyllisyysmoitteeseen sisältyvästä paheksunnasta sisältyvät lähinnä vain esityksiin hätävarjelun liioittelusta ja pakkotilasta.[58] Rikoslakiehdotuksessaan Serlachius esittää erityissäännöstä poik-

[55] *Serlachius* 1903, s. 75—76. Ks. myös *Serlachius,* Allan, Hajanaisia mietteitä Norjan uuden Rikoslain johdosta, LM 1903 (Serlachius 1903 a), s. 190—191.

[56] *Serlachius* 1909, s. 115—116 ja *Serlachius* 1919, s. 106—107. Tähän liittyy myös Serlachiuksen kanta, jonka mukaan ero klassisen koulun ja sosiologisen koulun välillä ei ole »taivaanavara». *Serlachius* 1911, s. 141. Kantaan vaikutti Serlachiuksen moraalikäsitys. Eettisesti »oikea» ja »väärä» muuttuvat siinä kuin käsitykset hyödyllisyydestä ja vahingollisuudesta. *Serlachius* 1903, s. 78. Klassisen koulun opeille rakentuvassa rikoslainkäytössäkin »oikeellinen», tahdonvapauden dogmiin perustuva sovitusrangaistus tosiasiassa on yleensä sellainen, jonka arvellaan riittävän ehkäisemään vastaisia rikoksia erityis- ja yleisestävältä kannalta. *Serlachius* 1903 a, s. 190—191.

[57] *Serlachius* 1919, s. 211—213. Serlachius viittaa rikoksenuusijoihin ja toteaa, että heitä rangaistaan ankarammin juuri siksi, että rikos on lähtenyt ensi sijassa tekijän luonteesta, jota sitten rangaistuksella »ojennetaan».

[58] Hätävarjelun liioittelussa Serlachius viittaa »puolustajan tukalaan asemaan» ja siihen, että hätä ei yleensä lue lakia. *Serlachius* 1909, s. 110. Käsitellessään pakkotilaa Serlachius viittaa ulkoisiin, tekijän kannalta selitettäviin olosuhteisiin. Kouluesimerkkiään miljoonamiehen koirasta ja mökkiläisen vuohesta, jossa arviointiperusteena on se, että »köyhään koskee pienikin vahinko sangen kipeästi», Serlachius perustelee menettelyn inhimillisyydellä ja selitettävyydellä. *Serlachius* 1909, s. 96—98.

keuksellisen motivoitumismahdollisuuden tilanteita varten.[59] Arvioinnissa Serlachius suosittaa kohtuusharkintaa. Viime kädessä on tukeuduttava oikeuskäsitykseemme. Rangaistuksen yleispreventiivinen vaikutus edellyttää nimittäin yleisemminkin sitä, että »rangaistuksen tulee olla ainakin sikäli yleisen oikeuskäsityksen kanssa sopusoinnussa, ettei se suoranaisesti loukkaa sitä».[60]

Serlachiuksen rikoslainoppiin sisältyi arvottamiselementti tuotannon alkuvaiheessa. Serlachius erotti selvästi toisistaan — samoin kuin klassinen syyllisyystyyppi ja sosiologisen koulun syyllisyysoppi yleisemminkin — rikoksentekijän päätöksenteon ja toiminnan arvioinnin kohteena ja itse oikeudellisen moiteprosessin. Arvottamiselementti ei kuitenkaan saanut Serlachiukselta täsmennettyä sisältöä. Päinvastoin, yleisten oppien oppikirjoissaan Serlachius pyrki irrottamaan syyllisyyskäsityksestään moitittavuuden siinä määrin, että jäljelle jäi lopulta vain erittelemätön syyllisyysmoitteen »paheksuttavuus» ja eräiden poikkeuksellisten motivoitumistilanteiden kohtuusharkinta. Täsmennettynä yleiseksi vastuunalaisuuden edellytykseksi toisintoimimismahdollisuus ei esiinny Serlachiuksella vuoden 1901 jälkeen.

3. Brynolf Honkasalo

Honkasalon syyllisyyskäsitys on monimielinen ja erittäin vaikeasti tulkittava. Osaksi tämä johtuu siitä, että Honkasalo näyttää pyrkineen yhdistämään klassisen koulun, sosiologisen koulun ja normativistien perusajatuksia toisiinsa. Lisäksi Honkasalo usein pyrkii antamaan ensi sijassa tulkintasuosituksia täsmällisiin syyllisyysopillisiin kysymyksiin pikemmin kuin systematisoimaan tai jäsentämään teoreettisesti syyllisyysoppia.

Honkasalo muistuttaa syyllisyyskäsityksessään Serlachiusta. Myös viittauksissaan Honkasalo tukeutuu usein Serlachiukseen. Yhteiskunta käyttää rangaistusta »asettaakseen yhteiskunnan hyväksi vaikuttavia motiiveja» rikoksentekijän tahdonmuodostukseen. Justifikaationa on yhteiskunnan itsesuojelutar-

[59] Ehdotettu RL 6: 9 § olisi soveltunut tekoon, joka on tehty »sellaisissa epätavallisissa oloissa, että lain siitä säätämä rangaistus tuntuu kohtuuttoman kovalta». Perusteena Serlachius esittää, että »elävässä elämässä on tilanteita, joissa tekoa ei käy mittaaminen tavallisilla, jokapäiväiseen elämään soveltuvilla mitoilla». Säännös soveltuisi hyvin poikkeuksellisiin tilanteisiin. *Serlachius,* Allan, Ehdotus uudeksi rikoslaiksi. Yleinen osa, Helsinki 1920, s. 9 ja 25.

[60] *Serlachius* 1909, s. 35—36 ja s. 98.

koitus.[61] Rikoslain Honkasalo näkee Serlachiuksen tapaan kausaalifaktorina, joka vaikuttaa ihmisten tahdonmuodostukseen erityis- ja yleisestävällä tavalla. Vain sellainen rangaistus, jolla voidaan *vaikuttaa* rikoksentekijän ja muiden motivoitumiseen, voi toteuttaa mainittua tarkoitusta.[62] Rangaistuksen pääasiallinen tehtävä on yhteiskunnanvastaisen tahdon resosialisoiminen tai ainakin vaarattomaksi tekeminen.[63] Honkasalo edellyttää lisäksi Serlachiuksen tapaan sitä, että rangaistuksen tulee palvella samanaikaisesti sekä erityis- että yleispreventiivisiä tavoitteita.[64] Vaatimustaan Honkasalo ei tosin perustele.

Syyllisyysarvostelun funktio on siinä, että psykologisesta suhteesta teon ja tekijän välillä voidaan päätellä tekijässä teon perustana olevan »mielenlaadun yhteiskunnanvastaisuus» tai »tahdon asosiaalisuus».[65] Mitä tämä yhteiskunnanvastaisuus merkitsee? Honkasalo ei yleisellä tasolla määrittele käsitettä muuten kuin toteamalla, että esimerkiksi tietoisuus »teon soveltumattomuudesta inhimillisen yhteiselämän vaatimuksiin» indisoi yhteiskunnanvastaista mielenlaatua. Näyttää siltä, että Honkasalo olisi halunnut antaa käsitteelle saman sisällön kuin Serlachius. Tämän puolesta puhuu sekin, että Honkasalo tekee ainoan lähdeviittauksen asiassa Serlachiuksen oppikirjaan. Serlachiuksen osalta totesimme edellä, että tekijän yhteiskunnanvastaisuudella tarkoitettiin ainoastaan sitä, että tekijä teki norminvastaisen teon jollain tavalla tietoisena sen luonteesta.[66] Tätä käsitystä tukee myös Honkasalon esitys. Käsitellessään syyksiluettavuutta Honkasalo toteaa, että yhteiskunnanvastaisuus esiintyy »sosiaalisesti vahingollisen tahtomisena, toivomisena tai hyväksymisenä».[67] Syyllisyys on realiteetti, ei kokonaisuudessaan arvoarvostelma.[68] Myös syyksiluettavuuden lajit Honkasalo määrittelee ensi sijassa psykologisena suhteena teon ja te-

[61] *Honkasalo,* Brynolf, Allan Serlachius—Särkilahti. Muistosanoja, LM 1951, s. 384—385.

[62] *Honkasalo,* Brynolf, Suomen rikosoikeus. Yleiset opit. Ensimmäinen osa, 2. painos, Helsinki 1965, s. 29—30.

[63] *Honkasalo,* Brynolf, Suomen rikosoikeus. Yleiset opit. Toinen osa, 2. painos, Helsinki 1967, s. 21.

[64] *Honkasalo,* Brynolf, Rikosoikeus ajan poliittisten ja sosiaalisten katsomusten ristiaallokossa, DL 1943, s. 159—160. Ks. myös *Honkasalo,* Brynolf, Nulla poena sine lege, Helsingfors 1937, s. 41.

[65] *Honkasalo* 1967, s. 11 ja 13.

[66] Ks. alaviitteen 32 kohdalla lausuttu.

[67] *Honkasalo* 1967, s. 85.

[68] *Honkasalo* 1967, s. 11. Ks. myös *Honkasalo* 1951, s. 384—385. Siinä Honkasalo toteaa, että rikosoikeudellinen syyllisyys edellyttää vain, että tekijällä on »syyksiluettavuuden edellyttämä suhde tekoonsa, t.s. että hän on mieltänyt tahdontoimintansa seurauksen tai ainakin voinut sen mieltää».

kijän välillä.[69] Yhteiskunnanvastaisuus merkitsee siis Honkasalolle sellaista tahdonmuodostusta, johon voidaan kohdistaa prevention kannalta mielekkäästi sanktioita. Se ei ole normatiivista mittapuuta edellyttävä käsite, jollaista edustaa Honkasalolla ns. normatiivinen ainesosa.

Normatiivisessa syyllisyyskäsityksessä toisintoimimismahdollisuus sijoitettiin yleensä erilliseen syyllisyysmomenttiin, jollainen Honkasalonkin syyllisyyskäsitykseen kuuluu. Tekijältä ei Honkasalon mukaan syyntakeisuuden ja syyksiluettavuuden edellytysten täyttyessä ehdottomasti aina voida vaatia norminmukaista käyttäytymistä. Tämä koskee olosuhteita, joissa »rikoslaki menettää säännönmukaisesti motivoivan vaikutuksensa». Jäljempänä Honkasalo viittaa olosuhteisiin, joissa yleiseen elämänkokemukseen katsoen keneltäkään keskimääräisihmiseltä ei voitu odottaa oikeudenmukaiseen toimintaan johtavaa motivointia.[70]

Normatiivinen ainesosa edellyttäisi periaatteessa sisältönsä mukaista ratkaisua aina soveltuessaan.[71] Perusteina Honkasalo esittää sille »rikoslain hengen» ja rikosoikeuden perimmäiset tarkoitusperät. Täsmennettynä perusteena on se, että on ajateltavissa poikkeuksellisen pakottavia olosuhteita, joissa tehty teko ei osoita tekijässään erityisestävien toimenpiteiden tarvetta. Myöskään yleispreventio ei moitearvostelua edellytä. Pikemminkin moite saattaisi vähentää järjestelmän yleistä legitiimiyttä. Myös sovitusta edellyttää ainoastaan teko, joka osoittaa tekijässään yhteiskunnallisesti hylättävää mielenlaatua. Honka-

[69] *Honkasalo* 1967, s. 75—80. Tahallisuuden ainoa normatiivinen ainesosa on tietoisuus teon oikeudenvastaisuudesta. Ks. *Honkasalo* 1967, s. 109—111. Tuottamuksen objektiivisuutta Honkasalo korostaa erikseen. Siinä yhteydessä hän puhuu »yhteiskuntaeettisesti normaalista» tahdonmuodostuksesta ja yhteiselämän vaatimusten normaalitasoisesta huomioonottamisesta. *Honkasalo* 1967, s. 79—80 ja s. 120—124. Utriainen katsoo, että Honkasalo seurasi näissä syyksilukemisen määritelmissään saksalaisia traditionalisteja. *Utriainen,* Terttu, Syyllisyys muuttuvana käsitteenä, Vammala 1984, s. 166—167.

[70] *Honkasalo* 1967, s. 13—16. Moitittavuuteen sisältyvää käyttäytymistasoa Honkasalo ei edellä kerrottua tarkemmin määrittele. Teema antaisi aiheen itsenäiseen tarkasteluun. Tyydyn viittaamaan Utriaisen valaisevaan esitykseen asiasta. Ks. *Utriainen* 1984, s. 148—151.

[71] Honkasalo myöntää, että normin ongelmanratkaisukyky on alhainen ja syyllisyysvastuu poistuu sen perusteella vain harvoissa tapauksissa. Honkasalo näyttää tällä tarkoittavan sitä, että ideaalisessa rikosoikeusjärjestelmässä normatiivinen ainesosa rajoittaisi syyllisyysmoitetta, mikäli rangaistuksen langettaminen ei olisi rikosoikeudellisten yleistavoitteiden mukaista. Todellisessa yhteiskunnassa normin suhteellinen tehokkuus sosiaalisissa käytännöissä on vielä niin alhainen, että voimassaolevana sitä ei voida pitää. Nykyterminologian mukaan voitaisiin siis sanoa, että normatiivinen ainesosa täyttää normin hyväksyttävyysvaatimuksen mutta ei tehokkuus- ja pätevyysvaatimuksia. Normin suhteellista tehokkuutta edellyttää myös Lahti. Ks. *Lahti* 1974, s. 287 ja *Hiltunen* 1951, s. 191.

salon viittaus sovitusrangaistukseen on ymmärrettävä suhteessa hänen moraalikäsitykseensä. Vuonna 1937 pitämässään virkaanastujaisesitelmässä Honkasalo nimittäin oli katsonut, että sovitusajattelulle ja preventiolle rakentuvilla ajattelumalleilla on se merkittävä yhtymäkohta, että preventiotavoite ei täyty, jos »kansassa elävä oikeustajunta» jätetään huomiotta.[72] *Preventiotavoite on ensisijainen* ja viittaus sovitukseen tarkoittanee ainostaan yhtä sen onnistuneen toteuttamisen edellytystä.

Paitsi itsenäisenä syyllisyyselementtinä esiintyy normatiivinen ainesosa oikeuserehdyksen, pakkotilan ja hätävarjelun liioittelun yhteydessä.[73] Oikeuserehdyksen kohdalla Honkasalo perustelee erikseen ainesosan hyväksyttävyyttä samoin kuin sen yleismäärittelyn yhteydessä eli erityis- ja yleispreventiivisillä sekä sovitukseen liittyvillä syillä.

Mitä normatiivinen ainesosa oikeastaan tarkoittaa? Kuuluuko syyllisyyteen jotain objektiivista, tekijän ulkopuolella olevaa ja hänestä riippumatonta? Tuleeko syyllisyyskäsitteeseen aines (vallitsevat olosuhteet), joka on tekijäsubjektista riippumaton seikka? Tarkkaan ottaen Honkasalolla ulkonaiset seikat tai vallitsevat olosuhteet eivät kuulu syyllisyyden normatiiviseen ainesosaan. Sen sijaan siihen kuuluu sellainen psykologinen tila, joka on enemmän tai vähemmän pakottavien olosuhteiden aiheuttama ja joka estää normaalin motivoitumisen.

Asiaan liittyy mielestäni kuitenkin toinen pulma. Honkasalo sijoittaa normatiivisen ainesosan syyntakeisuuden ja syyksilukemisen *rinnalle* syyllisyyskäsitteeseen. Normatiivisuus jää erilliseksi rikoksen subjektiivisella puolella olevaksi elementiksi. Honkasalo kyllä viittaa myös syyllisyysarvosteluun kuuluvaan yleiseen normatiivisuuteen.[74] Hän ei kuitenkaan pyri yhtenäistämään syyllisyyskäsitystään. Syyllisyyttä ja syyllisyysmoitetta ei eroteta toisistaan. Tästä

[72] »Rikosoikeudelliset uudistukset voivat johtaa suotuisiin tuloksiin vain sillä edellytyksellä, että ne voivat tyydyttää kansassa elävää oikeellisuuden ajatusta.» Sama pätee myös päinvastoin: »Kansassa elävä käsitys siitä, mikä on oikea rangaistus teosta, ei ole suinkaan riippumaton hyötynäkökohdista.» Toisaalta Honkasalo toteaa, että »kansassa ilmenevä käsitys oikeasta ei ole järkeilyn tulos vaan on intuitiivinen näkemys». Tässäkin kohdin näkee, kuinka syyllisyysperiaatteen yksinomaan preventiivinen perustelu johtaa oikeusturvallisuuden kannalta arveluttaviin, intuitioon perustuviin moraalipainotuksiin. *Honkasalo,* Brynolf, Sovitusrangaistuksen soveltuvaisuus kriminaalipoliittisiin tarkoituksiin, DL 1937, erit. s. 48—57. Osa esityksestä on julkaistu myös yleisten oppien oppikirjassa. Ks. *Honkasalo* 1965, s. 30—33.

[73] *Honkasalo* 1965, s. 163—164 ja s. 175. *Honkasalo* 1967, s. 14 ja 106—111. Honkasalo pitää hätävarjelun liioittelua tarkoittavaa säännöstä ainoana, joka ilmentää normatiivista ainesosaa.

[74] *Honkasalo* 1967, s. 17.

on johdonmukaisena seurauksena se, että ainesosaa tukevat samat syyt kuin syyksiluettavuuttakin. Sen rationaliteetti liittyy ensi sijassa preventioon.

Normatiivinen ainesosa on oikeudellinen, ei moraalinen käsite. Honkasalo ei katso oikeudellisen syyllisyyden edellyttävän eettiseen vastuunalaisuuteen kuuluvaa toisintoimimismahdollisuutta. Selkeimmin tämä käy ilmi Honkasalon Serlachius-kritiikistä. Hän katsoo, että Serlachius erehtyi liittäessään tahdonvapauskysymyksen syyllisyysmoitteeseen.[75] Oppikirjassaan Honkasalo toistaa käsityksensä, jonka mukaan, mikäli rangaistus justifioidaan sen tarpeella yhteiskunnan suojaamiseksi rikollisuudelta, yhteiskunnalla on oikeus suojella itseään riippumatta toisintoimimisen mahdollisuudesta. Oikeutus ei perustu tahdonvapauteen vaan siihen, missä määrin rangaistus voi palvella yhteiskunnan suojaamisen tarkoitusta *»loukkaamatta liiaksi muita inhimillisiä intressejä»*.[76] Sitä, minkälaisia nämä intressit ovat, Honkasalo ei kuitenkaan täsmennä.

3. Lopuksi

Serlachiuksen ja Honkasalon käsitykset toisintoimimismahdollisuuden rationaliteetista voidaan voimakkaasti yksinkertaistaen koota kuvioksi 1.

Kuvio 1: Toisintoimimismahdollisuuden rationaliteetti Serlachiuksella ja Honkasalolla.

	Tavoiteargumentti	Arvoargumentti
Järjestelmätaso	—	S (1897 ja 1901): Moraalisen ja oikeudellisen vastuunalaisuuden yleinen edellytys
Rikoslain taso	S ja H: Kombinoitu yleis- ja erityisestävyysvaatimus yhteiskuntasuojelun palveluksessa	H: »Inhimilliset intressit»
Ratkaisutaso	Preventiotarve edellyttää (S ja H) syyksilukemista ja (H) jossain määrin normaaleja olosuhteita	S ja H: Oikeustajunnan mukainen kohtuusharkinta

[75] *Honkasalo* 1951, s. 384.
[76] *Honkasalo* 1967, s. 20.

En ole pyrkinytkään jäsentämään omaa kantaani esittämiini kysymyksiin. Se vaatii oman käsittelynsä.[77] Ehkä kuitenkin yksi asia on käynyt selväksi. Preventiiviset syyt eivät yksin riitä tukemaan toisintoimimismahdollisuutta. Myös Serlachiuksen varhaistuotannossaan esittämä eettisen vastuunalaisuuden malli, joka filosofiassa usein tematisoidaan muodossa »ought implies can», ei riitä perusteluksi. Vaikka rangaistavuus ilmentäisi moitetta, ei moitittavuus edellytä rankaisemista.

Toisintoimimismahdollisuuden sisältö määräytyy punnintaoperaatiossa, jossa tulee otettavaksi huomioon muitakin kuin preventiivisiä syitä. Vastakkain tulevat punnittaviksi reaktiosysteemin suhteellinen tehokkuus rationaalisten yhteiskunnallisten tavoitteiden toteuttamisessa sekä järjestelmän oikeudenmukaisuudelle ja humaanisuudelle asetettavat vaatimukset. Päätän esitykseni H.L.A. Hartin toteamukseen, jossa hän mielestäni osuu asian ytimeen. Hän toteaa, että toisintoimimismahdollisuus voi johtaa preventiotehon laskuun, mutta:

> »... we must cease to regard the law as merely a causal factor in human behaviour... for it is clear that we look on excusing conditions as something that protects the individual against the claims of the rest of society.»[78]

---

[77] Viittaan uudemmasta keskustelusta sellaisiin nimiin kuin Hans-Heinrich Jescheck, Winfried Hassemer, Claus Roxin, Eduard Dreher, Nils Jareborg, Günther Jakobs, Alf Ross ja H.L.A. Hart.

[78] *Hart* 1968, s. 44.

Nuoret ja väkivalta

Oikeustieteen lisensiaatti *Jussi Pajuoja*

Helsingin yliopistossa 28. 11. 1958 pitämässään jäähyväisluennossa* professori Brynolf Honkasalo käsitteli kriminologiaa, erityisesti väkivaltaja nuorisorikollisuutta. Luennossaan Honkasalo halusi kumota erään voimakkaana elävän myytin: sen että suomalaiset ovat poikkeuksellista murhaajakansaa. Tämän myytin levittämisestä hän syytti kansainvälisesti tunnettua kriminologia Veli Verkkoa:

»Verkko-vainaja, hän kiinnitti huomiota pääasiallisesti vapaussodan jälkeiseen aikaan, jolloin meikäläinen henkirikollisuus oli niin tavattoman korkea. Hänellä näytti olevan vakaumus, että henkirikollisuus oli konstanttia, pysyvää laatua. Siitä hän alkoi tehdä johtopäätöksiä. Eri kielillä kirjoittamissaan kirjoissa hän levitti tietoja ulkomaille, kuinka suuri meikäläinen henkirikollisuus oli, eikä hän sen jälkeenkään kun se rupesi laskemaan ollut halukas ilmoittamaan, että siinä oli valkeneminen jo näkyvissä, vaan ulkomailla on vieläkin sellainen käsitys, että tämä on erikoinen murhaajakansa.»

Honkasalon mielestä pahinta asiassa oli se, että Verkko piti itsepintaisesti kiinni käsityksistään, vaikka hänen tutkijana olisi pitänyt korjata niitä tilanteen muututtua ratkaisevasti:

»Minusta Verkko on tehnyt tutkijana kardinaalierehdyksen — hän on yhteiskunnallista ilmiötä luonnehtiessaan kiinnittänyt huomiota vain erääseen jaksoon, joka on poikkeuksellisten olojen tuote.»

Honkasalo puhui kuin moderni yhteiskuntatieteilijä parhaimmillaan: jos yleiset käsitykset ja myytit eivät vastaa tosiasioita, myytit väistyköötMutta mikä tärkeintä, Honkasalon kanta oli empiirisesti perusteltu. Rikosoikeuden alalla toimiessaan hän oli tullut näkemään suomalaisen väkivaltahistorian molemmat ääripäät — henkirikosaallon huiput 1920—30-luvulla ja rauhalliset 1950-luvun vuodet. Tänä aikana väkival-

* Prof. Honkasalon jäähyväisluennosta tehtyä äänitettä säilytetään Helsingin yliopiston rikos- ja prosessioikeuden laitoksessa.

ta nopeasti laski kansainväliseltä huipputasolta alhaiselle pohjoiseurooppalaiselle tasolle.

Siksi oli myös luonnollista, että Honkasaloa kiinnosti erityisesti se, minkä vuoksi väkivalta eri aikoina vaihteli niin voimakkaasti. Samaa asiaa — väkivallan tasossa tapahtuvia muutoksia — tutkitaan seuraavassa artikkelissa. Mottona on Honkasalon jäähyväisluennon peruslähtökohta, ajatus siitä että »rikostilasto osoittaa erittäin herkästi kansakunnan elämän vaihteluita».

Nuorisoväkivallan erityispiirteitä

Martin Daly ja Margo Wilson tulevat tutkimuksessaan »Homicide» siihen tulokseen, että voimakkaimmin väkivaltatilastoihin vaikuttava ryhmä ovat nuoret, heikossa sosiaalisessa asemassa olevat 15—29-vuotiaat miehet. Kun väkivalta lisääntyy, nuorten miesten osuus kasvaa suhteellisesti eniten ja samalla rikoksentekijöiden keski-ikä alenee.[1]

Suomalaiset väkivaltatilastot tukevat Daly ja Wilsonin havaintoja. Väkivaltahistorian huippukausina — Pohjanmaan puukkojunkkarikaudella 1800-luvulla ja suuren väkivallanaallon aikana 1920—1930-luvulla — henkirikoksiin syyllistyneiden suhdeluku kohosi yli kymmeneen tapaukseen vuotta ja 100 000 asukasta kohti.[2] Samanaikaisesti kun tämä kansainvälisestikin korkea taso saavutettiin, rikoksentekijöiden mediaani-ikä laski poikkeuksellisen alas, noin 24 vuoteen. Näin alhainen mediaani-ikä merkitsi käytännössä sitä, että 15—29-vuotiaiden osuus kaikista henkirikoksiin syyllistyneistä nousi yli 80 %:in.[3]

Vastaavasti ilmiön kääntöpuoli on se, että väkivallan vähentyessä rikokset jakautuvat tasaisesti eri ikäluokkiin ja samalla rikoksentekijöiden mediaani-ikä kohoaa. Kun väkivalta 1950- ja 1960-luvulla laski suomalaisen rikoshistorian minimiarvoihin (alle 2 tapausta 100 000 asukasta kohti vuodessa), henkirikoksiin syyllistyneiden mediaani-ikä nousi yli 35 vuoden. [4] Tämä puolestaan

---

[1] Daly ja Wilson, s. 11—13 ja 285. Daly ja Wilson käyttävät väkivallan indikaattorina henkirikoksia. Heidän mukaansa väkivaltarikoksista vain henkirikoksia koskevat tilastotiedot ovat riittävän luotettavia, jotta päätelmiä väkivallan tasosta voidaan ylipäätään tehdä. Myös tässä artikkelissa noudatetaan samaa kansainvälistä käytäntöä, eli lähdetään siitä, että henkirikosten määrässä tapahtuneet muutokset kuvastavat luotettavimmin koko väkivallan kentässä tapahtuneita muutoksia.

[2] Ylikangas s. 309, Archer ja Gartner, tilastoliitteet.

[3] Ylikangas, s. 131 ja Komiteanmietintö 1931: 16, s. 37, 38 ja liitetaulukko 10.

[4] Anttila—Törnudd, s. 91.

merkitsi sitä, että 15—29-vuotiaat tekivät vain noin kolmasosan kaikista henkirikoksista.

Väkivallan kasvun ja rikoksentekijöiden iän välistä yhteyttä kuvastaa myös viime vuosikymmenien kehitys. Samaan aikaan kun henkirikosten määrä on kohonnut 1950- ja 1960-luvun arvoista n. 50 %:lla (100:n henkirikoksen vuotuiselta tasolta 150:n tapauksen tasolle), 15—29-vuotiaiden rikoksentekijöiden prosentuaalinen osuus on kasvanut 35 %:sta 45 %:in.[5]

Suomalaiset väkivaltatilastot todentavat näin omalta osaltaan Daly ja Wilsonin havaintoja. Mitä enemmän väkivaltaa, sitä suurempi on nuorten rikoksentekijöiden osuus:

	Henkirikoksia/ 100 000 asukasta	15—29-vuotiaita rikoksentekijöitä
Korkean väkivallan kausi 1920- ja 1930-luvulla	8—10	80 %
Alhaisen väkivallan kausi 1950- ja 1960-luvulla	2	35 %
Kohoavan väkivallan kausi 1970- ja 1980-luvulla	3	45 %

Nuoret ja väkivallan pelko

Yksi selitys sille, miksi nuorten väkivallasta nyt niin paljon puhutaan on siis se, että väkivallan lisääntyessä nuorten rikoksentekijöiden osuus on viime vuosikymmeninä kasvanut. Tässä ei kuitenkaan ole kaikki. Näyttää nimittäin olevan niin, että nuorten aggressiivisuus on julkisuudessa aina korostetusti esillä, olivat nuoret sitten kyseisellä hetkellä todellinen ongelmaryhmä tai eivät. Vuoroin on väkivallasta syytetty lättähattuja, rasviksia, diinareita, punkkareita jne. Esimerkiksi 1950-luvulla lättähatut koettiin uhaksi siitä huolimatta, että nuorten väkivaltaa esiintyi poikkeuksellisen vähän.[6]

Toisaalta yleisessä keskustelussa muistetaan harvoin mainita, että 15—

[5] Suomen virallinen tilasto XXIII, tuomioistuinten tutkimat rikokset ja poliisin tietoon tullut rikollisuus 1951—1986.

[6] Heiskanen ja Mitchell, s. 112. Heiskasen ja Mitchellin mukaan 1950-luvulla lehdistössä käydyssä lättähattukeskustelussa heijastui pelko siitä, että 1920- ja 1930-luvun sakilaisväkivalta toistuisi. Myös lehdistö itse lietsoi paniikkia viittaamalla muutaman kymmenen vuoden takaisiin tapahtumiin.

29-vuotiaiden väkivallan kasvusta huolimatta valtaosa väkivallantekijöistä on tälläkin hetkellä yli 30-vuotiaita ja että tilanne on ollut sama koko toisen maailmansodan jälkeisen ajan. Mistä siis johtuu se, että keskustelu kulloisestakin tilanteesta riippumatta niin helposti kääntyy nuoriin?

Selitystä asialle tuskin löytyy sen paremmin väkivaltatilastoista kuin ihmisten omakohtaisista kokemuksista. Yleensä vain harvat ovat perillä väkivallan tilastollisista muutoksista, ja nykyisessä väkivaltatilanteessa eivät kovinkaan monet ole joutuneet henkilökohtaisesti kosketuksiin väkivallan vakavien muotojen kanssa. Näyttääkin siltä, että asian selittää parhaiten aivan muu tekijä, tekijä, joka yhdistää meistä useimpia — väkivallan pelko.

Nuorten väkivalta eroaa aikuisten väkivallasta eräässä ratkaisevassa suhteessa: se suuntautuu keskimääräistä useammin tuntemattomiin henkilöihin.[7] Tällaista väkivaltaa pelätään eniten. Ihmiset kavahtavat ajatusta, että he joutuvat väkivallan uhriksi sattumalta, kykenemättä millään tavoin siihen ennalta varautumaan tai siltä suojautumaan.[8] Samasta syystä iltapäivälehtien etusivuja täyttävät vanhuksia kuoliaaksi potkivat nuorisojengit, pimeässä vaanivat raiskaajamurhaajat, uhriensa hengestä piittaamattomat ryöstäjät jne. Se mitä eniten pelätään, myy parhaiten ja saa suurimmat otsikot.

Suuren yleisön pelot ja tiedotusvälineiden väkivallasta antama kuva kertautuvat edelleen siinä tavassa, jolla poliittiset päätöksentekijät jäsentävät väkivaltaongelman.[9] Myös virallisella tasolla pahimmaksi ongelmaksi määritellään tuntemattomiin kohdistuvat, »täysin selittämättömiltä tuntuvat väkivallanteot».[10] Kun tuntemattomiin kohdistuviin tekoihin syyllistyvät ensisijaisesti nuoret, he ovat vaarassa joutua keskustelun tulilinjalle heti kun yksikin tällainen rikos tapahtuu.

Väkivallan yleiset taustamuuttujat

Nuorten väkivaltaa siis leimaa kaksi piirrettä: ensiksi se, että 15—29-vuo-

[7] Tuorein ja perusteellisin esitys asiasta lienee »The Journal of Criminal Law & Criminology» -lehden teemanumero »Stranger Violence» (1987, Vol. 78: 2). Lukuisissa eri yhteyksissä siinä todetaan, että nimenomaan nuoret syyllistyvät tuntemattomiin kohdistuviin väkivallantekoihin (mm. Zahn ja Sagi, s. 388).

[8] Riedel, s. 223 ja Suomessa esim. Taloustutkimus Oy:n tutkimus 9/1987.

[9] Ericson, Baranek ja Chan, s. 356—357.

[10] Eduskunnan silloinen puhemies Matti Ahde avasi 22. 10. 1987 valtakunnallisen »Väkivaltaa vastaan» -projektin ja käsitteli avauspuheessaan ensiksi selittämättömien väkivallantekojen nostattamaa huolta.

tiaiden väkivallan määrä vaihtelee kaikkein voimakkaimmin ja toiseksi se, että nuorten väkivalta kohdistuu keskimääräistä useammin tuntemattomiin henkilöihin. Seuraava luonnollinen kysymys on — mistä nämä säännönmukaisuudet johtuvat?

Jotta tähän kysymykseen voitaisiin vastata, on tiedettävä, eroavatko nuorisoväkivallan taustamuuttujat muutoin vanhempien ikäryhmien väkivallasta. Näin siksi, että nuorisoväkivallan erityispiirteet voivat saada selityksensä suoraan erilaisista taustamuuttujista. Asiaa valaisee Juhani Mattilan äskettäin ilmestynyt väitöskirja. Tilastoanalyysiin nojautuen Mattila luokitteli väkivaltarikolliset ja heidän taustamuuttujansa kolmeen pääryhmään.

Mattilan luokituksessa ensimmäisen rikollistyypin muodosti nuori, väkivaltarikokseen syyllistynyt mies, joka tekonsa aikana asuu vielä vanhempiensa luona. Hän on taloudellisesti riippuvainen vanhemmistaan, sillä hänellä on vaikeuksia löytää vakinainen työpaikka. Kodin ilmapiiriä varjostaa alkoholisoitunut ja väkivaltainen isä, johon suhde on huono. Koulussa nuorella on ollut sopeutumisvaikeuksia, jotka ainakin osittain ovat johtuneet kodin riitaisuudesta. Nuoren väkivaltaisuus purkautuu kuitenkin kodin piirin ulkopuolelle.

Toinen väkivaltarikollistyyppi on henkilö, joka kärsii aivojen psyko-orgaanisesta toimintahäiriöstä. Hän ei ole menestynyt koulussa heikon älyllisen suorituskykynsä takia, ja koulupohja on jäänyt vähäiseksi. Hänen uhrikseen joutuu loukkaavasti käyttäytynyt humalainen mies, jolla on ollut aikaisemminkin tapana provosoida toisia miehiä kimppuunsa.

Kolmatta väkivaltatyyppiä edustaa vaikeasti alkoholisoitunut, jo aikaisemmin väkivaltaan syyllistynyt mies, jonka elämänkulkua on nuoresta pitäen sävyttänyt hänen antisosiaalinen persoonallisuushäiriönsä. Luonnehäiriöstä ovat olleet merkkinä sopeutumisvaikeudet koulussa ja myöhemmin työpaikoilla sekä hänen kyvyttömyytensä kokea depressiivisiä tunteita. Hänen suhteensa vanhempiin ovat olleet etäiset. Mies elää juurettomana väkivaltaisessa alakulttuurissa, jossa häntä itseäänkin on usein pahoinpidelty.[11]

Mattilan tyypittely perustuu laajaan ja poikkeuksellisen syvälle käyvään empiiriseen tutkimukseen. Siksi sitä merkillepantavampaa on se, että esitetyt kolme ryhmää eivät juuri eroa toisistaan. Niitä kaikkia leimaa selvä ja perinpohjainen huono-osaisuus. Eri ryhmien taustamuuttujat ovat pitkälti samat ja erot näyttävät pelkistyvän juuri niihin tekijöihin, joita nyt on tarkoitus selvittää: väkivaltarikollisen ikään ja väkivallan suuntautumiseen.

Iän ja väkivallan suuntautumisen osalta erot ovat seuraavat. Ensimmäisen

[11] Mattila, s. 79.

ryhmän väkivallantekijä on nuori, kolmas ryhmä kuvaa hyvin samankaltaista mutta vanhempaa rikollista. Toista ryhmää leimaava piirre — aivojen psykoorgaaninen toimintahäiriö — ei ole ikäspesifi. Väkivallan suuntautumisessa ryhmät kaksi ja kolme poikkeavat nuorten ryhmästä sikäli, että niissä väkivallan suunta on sama kuin sosiaalisen vuorovaikutuksen yleinen suunta. Väkivallan kohteena on oma viiteryhmä, yleensä toiset huono-osaiset (alkoholistit, entiset linnakundit jne.). Sitävastoin ensimmäisen ryhmän nuoret väkivallantekijät purkavat paineensa kodin ulkopuolelle — jengiin, tuttaviin ja tuntemattomiin — ja ovat tästä syystä vaarana myös niille, jotka eivät kuulu heidän primaariseen ympäristöönsä.

Tuntemattomiin kohdistuva väkivalta

Kuten Mattilan tutkimuksesta käy ilmi, poikkeavat taustamuuttujat eivät selitä nuorisoväkivallan erityispiirteitä. Näin ollen selitystä erityispiirteille on lähdettävä etsimään suoraan niistä itsestään. Sitä, millaista tuntemattomiin kohdistuva väkivalta on, kuvaa seuraava vuoden 1987 mielentilatutkimusaineistoon perustuva otanta.[12]

Vuonna 1987 mielentilatutkimuksen kävi lävitse yhteensä 85 täytetystä henkirikoksesta syytettyä. Heistä 12 (14 %) oli kohdistanut tekonsa tuntemattomaan henkilöön. Nuorten väkivallan poikkeuksellinen suuntautuminen oli selvästi havaittavissa. Kun 15—29-vuotiaita kuului otantaan kaikkiaan 32, heistä kahdeksan eli 25 % kohdisti tekonsa tuntemattomaan. Sitävastoin yhteensä 53:sta 30 vuotta täyttäneestä vain neljä (8 %) surmasi tuntemattoman.[13]

Eri ikäryhmien rikokset erosivat toisistaan myös muutoin kuin määrällisesti. Kaikki yli 30-vuotiaiden tuntemattomiin kohdistamat henkirikokset kuuluivat klassisiin perustyyppeihin: ryöstömurha, seksuaalihenkirikos, murhapoltto ja psykoosissa olevan summittainen ammuskelu. Sitävastoin 15—29-vuotiaiden rikoksista vain puolet taipui luontevasti tähän luokitteluun.[14] Erityisen kiinnostava onkin juuri perusluokittelun ulkopuolelle jäävä 15—29-vuotiaiden

[12] Jäljempänä esitetyt tiedot perustuvat valmisteilla olevaan väitöskirjatyöhön, jonka aineistona ovat vuosien 1987 ja 1988 mielentilatutkimukset.

[13] Mielentilatutkimukset 9958, 9959, 9969, 9994, 10004, 10007, 10036, 10054, 10133, 10190, 10253 ja 10254. Kun rikoksentekijöitä on ollut useita, väkivallan ei ole katsottu kohdistuneen tuntemattomaan, jos yksikin tekijöistä tunsi uhrin.

[14] Mielentilatutkimukset 9958, 9959, 10133 ja 10190 jäävät perusluokittelun ulkopuolelle.

ryhmä. Tähän ryhmään kasautuneet rikokset näyttävät olevan nimenomaan nuorille tyypillisiä ja samalla syynä nuorten yliedustukseen tuntemattomiin kohdistuvissa henkirikoksissa. Kyseisiä nuorille tyypillisiä rikoksia havainnollistavat seuraavat esimerkit:

> 5. 5. 1987 19-vuotias AV pakotti puukolla uhaten ohikulkeneen mieshenkilön luovuttamaan itselleen tupakkaa ja sytyttimen. Miehen ojentaessa niitä AV:n 18-vuotias ystävä KL tarttui miestä takaa kiinni ja piteli otteessaan, kun AV löi miestä sata kertaa puukolla. Uhri kuoli välittömästi vammoihinsa. Ennen syytteenalaista tekoa AV ja KL olivat sopineet »maineen säilyttämiseksi» tappavansa tai ryöstävänsä ensimmäisen ohikulkijan kadulla tai läheisessä valintamyymälässä.[15]
>
> 15. 6. 1987 19-vuotias JJ tapasi Alkon edessä hänelle entuudestaan tuntemattoman kolmen hengen seurueen. He hankkivat alkoholia ja lähtivät sitten JJ:n asunnolle ryyppäämään. Asunnolla JJ kehuskeli voimillaan ja puhui ihailevasti Rambosta, jolloin hänen ja seurueeseen kuuluvan mieshenkilön välille syntyi riitaa. Veitsen käteensä ottanut mies sanoi tappavansa »tuon hintin» (JJ:llä oli korvarengas). JJ pääsi kuitenkin vääntämään veitsen irti kädestä ja kuristi myöhemmin miehen kuoliaaksi.[16]
>
> 7. 9. 1987 26-vuotias MM matkusti ystävänsä kanssa Helsingistä Ouluun seuraamaan karatekilpailuja. Kilpailuja edeltävänä iltana he menivät discoon ottamaan olutta ja siirtyivät sieltä sulkemisajan jälkeen kadulle. MM alkoi ystävänsä kanssa »harjoitella» karatepotkuja. MM:n muistikuvat tapahtumista olivat hämärät, mutta jossain vaiheessa oli vastaan tullut tuntematon mies, jonka kanssa syntyi riitaa. MM löi miestä puukolla rintaan.[17]

Näissä esimerkkitapauksissa korostuu miehisen kovuuden ihailu. Se näkyy Rambo-viittauksina, karateharrastuksena tai siinä, että rikos tehdään »maineen säilyttämiseksi». Keskeistä tapauksissa on edelleen se, että niissä tavalla tai toisella on mukana yleisö (tekijäkumppani tai ulkopuoliset), jotka vastaan omaa toimintaa ja sen aiheuttamia reaktioita peilataan. Tässä suhteessa teot erosivat selvästi yli 30-vuotiaiden väkivallanteoista. Vanhemmat väkivallantekijät pyrkivät joko tietoisesti salaamaan rikoksensa tai henkirikos tehtiin psykoosissa ympäristöä noteeraamatta.

Vaikka käsitelty otos on suppea, tulokset ovat yllättävän samansuuntaiset kuin USA:ssa tehdyissä tutkimuksissa. USA:ssa lähes puolet tuntemattomiin kohdistuvista henkirikoksista on esimerkkitapausten kaltaisia. Tyypillistä rikoksille on nimenomaan se, että kysymys on miehisestä maineesta ja teoilla on yleisö.[18]

---

[15] Mielentilatutkimukset 9958 ja 9959. Tässä ja seuraavissa tapauksissa tapahtuma-ajankohdat ja henkilöiden nimikirjaimet on muutettu.

[16] Mielentilatutkimus 10133.

[17] Mielentilatutkimus 10190.

[18] Zahn ja Sagi, s. 390.

Miksi nuorten väkivalta vaihtelee? Miksi se kohdistuu tuntemattomiin?

Daly ja Wilsonin mukaan syy siihen, miksi erityisesti nuorten miesten väkivalta kasvaa väkivallan lisääntyessä, on se, että taloudelliset muutokset vaikuttavat ennen muuta nuorten asemaan ja tulevaisuudennäkymiin.[19] Kun kilpailu kiristyy, poikkeavista ominaisuuksista (mm. etniset ja kielelliset erot) tulee usein dismeritoivia. Myös iästä muodostuu helposti samankaltainen kielteinen erotteluperuste. Työmarkkinoilla asia ilmaistaan esimerkiksi kertomalla nuorille työnhakijoille, että heiltä »puuttuu työkokemusta». Kiristyneessä kilpailutilanteessa tällä on tarkoitus ilmaista, että »työpaikkoja ette saa, koska me (vanhempi sukupolvi) olimme täällä ensin ja valvomme yhteisiä etujamme».

Sijoittumisvaikeuksista kertoo osaltaan väkivallantekijöiden ikäjakautuma. Toisin kuin usein luullaan, väkivalta ei suinkaan liity murrosiän kriiseihin. Henkirikoksista alle 18-vuotiaiden tekemiä on Suomessa 1980-luvulla ollut vain noin neljä prosenttia. Tämä luku on samaa suuruusluokkaa kuin yli 65-vuotiaiden tekemien henkirikosten prosenttiosuus, ja kummankin ryhmän merkitys väkivallantekijöinä on marginaalinen.[20]

Väkivalta on 18—65-vuotiaan työikäisen aktiiviväestön ongelma. Tämän ryhmän tilastollinen osuus on runsaasti yli 90 %. Aktiiviväestön sisällä väkivalta kasautuu ennen muuta 18—29-vuotiaiden ikäluokkaan eli niihin, jotka ovat nuoruuden ja aikuisuuden välisellä rajaviivalla. Juuri tässä näkyy yhteiskunnallisten sijoittumisvaikeuksien ja väkivallan välinen yhteys. 18—29-vuotiaat ovat kriittisessä pisteessä, altteimpia negatiiviselle kehitykselle. Jotta nuoruus päättyisi, yksilön olisi muutettava pois lapsuudenkodista, astuttava työelämään ja kyettävä elättämään itse itsensä. Epäonnistuminen tai kitka tässä prosessissa voi olla väkivallan kannalta kohtalokasta.[21]

Myös nuorisoväkivallan eri ilmenemismuodot kertovat samoista perusongelmista. Paljaimpana se näkyy ryöstörikoksissa, joilla pyritään suoraan taloudellisen aseman parantamiseen.[22] Ryöstössä jo teko-itsessään viittaa ongelmien alkulähteeseen. Epäsuoremmin nuorten aseman vaikeutuminen ja sen kiristämä kilpailutilanne ilmenee silloin, kun kamppaillaan statuksen ja maineen kaltaisista sosiaalisista ominaisuuksista.

[19] Daly ja Wilson, s. 286.

[20] Suomen virallinen tilasto XXIII, tuomioistuinten tutkimat rikokset 1980—1986. Näinä vuosina on tuomioistuintilastoon merkitty 844 henkirikosta, joista alle 18-vuotiaiden tekemiä oli 34 ja yli 65-vuotiaiden 27.

[21] Vrt. Daly ja Wilson, s. 286.

[22] Zahn ja Sagin mukaan ryöstömurhiin syyllistyneiden keski-ikä USA:ssa oli kaikista henkirikoksiin syyllistyneistä alhaisin (Zahn ja Sagi, s. 388).

Daly ja Wilsonin mukaan statukseen ja maineeseen liittyvät väkivallanteot muodostavat nuorisoväkivallan pääryhmän. Tyyppitilannetta he kutsuvat »hallinnasta luisuvaksi näytön paikaksi». Siinä osapuolet yrittävät lyödä toisensa laudalta yhteisestä viiteryhmästä koostuvan yleisön edessä. Tilannetta leimaa machismo, miehinen ylimielisyys ja dramaattinen kerskailu. Daly ja Wilson havainnollistavat tätä tyyppitilannetta seuraavalla esimerkillä:

19-vuotias uhri ja 23-vuotias rikoksentekijä sekä joukko muita olivat juopottelemassa yhteisen tuttavansa luona. Uhri (nyrkkeilijä) kehuskeli otteluillaan. Tällöin tekijä, jolla oli mukana poliisipamppu, tuikkasi sen uhrien jalkojen välistä ja nosti hänet irti lattiasta. Päästyään takaisin jaloilleen uhri syytti tekijää housujen repeytymisestä ja vaati korvausta, mille muut huoneessa olijat nauroivat. Raivostuneena uhri löi tekijää, minkä jälkeen molempia pyydettiin poistumaan. Uhri lähti ensin, mutta jäi verannalle odottamaan jatkaakseen asian selvittämistä. Siellä tekijä ampui hänet kuoliaaksi.[23]

Daly ja Wilsonin kuvaama tyyppitilanne on pitkälti identtinen aikaisemmin esitettyjen tapausten kanssa lukuunottamatta tekijän ja uhrin välistä suhdetta (aiemmissa tapauksissa uhri oli tekijälle tuntematon, nyt tuttava). Tämä havainto on monella tapaa olennainen. Kun näkökulma siirtyy osapuolten keskinäisestä suhteesta (tuttava/tuntematon) väkivaltatilanteen kokonaisvaltaiseen tarkasteluun, asettuvat nuorten tuntemattomiin kohdistamat väkivallanteot osaksi laajempaa kokonaisuutta. Ne ovat osa nuorisoväkivallan pääryhmää, »hallinnasta luisuvia näytön paikkoja». Näiden tilanteiden yleisyys selittää myös sen, miksi nuorten väkivalta niin usein kohdistuu tuntemattomiin.

Mutta eikö sama päde yli 30-vuotiaisiin? Onhan myös heillä yleisin väkivaltatilanne näytön paikka. Näin kieltämättä on. Ratkaiseva ero piilee kuitenkin siinä, että yli 30-vuotiaat väkivallantekijät kykenevät antamaan näyttöjä huomattavasti rajoitetummalle piirille kuin nuoremmat. Kuten Mattilan tutkimuksesta ilmenee, 30 vuotta täyttäneen väkivaltarikollisen sosiaalinen syrjäytyminen on yleensä täysin yksiselitteistä. Hänen sosiaalinen viitekehyksensä on huono-osaisten ryhmä (alkoholistit, entiset linnakundit, asuntoloissa asuvat, työttömät, työkyvyttömyyseläkkeellä olevat jne.). Tämän ryhmän kontaktipinnat valtaväestöön ovat vähäiset.

Sitävastoin 15—29-vuotias — huono-osainenkin — on vielä jonkinlaisessa kontakti- ja kilpailutilanteessa muiden samanikäisten kanssa, koska esim. kotona asuvien nuorten keskinäiset erot eivät ole samalla tavoin ilmeiset kuin 30 vuotta täyttäneen asunnottoman alkoholistin ja samanikäisen ns. normaalikan-

[23] Daly ja Wilson 176—177.

salaisen. Huono-osainen nuori ei vielä ole täysin syrjäytynyt. Sekä työmarkkinoilla että muutoin hän kilpailee huomattavasti suuremman ihmisjoukon kanssa kuin vanhemmat huono-osaiset.

Ilmeisesti tästä myös johtuvat erot tuntemattomiin kohdistuvassa väkivallassa. Näytön tarvetta ei synny, jos toinen osapuoli ei ole potentiaalinen kilpailija. Tällainen tilanne on hyvin epätodennäköinen esim. normaalikansalaisen ja kadulla uhoavan vanhemmanpuoleisen asunnottoman alkoholistin välillä. Alkoholisti kierretään jo kaukaa, eivätkä näiden henkilöiden puheet heilauta juuri kenenkään itsetuntoa. Nuorten suhteen asia on toinen. Erityisen paha tilanne on silloin, kun kielteiset yhteiskunnalliset muutokset heikentävät aikuisuuden rajaviivalla olevien suurten nuorisoryhmien asemaa.

* * *

Yhteenveto: Edellä on tarkasteltu nuorten väkivallan vaihtelua ja sitä, miksi se poikkeuksellisen usein kohdistuu tuntemattomiin. Selitykset nuorten väkivallan vaihtelulle jouduttiin tällä erää ottamaan pitkälti annettuina. Tulos oli lähinnä se, että kansainvälisissä tutkimuksissa tehtyjen havaintojen nähtiin todentuvan myös Suomessa.

Toisen asiakokonaisuuden suhteen päästiin pitemmälle. Todettiin, että nuorten tuntemattomiin kohdistaman väkivallan yleisyys oli yhteydessä nuorisoväkivallan tyyppitapauksiin, »hallinnasta luisuviin näytön paikkoihin». Tähän edelleen liittyi havainto nuorten ja ikääntyneiden väkivallantekijöiden jossain määrin erilaisesta asemasta. Nuorilla näytön paikka syntyi helposti myös suhteessa tuntemattomiin. Sitävastoin vanhemmat väkivaltarikolliset olivat yleensä niin perusteellisesti syrjäytyneitä, että vakavasti otettavia konflikti- ja kilpailutilanteita saattoi syntyä vain oman viiteryhmän sisällä.

Lopuksi on vielä lyhyesti tarkasteltava sitä, miksi tuntemattomiin kohdistuvien väkivallantekojen perustaso vaihtelee voimakkaasti eri maissa. Esimerkiksi USA:ssa näiden rikosten osuus kaikista henkirikoksista on noin 25 %, kun vastaava luku Suomessa on alle 10 %.[24] USA:n osavaltioita vertailemalla on todettu, että selitys on pitkälti tilastollinen, kaupungistumisaste. USA:n maatalousvaltaisissa osavaltioissa joissa suurkaupunkeja ei ole, tuntemattomiin kohdistuvia henkirikoksia tapahtuu suhteellisen vähän, oli väkivallan yleistaso sitten korkea tai alhainen. Vastaavasti suurkaupungeissa tuntemattomiin koh-

[24] Vuoden 1987 mielentilatutkimusaineistossa luku oli 14 % ja Mattilan tutkimuksessa 12 %. Mielentilatutkimukseen määrätään kuitenkin vain 50—60 % kaikista henkirikoksiin syyllistyneistä, ja ilmeisesti suhteellisen suuri osa tuntemattomiin tekonsa kohdistaneista rikoksentekijöistä. Viljasen poliisiaineiston perusteella tekemässä tutkimuksessa — jonka aineisto oli samalta ajalta kuin Mattilan — tuntemattomien osuus jäi 5 % tasolle.

distuvia henkirikoksia on aina melko runsaasti.[25] Tältä osin Suomen rikosrakenne muistuttaa samalla väkivaltatasolla olevia USA:n ei-urbaaneja osavaltioita.

Ilmeisesti on niin, että väkivallan noustessa 15—29-vuotiaiden osuuden kasvu lisää ympäristöstä riippumatta (kaupunki/maaseutu) samalla myös tuntemattomiin kohdistuvien väkivallantekojen määrää. Näkyyhän lisäys ennen muuta tyyppitilanteiden yleistymisenä.[26] Kaupunkien ja maaseudun välinen perusero tuskin tästä syystä kuitenkaan olennaisesti muuttuu. Potentiaalisia (ennestään tuntemattomia) konfliktiosapuolia on kaupungeissa luonnollisista syistä aina suhteellisesti enemmän.[27]

Lähteet

Anttila Inkeri ja *Törnudd Patrik:* Kriminologia. Porvoo 1970.
Archer Dane ja *Gartner Rosemary:* Violence & Crime in Cross-National Perspective. 1984 New Haven.
Block Richard: Homicide in Chicago — A Nine Year Study (1965—1973). The Journal of Criminal Law & Criminology, 1976, Vol. 66: 4.
Daly Martin ja *Wilson Margo:* Homicide. New York 1988.
Ericson Richard, Baranek Patricia ja *Chan Janet:* Visualizing Deviance: A Study of News Organisation. Toronto 1987.
Gottlieb P, Gabrielsen G ja *Kramp P:* Increasing rates of homicide in Copenhagen from 1959 to 1983. Acta psychiatr. scand. 1988: 77.
Heiskanen Ilkka ja *Mitchell Ritva:* Lättähatuista punkkareihin. Keuruu 1985.
Komiteanmietintö 1931: 16.
Lääkintöhallitus: mielentilatutkimusaineistot 1987 ja 1988.
Mattila Juhani: Alttiudesta syyllistyä toistamiseen väkivaltarikokseen. Helsinki 1988.
Riedel Marc: Stranger Violence — Perspectives, Issues, and Problems. The Journal of Criminal Law & Criminology, 1987, Vol. 78: 2.
Smith Dwayne ja *Parker Robert:* Type of Homicide and Variation in Regional Rates. Social Forces 1980, Vol. 59: 1.
Suomen virallinen tilasto XXIII. Poliisin tietoon tullut rikollisuus 1950—1987.
Suomen virallinen tilasto XXIII. Tuomioistuinten tutkimat rikokset 1951—1986.
»Väkivaltaa vastaan» -projekti: projektiaineisto.

[25] Smith ja Parker, s. 136—145.

[26] Näin ainakin Blockin tutkimuksen mukaan Chicagossa (Block, s. 498) ja Gottlieb, Gabrielsen ja Krampin tutkimuksen mukaan Kööpenhaminassa (Gottlieb, Gabrielsen ja Kramp, s. 305).

[27] Vuoden 1987 mielentilatutkimusaineistossa tuntemattomiin kohdistuneet henkirikokset olivat kaupunkirikoksia lukuunottamatta tapauksia 10004 ja 10036. Rikoksiin syyllistyneistä oli kaupunkilaisia kymmenen, maaseudulla asuvia kaksi.

Ylikangas Heikki: Puukkojunkkareitten esiinmarssi. Keuruu 1976.
Zahn Margaret ja *Sagi Philip:* Stranger Homicides in Nine American Cities. The Journal of Criminal Law & Criminology 1987, Vol. 78: 2.

Forsman, Honkasalo ja korkein oikeus — satavuotiaan rikoslain tulkintaa osallisuusopin alalla

Oikeustieteen lisensiaatti *Harri Palmén*

1. Rikoslain satavuotisen historian aikana lakiin on tehty runsaasti muutoksia. Yksi harvoista tekstiltään muuttumattomista luvuista on osallisuutta käsittelevä 5 luku: sen ainoa muutos vuodelta 1969 koski itse osallisuusopin kannalta epäolennaista seikkaa. Lakitekstin tasolla osallisuusoppi on siten pysynyt ennallaan koko vuosisadan. Tässä kirjoituksessa on tarkoitus selvitellä, miten soveltamiskäytäntö on vuosisadan aikana muuttunut, ja pohtia sitä, miten perusteltuja ja hyväksyttäviä nämä muutokset ovat olleet. Olen valinnut tarkemmaksi aiheeksi tekijäntoimen ja avunannon erottamisen. Samaa aihetta on äskettäin käsitellyt Raimo *Lahti* (Lahti 1988 ja 1989).

2. Rikoslain tätä asiaa koskevat pykälät kuuluvat näin:

> RL 5: 1: »Jos kaksi tahi useammat ovat yhdessä tehneet rikoksen; rangaistakoon itsekukin rikoksen tekijänä.»
> RL 5: 3: »Joka, toisen rikosta tehdessä taikka sitä ennen, tahallansa on neuvolla, toimella tahi kehotuksella tekoa edistänyt, on avunannosta rikokseen... tuomittava...»

RL 5: 3:stä käy ilmi, että avunantajan rangaistusasteikko on lievempi kuin tekijän.

3. Forsman, satavuotiaan rikoslain isä, määrittelee osallisuusopissaan ensin tekijäksi »den, som utför själva brottet» (Forsman 1930 s. 237). Tekijän ja avunantajan erottamiseksi hän tuo esiin kolme pääteoriaa: objektiivisen, subjektiivisen ja välitysteorian (förmedlingsteorin). Objektiivinen teoria tarkoit-

taa Forsmanin mukaan sitä, että tekijä on pääsyynä (hufvudorsak) ja avunantaja lisäsyynä (biorsak) oikeudenloukkaukseen. Kausaalisuusopillisin perustein Forsman katsoo kaiken seuraukseen myötävaikuttaneen toiminnan yhtä merkittäväksi, joten tämä teoria on hylättävä. Subjektiivisen teorian mukaan tekijä »vill rättskränkningen såsom sin egen eller i eget intresse», avunantaja taas »vill brottet såsom ett främmande brott eller i främmande intresse.» Kuitenkin subjektiivisen teorian kannattajien joukossa on katsottu, että kyseessä on aina tekijäntoimi, jos henkilö on tehnyt »själfva hufvudhandlingen». Tämä on tietenkin epäjohdonmukaista, kuten Forsman aivan oikein huomauttaa (Forsman 1930, 262—264).

Jäljelle jää siis »förmedlingsteorin». Sen mukaan ratkaisevaa on vain »handlingens kvalitet eller karaktär». »Är handlingen en värkställighetshandling, så innebär den ett gärningsmannaskap, är den åter en förberedelsehandling, så innefattar den medhjälp.» Avunantajan osuus eroaa tekijästä vain laadultaan, ei määrältään; avunantaja jättää rikoksen tekemisen tekijälle ja itse vain mahdollistaa ja helpottaa rikoksen tekemistä (Forsman 1930, 265).

Vastaväitteenä tätä teoriaa kohtaan Forsman tuo esiin sen, että täytäntöönpanotekojen ja valmistelutekojen ero on varsin häilyvä (ganska svävande) ja erityisesti että ero ei ole objektiivista laatua, vaan sama teko voi eri tilanteissa olla joko täytäntöönpanoa tai valmistelua. Osallisuusopin yhteydessä Forsman ei ryhdy määrittelemään täytäntöönpanotointa, mutta yritysopin yhteydessä (Forsman 1930 s. 210—214) hän tuo esille joitakin kriteerejä sille, mitkä teot on katsottava täytäntöönpanotoimiksi. Tärkeää on huomata, että Forsmanin mukaan ei ole mahdollista in abstracto vetää tiukkaa (bestämd) rajaa täytäntöönpano- ja valmistelutoimien välille, vaan asia on ratkaistava erikseen jokaisessa konkreettisessa tapauksessa. »En handling, som i ett fall har karaktär af en förberedelsehandling, kan ofta i ett annat fall framstå som en värkställighetshandling.» Tästä kaikesta huolimatta Forsman katsoo, että täytäntöönpano- ja valmistelutoimilla on periaatteellinen ero, vaikka sitä voikin olla käytännössä vaikea soveltaa.

4. Honkasalo (1967, 195—199) nojautuu pitkälti Forsmanin esitykseen. Hänen osallisuusopissaan erotetaan subjektiivinen teoria jotensakin Forsmanin tavoin (ratkaisevaa on se, kenen intressissä rikos tehdään) ja kaksi objektiivisten teorioiden päämuotoa, nimittäin aineellisobjektiivinen ja muodollisobjektiivinen teoria. Aineellisobjektiivinen teoria vetää rajan tekojen aineellisen merkityksen perusteella, muodollisobjektiivinen taas osallisuuden muodollisen laadun perusteella. Honkasalo hylkää aineellisobjektiivisen käsityksen puhtaasti

kielellisiltä näyttävin argumentein ja päätyy muodollisobjektiiviseen teoriaan, jonka mukaan »tekijäntoimeksi on katsottava täytäntöönpanotoimen suorittaminen tai siihen osallistuminen, avunannoksi toimi, joka tekee täytäntöönpanotoimen mahdolliseksi tai edistää sitä» (Honkasalo 1967, 197).

Forsman ja Honkasalo ovat siten samoilla linjoilla: ratkaisevaa osallisen katsomiselle tekijäksi tai avunantajaksi on se, osallistuuko hän rikoksen täytäntöönpanotoimeen. Forsmanin tavoin myös Honkasalo toteaa osallisuusopin yhteydessä, että täytäntöönpanotointa ei voida määritellä yksinomaan muodollisin perustein (lain käyttämä verbi; teon asema kausaalisessa sarjassa), vaan kriteerinä on viime kädessä teon aineellinen merkitys, sen oikeushyvälle aiheuttama vaara. »Teon laadusta sinänsä ei voida sanoa, onko se avunantotoimi vaiko täytäntöönpanotoimi, vaan ainoastaan, kun sitä verrataan muihin seurauksen syntymiseen vaikuttaneisiin tekoihin.» »Täytäntöönpanotoimen luonteeseen katsotaan yleisesti kuuluvan, että se välittömästi toteuttaa rikoksen olemukseen kuuluvan oikeushyvän loukkaamisen tai vaarantamisen» (Honkasalo 1967, 198). Tarkemmin hänkin käsittelee täytäntöönpanotoimen määrittelyä yritysopin yhteydessä (ks. Honkasalo 1967, 166—168 ja 170—177).

5. KKO:n julkaistusta käytännöstä löytyy jonkin verran tapauksia, joissa on vedetty rajaa tekijäntoimen ja avunannon välille. Rikoslain ensimmäisiltä vuosikymmeniltä on löydettävissä ainakin tapaukset SOO p. 14. 8. 1917 n:o 424, SOO p. 17. 1. 1918 n:o 4 ja KKO p. 19. 3. 1920 n:o 265, joissa kaikissa varkauden aikana ulkopuolella odottanut vartija tuomittiin varkaudesta avunantajana eikä tekijänä. Tällaiset ratkaisut ovat selvästi Forsmanin ja Honkasalon muodollisobjektiivisen kannan mukaisia.

Jo 1950-luvulla esiintyi tapauksia, joissa muodollisobjektiivisesta kannasta ei pidetty kiinni. Tällainen on etenkin Salmialan (1954) ankarasti — nimenomaan hänen vakiintuneeksi katsomaansa muodollisobjektiivista linjaa rikkovana — kritisoima KKO 1951 II 3:

> Henkilö, joka toisten suorittaessa anastusta oli seisonut kadulla vartiossa, tuomittiin rangaistukseen varkaudesta tekijänä eikä avunantajana.

6. Serlachius (1909, 167—172) on ainoana vanhemmassa kirjallisuudessamme puoltanut ns. *aineellisobjektiivista osallisuuskäsitystä*. Hänen mukaansa ero muun osallisuuden ja avunannon välillä on yhteiskunnallista laatua. »Kun jonkun tahi joidenkuiden rikoksessa osallisten myötävaikutus on yhteiskunnalliselta merkitykseltään muiden osallisten toimintaan verraten niin paljon pienempi, että siihen voidaan rikosoikeudellisesti arvosteltaessa sovelluttaa tykkänään eri mittakaava, silloin on siis edellisten myötävaikutus pidettävä avun-

antona» (Serlachius 1909, 176). Olennaista tälle kannalle Forsmanin ja Honkasalon kantaan verrattuna on, että eroa tekemisen/tekijäkumppanuuden ja avunannon välille ei tehdä muodollisella — sinänsä kohtuullisen täsmällisellä mutta mielivaltaisella — perusteella eli täytäntöönpanotoimeen osallistumisella, vaan punnitaan tilannetta kokonaisuudessaan. Serlachiuksen näkemys vaikuttaa realistiselta, se jättää argumentaatiotilanteen avoimeksi ja antaa mahdollisuuden päätyä erityyppisissä tapauksissa tarkoituksenmukaisimpaan lopputulokseen.

Serlachiuksen ratkaisun ongelma on tietenkin — jo Honkasalon ja Serlachiuksen itsekin huomaama — rajanvedon epämääräisyys. Rikosoikeudessa pidetään aiheellisesti täsmällisyyttä ylimpänä rikoslain ja sen tulkinnan hyveenä. Serlachius joutuu itsekin myöntämään, että rajanveto tekijän ja avunantajan välillä on hänen tavallaan epämääräinen, mutta hän puolustautuu sillä, että samanlainen epämääräisyys on ominaista valmistelun ja täytäntöönpanon rajanvedolle — eli juuri sille rajanvedolle, josta Forsman ja sittemmin Honkasalo hakevat ohjetta myös osallisuusmuotojen erottamiseen.

7. 1970-luvulta alkaen KKO on irtaantunut muodollisobjektiivisesta kannasta nimenomaan anastusrikoksissa. Ensimmäisenä esimerkkinä esitettäköön KKO 1974 II 82:

> Syytetty, joka oli, hankittuaan ao. rakennuksen ulko-oven avaimen, yhdessä kahden muun henkilön kanssa suunnitellut anastuksen suorittamisen, kuljettanut nämä henkilöt autolla rikospaikalle, odottanut heitä autossa ja kuljettanut heidät sieltä pois sekä saanut osan anastetuista rahoista, tuomittiin törkeästä varkaudesta tekijänä eikä vain avunantajana.

Samansuuntaisia ratkaisuja on omaisuusrikoksista annettu useita. Rikosten joukossa on myös törkeä ryöstö (KKO 1975 II 40), jossa syytetyn katsottiin syyllistyneen törkeään ryöstöön tekijänä, vaikka hän ei ollut itse tehnyt kumpaakaan rikoksen tunnusmerkistöön kuuluvista täytäntöönpanotoimista, ei käyttänyt väkivaltaa eikä anastanut. Tämäntyyppisissä tapauksissa KKO:n kantaa voidaan jo pitää vakiintuneena.

Tällaiset ratkaisut näyttävät rajoittuneen etupäässä omaisuusrikoksiin. Vangin karkaamista koskevassa ennakkopäätöksessä KKO 1977 II 31 tosin tuomittiin karkaamisesta kaksi vankia, joista »toinen oli rautasahalla sahannut vankisäilön ikkunaristikkoa ja toinen samanaikaisesti tarkkaillut vartijan liikkumista». Tapauksessa äänestettiin siitä, oliko karkaaminen jo edennyt yritysasteelle, sitä vastoin osallisuuskysymystä ei erikseen pohdittu. Mahdollista tietenkin on, että sitä on pidetty itsestään selvänä.

Anastustapauksissa on anastukseen osallistumattoman henkilön osuus katsottavissa yhtä painavaksi kuin muidenkin osallisten, voihan olla jokseenkin sattumanvaraista, kuka osallisista joutuu esimerkiksi ulkopuolella seisovan vartijan rooliin. KKO:n ratkaisujen perustelut ovat varsin yksityiskohtaisia ja myös lopputulokset ovat kriminaalipoliittisesti järkeviä. Vaikuttaisi siltä, että KKO on näissä tapauksissa ollut Serlachiuksen linjoilla. Eri asia on, ettei anastusrikostenkaan variaatio KKO:n päätöksissä ole kovin laaja.

8. Uuteen valoon tekijän ja avunantajan erottaminen joutuu tuoreen KKO:n ratkaisun 1988: 42 vuoksi (ks. myös Lahti 1988 ja 1989):

> Rikokseen osallisuus. Rikoksen tekijä. Murha.
>
> A ja B olivat päättäneet tilata taksin, surmata sen kuljettajan sekä anastaa sen jälkeen auton ja kuljettajan rahat. Tällöin he olivat keskustelleet muun muassa surmaamispaikasta. Matkan aikana A oli pyytänyt taksiautoilija C:tä pysäyttämään autonsa syrjäiselle paikalle ja ampumalla surmannut C:n. Sen jälkeen A ja B olivat ottaneet auton käyttöönsä B:n ryhtyessä sitä kuljettamaan ja anastaneet autosta rahaa.
>
> Kun C:n surmaaminen oli tehty A:n ja B:n ennalta yhdessä laatiman suunnitelman mukaisesti ja yhteisen päämäärän saavuttamiseksi, B tuomittiin tekijänä rangaistukseen C:n surmaamisesta. (Ään.)

Imatran KO tuomitsi B:n avunannosta murhaan perustellen tätä seuraavasti:

> B ei ollut (...) tekijänä osallistunut itse surmaamistekoon, mutta hän oli yhdessä A:n kanssa suunnitellut rikoksen tapahtumain kulun ja yhdessä A:n kanssa anastanut surmatun C:n omaisuutta, millä menettelyllä B oli tahallaan neuvoilla edistänyt A:n surmaamisrikosta.

Kouvolan HO katsoi näytetyksi,

> että B oli yhdessä A:n kanssa suunnitellut taksin tilaamisen, sen kuljettajan surmaamisen sekä auton ja rahojen anastamisen. C oli surmattu tuon ennalta yhdessä laaditun suunnitelman mukaisesti ja yhteisen päämäärän saavuttamiseksi. Suunnitelmaa oli toteutettu tilaamalla yhdessä taksi, menemällä siihen yhdessä matkustajiksi, ampumalla taksinkuljettaja, jonka ampumisen A oli suorittanut, sekä ottamalla sen jälkeen taksiauto A:n ja B:n yhteiseen käyttöön. (...) A ja B olivat syyllistyneet C:n murhaan tekijäkumppaneina.

KKO (OikN Takala, Mörä, Lehtonen, Hiltunen) ei muuttanut HO:n päätöstä).

Eri mieltä ollut OikN Lindholm totesi, että A oli toiminut aloitteentekijänä ja johtajana ja B oli ollut tämän johdettavissa. A:n ja B:n välillä oli ollut

puhetta taksin tilaamisesta ja jopa kuljettajan surmaamisesta ja mahdollisesta surmaamispaikasta. Hän jatkaa:

> Näistä seikoista ei kuitenkaan vielä ilmene, kun muutakaan näyttöä ei ole, että A ja B olisivat yhteisymmärryksessä päättäneet kuljettajan surmaamisesta ja laatineet siitä suunnitelman yhteisen tuloksen eli auton ja rahojen saamiseksi. Epäselväksi jää, oliko edes kysymys mistään varsinaisesta suunnitelmasta vaiko pikemminkin tapahtumien hallitsemattomasta etenemisestä. Yhteisymmärrys on korkeintaan ulottunut kuljettajan ryöstämiseen, joka sinänsä ei ole edellyttänyt hänen surmaamistaan. Pelkästään siitä, että B:n ja A:n välillä on A:n aloitteesta ollut puhetta kuljettajan surmaamisesta ja siitä missä tämä tapahtuisi, että B on mieltänyt A:n voivan syyllistyä kuljettajan surmaamiseen ja että B on, ehkä osittain olosuhteiden pakottamana, suhtautunut siihen välinpitämättömästi, mahdollisesti hyväksyvästikin, ei vielä voi seurata, että B olisi tekijänä syyllistynyt C:n surmaamiseen, kun hän ei ole millään tavalla osallistunut itse surmaamistekoon. B on kuitenkin käyttäytymisellään rohkaissut A:ta ja näin edistänyt tämän tekoa, mikä B:n on täytynyt käsittää. B on sen vuoksi tuomittava avunannosta A:n tekemään surmaamisrikokseen.

Lindholmin kanta vaikuttaa olevan, että tapauksessa puuttuisi vain *näyttöä* yhteisymmärryksen olemassaolosta. Jos olisi näytetty todellisen suunnitelman olemassaolo, olisi myös Lindholm saattanut tuomita B:n surmaamisrikoksen tekijänä. Näin ollen voidaan varovasti tulkita KKO:n olleen yksimielinen itse peruskysymyksessä: Surmaamisrikoksen tekijäksi voidaan katsoa myös henkilö, joka ei itse ole uhria surmannut, jos surmaaminen on yhdessä suunniteltu ja se tehdään yhteisen päämäärän saavuttamiseksi. Muodollisobjektiivinen käsitys on kerta kaikkiaan hylätty, sillä mitenkään ei voida sanoa B:n tehneen rikoksen täytäntöönpanotointa. Surmaamisen täytäntöönpanotoimi ei voi olla muu kuin itse ampuminen, johon B ei mitenkään osallistunut. Muunlainen täytäntöönpanotoimen määritelmä olisi tässä tapauksessa aivan keinotekoinen.

Miten B:n osuutta olisivat arvioineet Forsman ja Honkasalo? Edellä esitetyn valossa lienee täysin selvää, että heidän linjansa mukaan B:tä ei voida pitää tekijänä.

Mielenkiintoista on havaita, että B:lle hovioikeudessa rangaistusta määrättäessä sovellettiin RL 3 luvun 5 §:n 2 momenttia eli alitettiin rangaistusminimi. Perustelut olivat seuraavat:

> B:lle tuomittavaa rangaistusta harkittaessa on kuitenkin otettava huomioon, että B:n osuus tekoon oli A:han verrattuna ollut, muun muassa B:n ikä ja A:n haulikon välittömänä haltijana ja muutoinkin hallitseva asema B:hen verrattuna huomioon ottaen, vähäinen ja tosiasialliselta luonteeltaan sellainen, että B:n syyllisyyden aste läheni avunantajan syyllisyyttä kysymyksessä olevaan rikokseen.

Siis B, jonka 1) *osuus tekoon* oli ollut *vähäinen* ja 2) syyllisyyden aste läheni *avunantajan syyllisyyttä,* tuomittiin *tekijänä.* Aineellisobjektiivisestikin arvioiden tilanne vaikuttaa omituiselta: eikö se, että B:n osuus on vähäinen, tarkoita jotakuinkin samaa kuin Serlachiuksen »tykkänään eri mittakaava»? Kun vielä syyllisyyskin on normaalia tekijän syyllisyyttä lievempää, ei mikään oikeastaan enää puhu tekijänä tuomitsemisen puolesta. Päädynkin siihen, että myös Serlachius olisi katsonut B:n tapauksessa avunantajaksi eikä tekijäksi.

Tapauksen arvioinnissa on syytä ottaa huomioon, että KKO ei voinut muuttaa HO:n ratkaisua syytetyn vahingoksi, koska syyttäjä ei ollut hakenut muutosta. Siten RL 3: 5.2:n soveltaminen jäi vain hovioikeuden päätöksen varaan. Vaikka KKO olisi pitänyt asteikon alittamista tässä tapauksessa virheellisenä, se ei voinut tätä lausumaa muuttaa. Toisaalta KKO olisi voinut päästä samaan lopputulokseen katsomalla B:n osuuden (syytetyn eduksi) vain *avunannoksi,* jolloin avunanto rangaistuksen vähentämisperusteena olisi sallinut saman rangaistuksen ilman asteikon alittamista. Näin ollen on pakko tulla siihen tulokseen, että KKO katsoi itse peruskysymyksen (rajanvedon rikoskumppanuuden ja avunannon välillä) niin olennaiseksi, että siitä oli aihetta antaa ennakkopäätös. (Asteikon alittamisen osaltahan kyseessä ei olekaan prejudikaatti, koska kysymystä ei lainkaan mainita otsakkeessa.) Voidaan päätellä KKO:n haluavan laajentaa rikoskumppanuuden käyttöalaa entisestään, ja nimenomaan sellaisiin tilanteisiin, joissa kyse on yhteisestä suunnittelusta.

Kriminaalipoliittiselta kannalta konkreettista lopputulosta voidaan pitää oikeudenmukaisena. Tapauksen rikoskumppaneista toinen on saanut ankaramman, toinen lievemmän rangaistuksen, kumpikin osuutensa mukaan. Tulos tyydyttänee rangaistusmäärien osalta myös yleistä oikeustajuntaa. Rikosoikeusdogmaattiselta kannalta taas tapauksen ratkaisu on vähemmän onnistunut nimenomaan RL 3: 5.2:n soveltamisen osalta, mutta myös siksi, että B:n osuus tapauksessa on rikoksen kiistattomasta törkeydestä huolimatta suhteellisen vähäinen.

9. Tapausta KKO 1988: 42 on mielenkiintoista verrata muutamaa vuotta vanhempaan tapaukseen KKO 1983 II 61:

> A ja B olivat jo pitemmän aikaa suunnitelleet B:n aviomiehen C:n surmaamista. Sopivan tilaisuuden ilmaannuttua B ilmoitti siitä puhelimitse A:lle, jolloin he samalla sopivat C:n surmaamisesta vielä samana iltana. Sopimuksen mukaisesti A surmasi C:n B:n osallistumatta surmatekoon. B, jonka katsottiin sopimalla A:n kanssa surmateosta saaneen tämän ryhtymään vakaasta harkinnasta tapahtuneeseen C:n surmaamiseen, tuomittiin rangaistukseen yllytyksestä murhaan. (Äänestys 4—1; vähemmistöön jäänyt oikeusneuvos olisi katsonut teon tapoksi eikä murhaksi.)

Tilanne oli siis tavallaan päinvastainen kuin tapauksessa KKO 1988: 42. Yhteinen suunnitelma oli selvästi konkreettisempi, tapausselostuksesta käy ilmi, että uhrin »hävittämisestä» oli puhuttu jo vuoden alussa, kun surmaaminen tapahtui huhtikuussa. Pari tuntia ennen surmaamista B oli soittanut A:lle ja kertonut ennakoidun sopivan tilaisuuden nyt tulleen. Tästä puhelinkeskustelusta A oli KKO:n päätöksen mukaan saanut ajatuksen toteuttaa surmaamisen, jonka toteuttamisajastakin oli sovittu puhelinkeskustelun aikana. Toisaalta itse surmaaminen ilmeisesti toteutettiin jonkinlaisessa affektitilassa, ja kiistatonta oli, että B ei mitenkään osallistunut surmaamistekoon.

Tässä tapauksessa oli kyse *yllytyksen ja tekijäkumppanuuden* rajanvedosta. Tälle kysymykselle ei oikeuskirjallisuudessa eikä käytännössä ole omistettu suurtakaan huomiota, mikä selittynee sillä, että yllyttäjää rangaistaan RL 5: 1:n mukaan »ikäänkuin hän itse olisi ollut tekijä»; rangaistusasteikko in abstracto on siis sama. Käytännössä ei siis osallisen teon katsomisella yllytykseksi tai avunannoksi ole juurikaan merkitystä. Juuri tällaisessa tilanteessa voisi tietysti olettaa, että KKO:lla on erityisen hyvä mahdollisuus tehdä osallisuusratkaisunsa teoreettisten osallisuusoppien mukaan, kun seuraamusharkinta ei pääse vaikuttamaan asiaan. Toisin kuin tapauksessa KKO 1988: 42, yhteiseen suunnitelmaan osallisia ei tässä tapauksessa kuitenkaan pidetty rikoskumppaneina.

10. KKO:n rikosoikeuden yleisiä oppeja koskevat prejudikaatit ovat viime vuosina varsin usein vieneet kehitystä *ankaramman* rikosoikeudellisen vastuun suuntaan. Tämä näkyy juuri osallisuusopissa, jossa tekijänvastuuta on laajennettu aikaisemmin avunannoksi katsottuihin tilanteisiin. Samalla tavoin rikosoikeudellinen vastuu on muuttunut ankarammaksi tahallisuusarvioinnissa, kun positiivisen tahtoteorian sijaan tahallisuutta on arvioitu seurauksen todennäköisyyden perusteella (joskin varsin sekavalla tavalla). Onko KKO:n tarkoituksena siis kiristää rikosoikeudellista kontrollijärjestelmää rikosoikeuden yleisten oppien kehittämisen kautta?

Toinen tärkeä kysymys on, onko oikein, että KKO kiristää linjaa tällä tavoin. Edellä on esitetty, miten osallisuutta koskevat säännökset ovat pysyneet muuttumattomina ja miten niitä on ainakin suhteellisen vakiintuneesti tulkittu. KKO on kuitenkin 1970- ja 1980-luvulla muuttanut tätä tulkintaa varsin määrätietoiselta vaikuttavalla tavalla. Uusi tulkinta on koitunut rikoksentekijän vahingoksi. Legaliteettiperiaatteen kannalta tällaisesta tulkinnan muutoksesta voidaan esittää ainakin vakavia epäilyjä.

Lähteet

Forsman, J. 1930: Anteckningar enligt professor Jaakko Forsmans föreläsningar öfver straffrättens allmänna läror med särskild hänsyn till strafflagen af den 19 december 1889. Med tillstånd af föreläsaren utgifna af Lars Wasastjerna. Tredje upplagan. — Helsingfors 1930.

Honkasalo, B.: Suomen rikosoikeus. Yleiset opit. Toinen osa. Toinen painos. — Helsinki 1967.

Lahti, R.: Oikeustapauskommentaari (KKO 1988: 42). — Defensor Legis 1988 (oik.tap.): 59—68.

— Om gränsdragning mellan medgärningsmannaskap och medhjälp till brott. — JFT 1989: 100—118.

Salmiala, B. A.: Osallisuutta koskevia tulkintakysymyksiä. — Defensor Legis 1954: 410—417.

Serlachius, A.: Suomen rikosoikeuden oppikirja. I osa. Yleiset opit. — Helsinki 1909.

Kriminaalipolitiikan käsite ja Honkasalo

Oikeustieteen kandidaatti *Kjell Sevón*

Tämä muisto- tai jälkikirjoitus perustuu yksinkertaiseen väittämään Brynolf Honkasalon kriminaalipolitiikan käsitteestä ja tämän käsitteen purkamiseen.

Näin tämä käsite — väittämäni mukaan — kuuluu: kriminologia tuottaa tietoja rikollisuuden syistä ja sen vastustamiseen käytettyjen keinojen tehokkuudesta, tietoa, jota kriminaalipoliittisessa prosessissa (eli valtiossa) muunnetaan rikollisuuden vastustamisen keinoiksi, eli rikosoikeudeksi.[1] Honkasalon kriminaalipolitiikan käsite lepää näin kahden tuen varassa, eli se on kolmiosainen käsite, jossa kriminaalipolitiikka muodostaa välityksen. Keskeisestä sijainnistaan huolimatta (kriminaali)politiikka ei välttämättä muodosta käsitteen painopistettä.

Käsitteen purkaminen tai sen purkautuminen perustuu — kuinkas muuten — sen kahden tuen horjumiseen ja keskiön epäkeskoistumiseen. Kaavamaisesti sen voisi ilmaista vaikka seuraavalla tavalla: a) kriminologisessa tutkimuksessa ei ole, eikä voi olla kyse yksikäsitteisen, objektiivisen tai neutraalin tiedon tuottamisesta Honkasalon esittämän työnjaon tarkoittamassa mielessä;[2] b) valtio ei ole, eikä ole ollut sellainen yhtenäiseen käsitteeseen vangittavissa

[1] Katso Honkasalo, Brynolf: Suomen Rikosoikeus. Yleiset opit. Ensimmäinen osa. Helsinki 1965, 1—5. Sivuutan tässä käsitteenkuvauksessa sen seikan, että kriminaalipolitiikka Honkasalon käsityksen mukaan voidaan nähdä myös yhtenä »rikosoikeuden aputieteenä» (kriminaalipoliittisten käytäntöjen ja tutkimuksen käsitteellisestä erottelusta, katso Frände, Dan: Straffrättsdogmatik och kriminalpolitik. Oikeustiede-Jurisprudentia XVIII/1985, 9—54). Honkasalon käsitteen painopisteet ovat mielestäni pikemminkin sen kahdessa tuessa kuin »kriminaalipolitiikassa», mielletäänpä tämä sitten tutkimukseksi tai valtiokäytännöiksi.

[2] Katso esimerkiksi: Cohen, Stanley: Against Criminology. New Brunswick, New Jersey, 1988.

oleva kokonaisuus, jota kuvattu käsite implikoi;[3] c) rikosoikeuden käsitteet eivät muodosta, eikä niistä voi muodostaa sellaista käsitteiden käyttäjän tai luojan taustaoletuksista riippumatonta keinojen kokonaisuutta, jollaisen Honkasalo tuntuu olettavan.[4] Näihin kolmeen kaikkea muuta kuin harvinaiseen väitteeseen kirjoitukseni huomiot liittyvät. En kuitenkaan tarkastele niitä kartesiolaisittain teesien muodossa, joiden looginen johtaminen olisi epäilevän järkeni tehtävä. Silloin saattaisin nimittäin Honkasalon lailla päätyä tiettyyn, vaikkakin toiseen pisteeseen, eli toiseen kokonaisvaltaiseen kriminaalipolitiikan käsitteeseen.[5] Siihen en pyri. Sen sijaan että yrittäisin kehitellä uutta kriminaalipolitiikan käsitettä, yritän vain kirjata honkasalolaiseen käsitteeseen kohdistuvan epäilykseni lähteitä.

I. Eli...

Saattaa olla paikallaan todeta, että en aio puuttua Brynolf Honkasalon kriminaalipoliittisiin *käsityksiin,* jos tällä tarkoitetaan niinsanotusti sisällöllisiä kannanottoja yhteiskunnallisiin ratkaisuihin. Sisällöllisillä kannanotoilla tarkoitan tässä esimerkiksi kysymyksiä siitä, minkälaatuista käyttäytymistä tulisi kriminalisoida ja millaisin sanktioin. Tästä voisi päätellä — paitsi että en siten sano mitään — että tarkasteluni on jossain mielessä formaali tai muodollinen vastakohtana sisällölliselle tarkastelulle. Saattaisipa joku innostua puhumaan vastakohtapareista abstrakti/konkreettinen tai teoreettinen/praktinen liittäen esitystapani vastakohtien ensimmäisiin puoliin. Mieleni tekee palata näihin mahdollisen lukijani suuhun laittamiini vastakohtapareihin, mutta ensin haluaisin tarjota toista tulkintavaihtoehtoa. Toisenlaisen tarkastelutavan käsitysten ja käsitteiden suhteista voisi tarjota näiden tarkastelu esityksen ja metodin suhteina.

Metodin käsite voidaan tietysti käsittää monella tavalla. Arvioidessaan Max Weberin työtä toiminnan teorian kehittämisessä Talcot Parsons on eritellyt kä-

[3] Katso esimerkiksi Hänninen, Sakari: Valtiosta valtaan. Jyväskylä 1986.

[4] Katso esimerkiksi Dahlberg-Larsen: Paradigmer for retsvidenskaben. Teoksessa Tuori, Kaarlo (toim.) Rättsdogmatikens alternativ. Tammerfors 1988, 41—53.

[5] Descartesin pyrkimyksestä voittaa epäilyksensä loputtomuus löytämällä loogisesta selkeydestä yleisen ja yhtenäisen tieteen metodin avain, ja tämän rationalismin päätymisestä maailman jyrkkään kahtiajakoon hengen ja ruumiin maailmaan, joiden ainoana välityksenä lopulta saattoi toimia vain rationaalisen jumalan olemassaolo, katso esimerkiksi Saarinen, Esa: Länsimaisen filosofian historia. Huipulta huipulle Sokrateesta Marxiin. Porvoo, Helsinki, Juva 1986, 119—136.

sityksiä »metodologian tasosta» tutkimuksessa, eli sitä miten metodi käsitetään. Hän puhuu »valitettavasta amerikkalaisesta» kääntymisestä kohti metodin ymmärtämistä tutkimustekniikkana. Tällaista käsitystä hän vertaa mielekkäämpänä pitäämäänsä saksalaiseen traditioon, jossa metodin käsite ymmärretään tieteen filosofiaa lähestyvänä käsitteenä. Parsonsin kuvaus Max Weberin työstä tämän saksalaisen ponnistuksen parissa voisi tarjota esimerkin siitä, miten metodin käsite tässä jälkimmäisessä traditiossa on ymmärretty. Parsons sijoittaa Weberin työn kolmelle tasolle:

> a) metodologian taso, jolla Weber keskittyi luonnontieteiden ja toisaalta »kulttuuri»- tai »hengentieteiden» välille rakennettuun »väärän vastakohdan» purkamiseen pyrkien osoittamaan, että kaikki tieteellinen teoria välttämättä on käsitteellistävää ja siinä mielessä abstraktia ja valikoivaa suhteessa tosiasioihin;
> b) filosofian taso, jolla Weber pyrki eroon positivismin ja idealismin välille rakennetusta dikotomiasta, jossa edellinen rakensi determinaatiota suoraan luonnosta ihmisen toimintaan ja jälkimmäinen pyrki eristämään inhimillisen toiminnan omalaatuiseksi ja omalakiseksi maailmakseen. Tämän vastakohdan voittamiseen Weber — Parsonsin mukaan — pyrki yhdistämällä sen edelliseen vastakohtapariin saaden näin »nelikentän», joka saattoi toimia laajempien yleistysten kehyksenä;
> c) sosiologian taso, jolla purettavan vastakohdan tarjosi Tönniesin »Gemeinschaft — Gesellschaft» erottelu. Tälläkin tasolla Parsons näkee Weberin työn ainakin suuntautuneena kohti tämän »väärän» vastakohdan purkamista.[6]

Käsitykseni on, että käytettäviä käsitteitä ei voida erottaa käytetystä metodista, eikä sisällöllisiä aspekteja mitenkään voi jäännöksettä erottaa näistä. Siten Honkasalon metodologiset käsitykset kriminologiasta ja rikosoikeudesta vaikuttivat hänen käsitykseensä kriminaalipolitiikan tehtävästä rikollisuuden vastustamisena eli hänen kriminaalipoliittisten käsitystensä perussisältöön. Toisaalta mainitut metodologiset käsitykset saattoivat ehkä tällaisen tehtävänasettelun puitteissa toimia ainakin jossain mielessä paremmin kuin toisenlaisten ja mutkikkaampien tehtävien välineinä.

Honkasalon osalta puhuisin eräänlaisesta käsitteiden viattomuudesta, valmiista käyttöönotettavuudesta ja metodin eräänlaisesta luonnonmukaiseksi ymmärtämisestä. Tämä näkyy mielestäni yhtä hyvin Honkasalon kriminologian

[6] Katso Parsons, Talcot: On the Relation of the Theory of Action to Max Webers »Verstehende Soziologie». Teoksessa Schluchter, Wolfgang (toim.) Verhalten, Handeln und System. Frankfurt am Main 1980, 152.

metodin empiirisessä »luonnontieteenmukaisessa» kausaalisuudessa[7], kuin hänen rikosoikeuden metodinsa (kuuluisaa »elävää elämää» seuraavassa) kielellisessä naturalismissa, mutta myös hänen käytännöllismoraalisessa tavassaan johtaa yhteiskunnallinen »hyvä» ja »paha».[8] Metodologisina ratkaisuina Honkasalon lähtökohdat ovat mielestäni yhdistettävissä sellaiseen käsitykseen järjellisyydestä, jossa yhtenäiseksi yksilöön sijoittuvaksi ja päteväksi mielletty järki eri sektoreilla työskentelevänä »joko-tai» -päättelyn avulla mahdollistaa siirtymisen yhteiskunnallisena järkevyytenä aineellistuneeseen yhä rationaalisempaan tilaan. Rationaalistuminen toteutuisi siten järjen voimalla ja kaksijakoisen päättelyn avulla, oli sitten kyse todesta tai epätodesta, hyvästä ja pahasta taikka oikeasta ja väärästä.

Tuntuisi kuitenkin siltä, että viimeistään Hegelin jälkeen yksinkertainen kaksijaotteinen luokittelu ei oikein sovi näiden suhteiden tarkasteluun. Muun muassa Sakari Hänninen on aikoinaan kirjoittanut Hegelin metodista. Marxin kautta kulkien Hänninen esittää metodia, jota hän kuvailee avoimeksi reproduktiiviseksi kehäksi: esityksen kohteen jäsentäminen mahdollistaa niiden käsitteiden

[7] Honkasalon käsityksestä kriminologiasta kausaalitieteenä voisi esittää seuraavan lainauksen: »kriminoloogit ovat osoittaneet, että rikollisuus on ilmiö, jolla on luonnolliset syynsä niin kuin kaikilla muillakin ilmiöillä». Asia ei tietenkään parane siitä, että Honkasalo puhuu sekä »yksilöllisistä että yhteiskunnallisista tekijöistä», yhteiskuntatieteiden mahdollisuushan on erottamattomasti kytkeytynyt kysymykseen mahdollisuudesta löytää sille »mielekäs» eli jossakin mielessä mieltäluova (Sinnstiftung) metodi (katso esimerkiksi Giddens Anthony: New Rules of Sociological Method: A Positive Critique of Interpretative Sociologies. London, Melbourne, Sydney, Auckland, Johannesburg 1976, 155—156). Metodologisen lähtökohdan relevanssia käytännöllisten johtopäätösten kannalta voi pohtia Honkasalon edellämainitusta lähtökohdastaan esittämän valossa: »mainitulta kausaaliselta kannalta lähtien ei rikosoikeudellisille vastatoimenpiteille voida asettaa muuta tehtävää kuin yhteiskunnan suojaaminen assosiaalisten ainesten hyökkäyksiltä» (lainaukset Honkasalo, Yleiset opit osa 1, 27).

[8] Honkasalon tavasta johtaa yhteiskunnallinen hyvä tulee myöhemmin puhe. Pahan johtamisen osalta voisin puhua esimerkiksi Honkasalon syyllisyyden mittarina toimivasta »yhteiskunnanvastaisesta mielenlaadusta». Vielä kuvaavampi olisi kuitenkin ehkä asiaan epäsuoremmin liittyvä esimerkki. Ajattelen Honkasalon esitystä »luonnevikaisuudesta». Tätä Honkasalon myös psykopatiaksi kutsumaa syyntakeisuuteen liittyvää »vajavaisuutta» hän kuvaa muun muassa puuttuvana kykynä mukautua tilanteisiin, alistua annettuihin määräyksiin ja vastustaa huonoja vaikutteita. Esimerkkeinä eräästä »psykopatian» alaluokasta eli »fanaattisesta psykopatiasta», Honkasalo esittää »yökulttuuriin» ja »rauhanasiaan» »yliarvostavasti» suhtautuvat (Honkasalo, Brynolf: Suomen rikosoikeus. Yleiset opit. Toinen osa. Helsinki 1967, 13, 53—57). On tietenkin mainittava, että Honkasalo pitää esimerkkejään ainoastaan fanaattisen luonnevikaisuuden mahdollisina ilmaantumismuotoina, eikä oireina joista tila suoraan voidaan johtaa.

kehittämisen, joilla esitystä voi kritiikin kautta kehittää, jolloin uusi esitys taas vuorostaan voi tulla vastaavanlaisen kriittisen kehittämisen kohteeksi.[9]

Siitä käsitteistöstä, jota Hänninen puheena olevassa esityksessä kehittelee, on ennen muuta (tai vain) hänen esityksensä yhteiskunnan toiminnallisten subjektien tarkastelutavaksi vaikuttanut myös suomalaiseen oikeusteoreettiseen keskusteluun. Siinä Hänninen pyrkii ylittämään kokonaisyhteiskunnan rakenteistumista koskevassa tieteenfilosofisessa keskustelussa näkemiään vastakkainasetteluja kausaalisen ja finaalisen selittämisen, determinismin ja vapaan tahdon sekä metodologisen holismin ja individualismin välillä. Hännisen yritys ylitykseen perustui sellaisen tarkastelutavan hylkäämiseen, jossa erillisen tarkastelun lähtökohdaksi otetaan joko yksilön taso, kollektiivin taso tai kokonaisyhteiskunnan taso, joiden välityksiä sitten on etsitty itse kunkin ensisijaisena pitämästä lähtökohdasta. Tällaisen tarkastelun tilalle Hänninen esittää heuristista mallia, jossa subjektia voi tarkastella tajuntamuodon, tietoisuusmuodon ja ajattelumuodon ajatusmuotojen avulla. Mallin ajatuksena on, että »monimäärityksinen minä» on samanaikaisesti (eri aikaa noudattavien) eri tasojen yhteys. Tasot voivat vuorostaan toimia esimerkiksi talouden, ideologian, politiikan tai oikeuden tarkastelun jäsentämisessä tavalla, joka ei palauta niitä yhdelle (esimerkiksi talous »perusta», ideologia »päällysrakenne») tasolle.[10]

Tämän — tosin melko vajavaisesti esittämäni — keskustelun Kaarlo Tuori toi oikeusteoreettiseen diskurssiin »oikeuden tasospesifin jäsentämisen» välineeksi kehittämällään oikeuden käsitteellä. Tämän oikeuskäsitteen avulla oikeutta voi tarkastella oikeusmuodon, oikeusideologian ja lakimuodon yhteytenä ja suhteina.[11] Tällöin oikeusmuodon voi käsittääkseni nähdä eräänlaisena hegemonisena taustaoletusten kokonaisuutena, oikeusideologian ristiriitaisten ja eri kollektiivisubjektien intresseihin »kiinnittyvien» oikeusperiaatteiden kilpailuna, ja lakimuodon asetetun oikeuden, päätösten ja (dogmaattisten) tulkintaesitysten empiirisenä kokonaisuutena.

En puutu tähän keskusteluun sen enempää tässä yhteydessä, mutta palaan siihen kyllä lyhyesti esitykseni lopussa. Välittömänä tarkoituksenani oli lähinnä esimerkein esittää, että näiden, metodin ja esityksen, käsitteiden ja käsitysten suhteiden osalta lähtökohtani eroavat oleellisesti Brynolf Honkasalon aikoinaan omaksumista. Honkasalon lähtökohdista voidaan käsittääkseni myös mel-

[9] Sakari Hänninen kirjoitti aiheesta kirjassa Aika, Paikka, Politiikka. Oulu 1981 (Hegelin dialektisesta metodista katso erityisesti 17—40).

[10] Op.cit., 151—211.

[11] Tuori, Kaarlo: Valtionhallinnon sivuelinorganisaatiosta I. Vammala 1983, 74—77.

ko vaivatta — mielestäni ehkä liiankin vaivatta — siirtyä kriminaalipolitiikan »sisällöllisiin» ja »käytännöllisiin» tehtäviin. Tällä en halua väheksyä sitä valtavaa työmäärää, joka sisältyy Brynolf Honkasalon tuotantoon rikosoikeuden sisällöllisten kysymysten esittelyn muodossa, tai aliarvostaa hänen työnsä laatua niiden omista lähtökohdista käsin arvioituna. En vain kaikilta enkä edes olennaisilta osin voi yhtyä Honkasalon metodologisiin ja teoreettisiin lähtökohtiin.

Vaikka mainituista eroista käsin saattaa ymmärtää, miksi haluan purkaa Honkasalon kriminaalipolitiikan käsitteen — joskaan ei ehkä ymmärtäisi, mitä järkeä purkamisessa on — erot eivät välttämättä selitä tilannetta, jossa sen yritän tehdä: olihan esimerkiksi Hegel varmasti Honkasalolle tuttu, vaikkakin ilmeisesti ylitetyksi vaiheeksi käsitettynä tai ehkä pikemmin historian harhapoluksi miellettynä.[12] Käsittääkseni tämän viimeksimainitun käsityksen käsittäminen edellyttää honkasalolaisen järjen käsitteen lähempää käsittelyä.

II. Miten...

Honkasalolle järki oli — näin väitän — puhtaasti hyödyn maksimointia tavoittelevaa järkeä. Sen mittapuuna on tarkoituksenmukaisuus, joten siitä tulee *tarkoituksen mukaisen* tuloksen toteuttamisen väline. Näin se voi loputtomiin jakaa tarkoitukset hyödyllisiin ja hyödyttömiin sekä välineet tarkoituksenmukaisiin ja epätarkoituksenmukaisiin.[13]

Oman historiansa honkasalolainen järki löytää »valistuksen ajaksi» mieltämästään ja »hyödyn aikakaudeksi» kutsumastaan eurooppalaisesta 1600- lu-

[12] Esitellessään oppikirjassaan »rangaistusteorioita» ja »rikosoikeuden johtavia periaatteita» Honkasalo korostaa Beccarian ja Feuerbachin merkitystä, viittaa jopa kriminologian klassikoista Lombrosoon ja Ferriin sekä rikosoikeuden klassikoista von Lisztiin. »Absoluuttisten teorioiden» ja »sovitusajattelun» edustajista ei saksalaisen idealismin klassikoita, Kantia tai Hegeliä, edes mainita. Mukaan kelpaa yksi viittaus Bindingiin, muutoin näiden »ohitettujen ajatusten» esittely tapahtuu lähinnä Aggen ja Forsmanin tekstien pohjalta (Yleiset opit 1, 21—51).

[13] »Ettei sovitusajatus ole kriminaalipoliittisessa suhteessa tuloksia tuottava, osoittaa se seikka, että sovitusajatuksesta kiinni pitävät saksalaiset ovat saaneet kriminaalipolitiikan alalla suhteellisen vähän aikaan, kun sen sijaan Amerikassa ja Englannissa, utilitarismin ja pragmatismin maissa, joissa rangaistus on katsottu keinoksi käytännöllisten sosiaalisten päämäärien saavuttamiseen, on toteutettu useita merkittäviä rikosoikeudellisia reformeja. Näistä maista sai alkuunsa vankilalaitoksen uudistaminen. Niistä ovat kotoisin vankeusrangaistuksen progressiivista täytäntöönpanoa, ehdollista ja epämääräistä tuomiota, nuorisovankilaa ja vaarallisten rikoksenuusijoiden internointia koskevat uudistukset» (op.cit, 31).

vun ja 1700-luvun traditiosta. Tätä traditiota se kyllä mielestäni välillä tulkitsee valikoidusti ja ymmärtää ehkä turhan suppeaksi.[14] Historiastaan ja hyödyllisyydestään käsin honkasalolainen järki katsoo kuitenkin pystyvänsä oman käsitteistönsä arvioimiseen[15] joko aikansa mukaiseksi tai aikansa eläneeksi. Apuna sillä on, paitsi oma »tieteellinen ajattelunsa», myös »empiirinen kokemuksensa». Näiden voimavarojensa avulla se voi tehdä jakoja, vaikkapa toisaalta enemmän tai vähemmän irrationaalista ajattelua edustavan empiirisen »oikeustajunnan» ja toisaalta rationaalista ajattelua edustavan kriminologin empiirisen tiedon välillä.[16] Tarvittaessa honkasalolainen järki voi kyllä kriminaalipolitiikan rationaalistamisen kautta ihmisiä onnellistaessaan joutua tekemään kompromisseja toisaalta oman hyödyllisyytensä ja tarkoituksenmukaisuutensa ja toisaalta oikeustajunnan jälkijättöisyyden välillä. Mutta ei se mitään: itsehän honkasalolainen järki päättää milloin kompromissi on tarpeen, ja voihan se sitäpaitsi ottaa itselleen kaltaistensa kasvattamisen tehtävän.[17]

[14] Lainauksien osalta, katso op.cit., 30—31. Valistuksen valtioteorian esittelyn Honkasalo aloittaa tilanteesta, jossa yhteiskuntasopimus on jo sitovasti solmittu. Sitova yhteiskuntasopimus on se lähtökohta, josta käsin Honkasalo voi korostaa individualismia. Honkasalon problematisoinnin teemaksi muodostuu siten toisaalta jo annettuna otetun yhteisen hyvän ja toisaalta jo oletetun yksilön vapauspiirin suhde. Problematisoinnin — jos sitä sellaiseksi voi kutsua — muoto on vallanjako-oppi (39—42). Miten »valistuksen» sellaiset aidot, mutta käsittääkseni yhä käytännöllistä ratkaisuaan odottavat teemat kuten yleistahto, osallistuminen ja autonomia Honkasalon esitykseen lopulta sopivat, on kysymys jota mielestäni ei tyydyttävästi voi vangita vallanjako-opin avulla (katso aiheesta Hänninen, Sakari: Valtiosta valtaan, 104—108).

[15] Rikosoikeuden historian tehtävästä Honkasalo puhuu lähinnä oikeustulkinnan kannalta katsoen ja siihen luottamusta tuntien seuraavasti: »sen kautta luodaan valaistusta niihin yhteiskunnallisiin ja sivistyksellisiin olosuhteisiin, joiden vaikutusta tutkittavana olevat säännökset kuvastavat, ja tehdään siten mahdolliseksi lainsäädännön kehityksen oikea ymmärtäminen, mikä voi koitua avuksi myöskin voimassa olevien säännösten oikealle tulkinnalle» (Honkasalo: Yleiset opit 1, 2).

[16] Katso op.cit.: 27—33. Se seikka, että Honkasalo kategorisesti liittää esittelemänsä »sovitusajattelun» ja tämän pohjaksi laskemansa »oikeellisuuden aatteen» siihen, mitä »yleinen» tai »kansan» »oikeustajunta» vaatii — kaikki kolme tai neljä käsitettä näyttävät itse asiassa Honkasalolla sulautuvan yhteen —, toisaalta puhuu aiemmin esittämääni teesiä vastaan: ehkei Hegel ollutkaan Honkasalolle parempi tuttu. Näin yksinkertaistava ajattelu ei tunnetusti ollut saksalaiselle idealismille ominaista (vrt. Hegel, G. W. F.: Grundlinien der Philosophie des Rechts. Frankfurt am Main 1986, 29—88, 172—198, vrt. myös Kant, Immanuel: Metaphysische Anfangsgründe der Rechtslehre. Hamburg 1986, 27—46, 154—163).

[17] Honkasalo esittelee »oikeellisuuden aatteensa» — eli oikeustajunnan käsitteensä — »regulaattorina», joka asettaa rajat »tarkoituksenmukaisuuden aatteelle». Jälkimmäinen toimii vuorostaan kehityksen »moottorina». Näitä rajoja voidaan tosin »melkoisesti siirtää tarkoituksemukaisuuden aatteen vaatimaan suuntaan yleistä mielipidettä valistamalla», jolloin

En tiedä teistä, mutta ainakin minussa herää tärkeä kysymys: kuka loppujen lopuksi (ja aikojen alusta) on honkasalolaisen järjen kantaja? Tarjokkaita näyttää nimittäin olevan kaksi: toisaalta yhteiskunnallisena ruumiillistuva tarkoitus ja hyöty, ja toisaalta tietävä ja järkeilevä (mieluiten ehkä juristin koulutuksen saanut) yksilö. Edellinen on käsitteenä yhtenäinen — jos laskusta jätetään »asosiaaliset», »torjuttavat», »peloteltavat», »sopeutettavat» ja »parannettavat», joilla ei tietenkään näin tärkeässä kysymyksessä voi olla puhevaltaa — ja objektiivinen kokonaisuus, jonka ilmaisijana toimivat valtion viranomaiset ja elimet. Toinen on tämän objektiivisen tarkoituksen ja hyödyn tulkki, joka saattaa henkilöityä (paitsi honkasalolaisessa järjessä itsessään) esimerkiksi »korkeatasoisessa ja riippumattomassa tuomarikunnassa».[18] Mikäli teistä tuntuisi, että ette saa näitä kahta sovitettua yhteen, voin vain kysyä: kumman puolikkaan valitsette. Vaikka en voi vastata puolestanne, voisin ehkä lyhyesti yrittää selventää itse valintatilannetta.

Karl Marx katsoi Hegelin oikeusfilosofian kritiikissään löytäneensä hegeliläisen oikeusfilosofian »mysteerion» tavassa, jolla Hegel ratkaisi rakentamansa ratkaisemattoman antinomian valtion ja »valtiomateriaalin» (yksilö, perhe ja kansalaisyhteiskunta) välillä: toisaalta valtio esiintyy »ulkoisena välttämättö-

---

»kaikki terveet uudistukset sopivat niiden piiriin» (Yleiset opit 1, 33). Tämä on ilmeisesti se kaava, johon »lainsäätäjän onnelliseen tulokseen pääsemiseksi (usein täytyy) tyytyä» (32). Vaikka Honkasalo pitääkin »kymmentä käskyä» tehokkaampana moraalisen vaikuttamisen välineenä kuin rikosoikeuden »moraalia luovan ja -vahvistavan vaikutuksen» korostamista (25—26, 29), hän ei kuitenkaan väistä rikosoikeuden kasvatuksellista tehtävää: »näyttää siltä, että moraalin ylläpitämiseksi on tarpeellista, että ihmiset näkevät yhteiskunnan näiden moraalisen kasvatuksen tietä opittujen suhtautumistapojen noudattamista rangaistussanktionien uhalla vaativan. Ihmiset on kehdosta hautaan pidettävä rangaistussanktionein tehostetun moraalisen propagandan alaisena» (29).

[18] Kirjoittaessaan legaliteettiperiaatteen merkityksen vähenemisestä sen seurauksena, että individuaalipreventiivinen periaate ja tekijän vaarallisuus ovat korostuneet *yhteiskunnan suojaamisen keinoina,* Honkasalo kommentoi kiinnostavalla tavalla tätä objektiivisen ja subjektiivisen maailmansa suhdetta »oikeusturvallisuuden» kannalta: ». . . kun psyykkisiä seikkoja koskeva määritteleminen näet ei missään tapauksessa voi tapahtua muuten kuin käsittein, joiden sisältö enemmän tai vähemmän on tuomarin subjektiivisesta käsityksestä riippuva» (siitä seuraa että) »mitä enemmän taas (legaliteetti)periaate menettää merkitystään, sitä suuremman arvon saa korkeatasoinen riippumaton tuomarikunta yksilön oikeusturvallisuuden takeena» (op.cit.: 51). Tasoluokituksen tasokkuuden parhaana takeena olisi ilmeisesti jo tutuksi tullut honkasalolainen järki, joka pystyisi takaamaan sekä yhteiskuntaan kohdistuvan uhkan todellisuuden että yksilön arvioinnin oikeellisuuden. Esimerkkinä siitä, että kysymystä hyödyn ja tulkin välityksestä ei voida siirtää syrjään tekijärikosoikeuden mukana vanhentuneena, käyttäisin Honkasalon tulkintaoppia, jonka perusteita en tältä osin oikeastaan ole nähnyt horjutettavan (op.cit.: 43—51).

myytenä», josta »valtiomateriaali» on riippuvainen ja jolle se joutuu alistumaan, toisaalta valtio esiintyy »valtiomateriaalin» »immanenttina tarkoituksena» ja päämääränä. Hegelin ratkaisu perustuu Marxin mukaan »empiirisen valtiomateriaalin» käsittämiseen järkevänä tosiseikkana. Tämän tosiseikan järkevyys kuitenkin piilee sen olemisessa *ilmiönä*. Tämän ilmiön järjellisen sisäisen tarkoituksen ja päämäärän *»idea»* voi löytää, ja näin perustella ankkuroitumisensa ulkoisena välttämättömyytenä. Pienenä, mutta Marxin mielestä ratkaisevana ehtona Hegelin ratkaisun onnistumiselle on, että idea pitäytyy todellisuudesta luomassaan ilmiötason kuvauksessa. Katsoisin että honkasalolaisen kriminaalipoliittisen järjen kaksi kantajatahoa, objektiivinen hyöty ja tarkoitus sekä yksittäinen hyödyn ja tarkoituksen tulkki, voivat elää häiriötöntä yhteiselämää niin kauan kuin niiden *idea-yhtenäisyys* säilyy: jos ja/tai kun ideayhtenäisyys murtuu useammaksi tulkinnaksi yhtenäisyyden sisällöstä, törmäämme käsittääkseni yhä uudelleen Marxin asettamaan tämänpuoleistamisen tehtävään ja sen myötä ristiriitaisiksi hajoaviin »järjen kantajatahojen» suhteisiin.[19]

Maailman puolittaminen huipentuu kuitenkin mielestäni Honkasalon tahdon ja sen kantajan esityksessä. Tämän vuoksi lainaan otteet siitä suoraan tekstiin:

> a) »Sovitusajatus perustuu loogillisesti tahdonvapauden dogmille, joka ei ole voinut kestää empiirisen kokemuksen ja tieteellisen ajattelun kiirastulta. Ajatus on sitäpaitsi kriminaalipoliittisesti hedelmätön.»
>
> b) »Rikos on aina inhimillinen teko... Teko aktiivisena tekemisenä on ihmisten tahdosta riippuva ulkonaisessa maailmassa ilmenevän muutoksen aikaansaaminen.»

Tuntuuko tutun puolinaiselta? Jos tuntuu, voin lohduttaa teitä sillä, että a) tarkoittaa pelkästään vapaan tahdon kumoutumista, jolloin jäljelle jäävä, kausaalisesti määräytynyt epävapaa tahto voidaan ottaa todellisuutena haltuun *kriminologisen* tutkimuksen kentässä, kun b) taas liittyy *rikosoikeuden* toimintaehtoihin, ja tämän rikosoikeuden tarkoituksena on nimenomaan tämän tahdon määrääminen omalla tavallaan yhtä tosien rikosoikeuden käsitteiden avulla. Väliin nimittäin mahtuu honkasalolaisella järjellä varustettu *valtio,* jossa »Sein» ja »Sollen» voidaan sovittaa yhteen positiivisen oikeuden avulla.[20] Tekisi kuitenkin mieli sanoa: siinä sitä ollaan kuin appelsiinin kuoressa; joko valtiotahdon tulisi nimittäin olla, 1) kaikista muista tahdoista poiketen vapaa, 2) jolla-

[19] Marx, Karl: Zur Kritik der Hegelschen Rechtsphilosophie. Leipzig 1986, 33—50; vrt. Hegel: Grundlinien, 406—431.

[20] Katso Honkasalo: Yleiset opit 1, 30, 103.

kin tavoin kantaa kausaalisesti määräytyneistä valtuutetuista toimijoistaan riippumatonta immanenttia tarkoitusta, tai 3) olla sattuman kauppaa, jolloin sekä kriminologian empiiriseltä että rikosoikeuden praktiselta järjeltä tuntuu menevän matto jalkojen alta.

Voitte tietenkin olla eri mieltä. Itse en kuitenkaan enää ihmettele, miksi eurooppalaisen järjen tila on noussut monien järkevien ihmisten erääksi keskeiseksi keskustelunaiheeksi.

III. Siirrytään...

Peter Strasser on esittänyt länsimaisen tai eurooppalaisen järjen tilaa koskevan teesin lähtökohtanaan klassinen kysymys järjen suhteesta totuuteen. Strasserin mukaan totuutta filosofian ongelmana ei jäännöksettä voida irrottaa kuvien, analogioiden ja symbolien piiristä, ellei totuutta sitten mielletä puhtaasti kielen sisäisenä suhteena. Jälkimmäisestä totuuden käsitteestä Strasser toteaa, että siitä ei voida johtaa sen merkittävämpiä totuuksia kuin että väite »tänään sataa» on totta, mikäli on totta että tänään sataa. Näin aristoteliseen perinteeseen nojautuva, muotoon »väite X on totta» puettavissa oleva totuuden määritelmä lausunnon yhtäpitävyydestä tosiasioiden kanssa palautuu meta-oletukseen »että X». Tästä »syvemmälle» meneminen, tai yritys tämän tason ylittämiseen on Strasserin mukaan auttamatta johtanut alueille, joilla on haettu kuvia ei-sanottavissa-olevalle. Näistä — monikkomuotoisista — kuvista syntyy eräänlainen »totuuden historia», jonka kohtalona on ollut jättää totuus ja järki eri maailmoiden asiaksi.

Vaikka Strasser saattaa pahoitella tämän »totuuden historian» tulkintansa lamauttavaa vaikutusta rationaalisuususkoon kulttuurisessa tilanteessa, jossa »välinpitämättömyys, defaitismi», »irrationalismi» ja »nihilismi» hänen mukaansa jopa »mädättävät intellektuaalista elämää», hän ei kuitenkaan suosittele »Don Quijote»- retkeä järjen auktoriteetin palauttamiseksi yrittämällä kytkeä se välityksittä totuuteen. Lausumatta tulevaisuuden osalta käsityksiään totuuden ja järjen eron lopullisuudesta Strasser näkee myös jotain myönteistä tilanteessa: se panee meitä ihmettelemään tiedostamisen kykyämme, ja tämä ihmettely saattaa toimia myös eräänlaisen intellektuaalisen nöyryyden ja suvaitsevaisuuden lähteenä.[21]

[21] Strasser, Peter: Vom Jenseits der Wahrheit und vom Diesseits der Vernunft — Notizen zum Bild der Erkenntnissreise im Abendland. ARSP Beiheft 29 (1987) (teemanumero

Jos käsitteiden avulla tapahtuva maailman hallitseminen on, kuten oletan, käsitteiden ja niiden suhteiden jonkinlaista »löytämistä» järjen avulla, voi kysyä mitä tapahtuu, jos järki joutuu kriisiin? Ottavatko käsitteet tai niiden muodostama teksti silloin ylivallan? Tämän suuntaiseen johtopäätökseen tuntuu Jacques Derrida tulevan muotoillessaan erästä teesiä järjen kriisistä. Teesinsä hän muotoilee Foucault'n »hulluuden historiaa» käsittelevässä tekstissään. Derridan kriisiteesin kriteerinä tuntuu olevan eräänlainen järjen itsevieraantuminen, joka johtuisi siitä, että järkevä alinomaan määritellään jonakin olevalle toisena, ikäänkuin »lihallisesta» erillään olevana tai jopa vastakohtana. Derridan tekstin tämän osan pohtimiseen en tässä ryhdy. Siitä kannattaa kuitenkin huomauttaa, että kyse on lähinnä eurooppalaisen tai mahdollisesti helleenisen järjen historiasta.[22] Teesi voisi kyllä saada tukea vaikkapa performatiivisten elämäntyylien yleistymisestä, yhteiskunnallisen kritiikin estetisoitumisesta tai naistutkimuksen nostamista teemoista.[23]

IV. Tiedon ja vallan käytännöistä...

En tässä tekstissä voi enkä halua ottaa kantaa sinänsä ehkä ajankohtaiseen keskusteluun järjen rajoista ja rajoituksista. Tahdon sen sijaan viitata erääseen nykykeskustelun — olisi ehkä oikeampaa puhua useista keskusteluista — muutoin hyvinkin erisuuntaisia puheenvuoroja yhdistävään teemaan: tarkoitan kartesiolaisen metodin ja siihen liitetyn episteemisen tiedon ja dikotomisen ajattelun kritiikkiä. En usko olevani kovinkaan väärässä, jos oletan, että

Worauf kann man sich noch berufen?, toimittaneet Michael M. Fischer, Erhard Mock ja Helmut Schreiber), 130—141.

[22] »Aber diese Krise, in der die Vernunft wahnsinniger als der Wahnsinn ist — denn sie ist Nicht-Sinn und Vergessen — und in der der Wahnsinn vernünftiger ist als die Vernunft, denn er ist der lebendigen (wenn auch schweigsamen und murmelnden) Quelle des Sinns näher, diese Krise hat stets bereits begonnen und ist nicht beendbar. Es reicht zu sagen, dass, wenn sie klassisch ist, sie es vielleicht nicht im Sinn des klassischen Zeitalters ist, sondern im Sinne des wesentlichen und ewigen, wenn auch in einem ungewohnten Sinne historischen Klassischen» (Derrida, Jacques: Die Schrift und die Differenz. Frankfurt am Main 1976, 100). En yritä kääntää enkä tulkita Derridan muotoilemaa järjen kriisiä tai tässä edustamaa kriittistä järkeä, jätän sen mieluummin halukkaiden järkien tehtäväksi.

[23] Jotenkin tämänsuuntaisesti tuntuu esimerkiksi Lis Frost perustelevan »naisoikeustutkimuksen» näkökulmasta Jürgen Habermasiin ja John Rawlsiin kohdistamansa kritiikin. Katso Frost, Lis: Om Rawls og Habermas og om kvinderetten som et utopiskt projekt. Retfærd 40 (1988), 6—21.

tämä kritiikki ratkaisevilta osiltaan osuu myös siihen, jota »honkasalolaiseksi järjeksi» olen kutsunut.[24]

Richard Rorty käy kartesiolaisen epistemologian olettaman perustavan tiedon kimppuun väittämällä sen viime kädessä perustuvan eräänlaiseen intuitioon, jota ei sitten enää voidakaan osoittaa sen enempää kuin epäillä Descartesin esittämällä tavalla. Rortyn omaksi päätelmäksi muodostuu ajatus filosofian ja muiden tekstien, esimerkiksi kaunokirjallisuuden, raja-aitojen kaatamisesta siirtymällä »narratiiviseen» eli kertovaan filosofiaan ja eräänlaiseen superpragmatismiin. Rortyn pyrkimys luopua filosofian »tieteellistämisen» yrityksestä ei mitenkään merkitse halua mystifioida järkeä »tuonpuoleiseksi» siinä mielessä, että sillä voisi olla jokin ihmisen ulkopuolella oleva kantaja: uskonnon ja maallisuuden suhteen maallisuutta puoltava ratkaisu länsimaisessa traditiossa on Rortyn mielestä ollut onneksi. Yhtä vähän hän haluaa pohtia totuuden »tuon- tai tämänpuoleisuutta». Kysymys siitä, onko »tuolla jossakin» jokin totuus jota voisi etsiä, vain näyttää hänen mielestään älyttömältä: missä »tuolla», joka olisi jokin muu maailma kuin se missä me olemme ja toimimme? Rortyn kritiikissä on pikemminkin kyse siitä, että länsimaisen filosofian suurnimet, kuten Descartes ja Kant, eivät hänen mielestään ole pystyneet kertomaan paljoakaan olennaista ihmisenä olemisen ehdoista ja ongelmista yleensä, vaan heidän kertomuksensa ovat eurooppalaisen historian kertomuksia.

Rorty ei kuitenkaan tässä »anti-episteemisessä» ajattelussaan halua paeta vastuutaan »tekniseen rationalismiin», jonka mittana olisi yksinomaan maailman hallitseminen. Se tarkoittaa kyllä Rortyn mielestä, että suuret projektit, kuten oikeudenmukaisen tai rationaalisen yhteiskunnan etsiminen, joudutaan näiden abstraktisuuden takia siirtämään saavuttamattomina syrjään. Jääkö siten vastuu siitä, mitä puhuu ja tekee, yksinkertaisesti puhujalle ja tekijälle? Ei ehkä täysin, sillä Rorty tuntuu edelleen asettavan jonkinlaiseksi yhteiseksi tavoitteeksi uskonnollisesta maailmankuvasta luopumisen kaltaisen — muun muassa tieteen- ja muun kirjallisuuden sekä taiteiden avulla tapahtuvan — länsimaisen ihmisen oman- ja maailmankuvan muuttamisen. Rortyn tavoitteleman

[24] Tätä väitettäni »kartesiolaiseen järkeen» kohdistetun kritiikin osumisesta Brynolf Honkasalon käsityksiin ei ehkä tarvitse tulkita niinkään väitteenä Descartesin ja Honkasalon ajattelun yhtäläisyydestä, vaan pikemminkin siten, että Descartes edustaa kriitikoille tiettyjä länsimaisen ajattelun piirteitä, joiden honkasalolaisia muunnelmia olen yllä pyrkinyt tuomaan esille. Lars Björne kirjoittaa kartesiolaisen järjen läpimurrosta seuraavasti: »kun autoritas oli kadonnut tieteestä, syntyi ennen tuntematon tarve jollakin tavalla perustella tieteellisiä väitteitä yleensä. Auktoriteettiuskon katoamisen yhteydessä ratio oli jäänyt yksinvaltiaaksi, ja 1600-luvun muotivirtaus, karteesiolaisuus, perustuikin vain ratiolle» (Björne, Lars: Oikeusjärjestelmän kehityksestä. Vammala 1979, 33).

muutoksen suuntana näyttäisi olevan jumalan aseman valloittaneiden positivistisen tieteellisyyden ja yleistävän etiikan horjuttaminen: ihmisessä kun ei Rortyn mukaan ole juuri muuta kuin se, mitä me häneen olemme istuttaneet.[25]

Jürgen Habermasin kritiikin kohteena on puolestaan ennen muuta se, mitä hän kutsuu ajattelijoita Descartesista Kantiin yhdistäväksi tietoisuus- tai subjektifilosofiaksi. Tämän objektivismi- ja subjektivismikritiikkinsä Habermas liittää Descartesin suorittamaan maailman puolittamiseen toisaalta tiedostavaan subjektiin ja toisaalta ulkopuoliseen objektiin.[26] Kritiikki tämän puolittamisen mahdollistamaa välineellistävää järkeä kohtaan yhdistää Habermasia kriittisen koulukunnan vanhempaan sukupolveen, etenkin Adornoon ja Horkheimeriin, joille taas tiede hieman Rortya muistuttavalla tavalla oli uuden myytin tulemista.

Jo Adornon ja Horkheimerin tulilinjalle joutunutta välineellistävää järkeä voisi kuvata subjektifilosofiaan sopivaan maailmankuvaan pohjautuvaksi järjeksi, jonka avulla subjekti välityksittä ja omaan erinomaisuuteensa luottaen puuttuu ulkoiseen maailmaan. Tälle ulkoiselle maailmalle, oli se sitten kuollutta, elävää, inhimillistä tai sosiaalista, jää välineellistävän järjen käytännöissä pelkkä kohteen osa.[27]

Habermasille välineellistävän järjen ylivalta ei kuitenkaan näytä yhtä kohtalonomaiselta kuin se vanhemman kriittisen koulukunnan esityksissä näyttäytyi.[28] Kommunikatiivisen toiminnan teoriallaan ja siihen kytkeytyvässä diskur-

[25] Rorty, Richard: Consequences of Pragmatism. Brighton 1982, I—XX.

[26] Habermas, Jürgen: Der philosophische Diskurs der Moderne. Frankfurt am Main 1988, 362, 16, 427.

[27] Horkheimer, Max—Adorno, Theodor W.: Dialektik der Aufklärung. Frankfurt am Main 1988, 9—49. Päätekijäksi valistuksen itse- ja joukkopetoksessa Adorno ja Horkheimer tosin näyttävät kutsuvan Baconin matemaattisen menetelmän ja formaalin logiikan (katso tästä myös Wellmer, Albrecht: Zur Dialektik von Moderne und Postmoderne. Frankfurt am Main 1985, 9—47).

[28] Habermasin kriittisen koulukunnan vanhempaan polveen kohdistuvasta kritiikistä, joka suuntautuu varsinkin Weberin käsityksiin nojautuvaan teesiin rationaalistumisesta esineellistymisenä, katso Habermas, Jürgen: Theorie des Kommunikativen Handelns. Frankfurt am Main 1988, (Osa 1, 489—534). Habermasin työn erityisyytenä ei niinkään ole symbolisesti välitetyn sosiaalisen maailman sijoittaminen subjektin ja objektin maailmoiden väliin, kuin väite kaikkia kolmea yhdistävästä kieleen sisäänrakennettujen ja kritisoitavissa olevien pätevyysvaatimusten vääjäämättömyydestä (Osa 1, 25—113; Osa 2, 11—168). Tämä mahdollistaa, Habermasin mukaan, länsimaisen rationaalistumisen tulkitsemisen lisääntyvänä muodollisena kykynä ratkaista yksilön, yhteisön ja sen tradition sekä ulkoisen maailman suhteita uhraamatta näistä jotain toisten hyväksi (Osa 1, 369—452). Tämän mahdollisuuden sisällöllistä toteutumatta jäämistä — tai vajaata toteutumista — Habermas kytkee systeemiteoreettisesti perusteltuun teesiinsä tavoiterationaalisesti toimivien (tai »funktionaalista

siivisen etiikan muotoilullaan Habermas pyrkii jopa eräänlaisen »yleisen järjen» pelastamiseen, joka tosin ei voi olla yksilön yksityistä omaisuutta yhtä vähän kuin yhteiskunnan tai kulttuurin rakenteissa historiallisesti aineellistunut ominaisuuskaan.»Kommunikatiivisen järjen» -käsitteellään Habermas haluaa tuoda osallistujan näkökulman tiedollis-tieteelliseen, käytännöllis-moraaliseen ja ilmaisevan/esteettiseen keskusteluun pyrkien asettamaan rajat modernia länsimaista yhteiskuntaa yhä enemmän hallitsevalle instrumentaaliselle ja strategiselle päätöksenteolle.[29]

Habermas näkee teoriansa todellisuuskytkennän puhujan ja toimijan ainakin implisiittisesti esittämissä totuudellisuuden, oikeellisuuden ja vilpittömyyden vaateissa, joihin liittyy intersubjektiivinen kritisoitavuus ja sen kautta ainakin teoriassa myös konsensuskelpoisuus. Näiden vaateiden sivuuttaminen yhä useammalla elämänalueella tuottaa Habermasin mukaan yhteiskunnallisia »patologioita». Siten ne muodolliset ehdot, jotka diskurssin menettelyn tulisi täyttää, jotta konsensuksen mahdollisuus olisi lunastettavissa, voisivat Habermasin mukaan muodostua eräänlaiseksi »mittapuuksi» yhteiskunnalliselle toiminnalle. Utooppisen ulottuvuutensa teoria saa taas »herruudesta vapaan keskustelun» ihannekuvasta.[30]

Habermasin näkökulma, tai se mitä siitä tässä olen pyrkinyt esittämään, ei liity niinkään tiedon rationaalisuuteen vaan talouden ja byrokraattisen vallan »funktionalistisen rationaalisuuden» rajoittamisen muodossa tapahtuvaan yritykseen vallan rationaaliseksi rajoittamiseksi. Siirtymä suhteessa Honkasaloon koskee tässä ennen kaikkea osallistumisen näkökulman tuomista tiedon näkökulman sijaan vallan rationaalisuuden vaatimuksena.

Habermasin näkökulma rajoittuu normatiiviseen, lähinnä oikeudellisesti säänneltyyn valtaan ja sen oikeuttamisen kysymyksiin. Kartesiolaisen subjektin hallinnoimaa tietoa sanotaan kuitenkin käytettävän jo esi- ja ohi-normatiivisesti. Viimeksi mainitusta näkökulmasta katsoen kysymys ei enää ole vain

rationaliteettia» tottelevien) talouden ja (byrokraattisen) vallan järjestelmien ylivallasta kommunikatiivisesti uusiintuvasta »elämismaailmasta» (Osa 2, 171—423).

[29] Kaarlo Tuori on Habermasin teorian pohjalta eritellyt varsinkin oikeuden asettamisessa, mutta myös soveltamisessa näkyvää »instrumentaalista ja strategista menettelytapaa» kirjassa »Oikeuden rationaalisuus. Max Weber ja Jürgen Habermas oikeuskehityksen tulkitsijoina.» Helsinki 1988. Nämä ovat päätöksentekomalleja, jossa päätösten tekijät hakevat päätöksilleen legitimiteettiä oletetusti tiedostamistaan välttämättömyyksistä ja hyvän elämän pohjalta tehdyistä, yleensä ryhmäluonteisista vaikkakin edustajien välityksellä tehdyistä kompromisseista.

[30] Katso Habermas, Jürgen: Vorstudien und Ergänzungen zur Theorie des kommunikativen Handelns. Frankfurt am Main 1984, 478—490.

subjektin hallinnoiman tiedon ja tämän pohjalta käyttämän vallan sekä oletetun kokonaisyhteiskunnallisen päämäärän epäilemisestä. Sen sijaan kysytään tiedon ja vallan kytkennän »rationaalisen» hallitsemisen yleistä mahdollisuutta.

Jacques Derrida on käsitellyt tätä Foucault'n tiedon ja vallan kietoutumisen ajatusta, kun hän tämän opettajansa »hulluuden historian» tekstin pohjalta kirjoittaa tavasta, jolla Foucault näki Descartesin konstituoivan järjen käsitteen järjettömyyden vastineeksi ja kytkevän tämän järjellisyyden normaalisuuteen epänormaalin vastineena.[31]

Lähtökohtaisen ongelman Descartesin tavassa perustaa tai perustella normaalin (ja yhtenäisen) järkensä Derrida näkee ehkä erään toisen opettajansa eli Martin Heideggerin innoittamana siinä Descartesin olettamassa alkuperäisessä pisteessä, jonne »luonnollinen valo» lankeaa[32] ja jossa Descartes tämän valon loisteessa katsoi voivansa perustella aksiomaattiset periaatteet sellaiselle kausaalisesti pätevälle päättelylle, josta poikkeaminen merkitsee siirtymistä oikeassa olemisesta väärässä olemisen puolelle.[33]

Sakari Hänninen lukeekin jo, osin varmaan myös Derridan innoittamana, Descartesille raskaan syytteen yhdistämällä tämän kaksijakoisen tietoteoreettisen ajattelun, jota hän yhdensuuntaisesti Habermasin kanssa pitää modernin yksilön (tai yksilökäsitteen) syntymisen aikalaisena, yhteiskunnalliseen vallankäyttöön: »kaksijaottelu on muoto, jonka avulla maailman puolittaminen,

---

[31] Derrida, Jacques: Die Schrift und die Differenz, 53—101.

[32] Heideggerin »Lichtung» (valaistus) ja »Verborgenheit» (pimennossa oleva) käsitteiden suhteesta transcendentaaliseen järkeen, katso Heidegger, Martin: Sein und Zeit. Tübingen 1984, 1—27 ja Apel, Karl-Otto: Sinnkonstruktion und Geltungsrechtfertigung. Heidegger und das Problem der Transzendentalphilosophie. Teoksessa Blasche, Siegfried et. al. (toim.): Martin Heidegger: Innen- und Aussenansichten. Frankfurt am Main 1989, 131—175. Heideggerin näiden käsitteiden avulla harjoittaman länsimaisen järjen kritiikin tulkitsen Heideggerin väitteeksi, että järki ei voi kehitellä oman järkevyytensä ehtoja historiallisen olemisensa ulkopuolella, minkä tähden »järjen valo» alati loistaa historiassa jo realisoitujen mahdollisuuksien varjostimen alla. Apelin pyrkimyksenä Heidegger-kirjoituksessaan on perustella, miten jokainen reflektoivaan keskusteluun lähtevä, vaikkapa järkensä ajallis-paikallista ehdollisuutta pohtiva keskustelussa sittenkin joutuu sitoutumaan puhumisensa oikeutukseen, mikäli haluaa välttää performatiivisen itse-ristiriidan. Näiden ajattelun ajallis-paikallisesti kontingenttien, muuttuvien ehtojen pohtiminen puhumisen jonkinlaisten vakioitujen ehtojen valossa muodostaa Apelin mukaan »filosofisen kielipelin» uuden mahdollisen, vaikkakin nykyään epäsuositun, avauksen.

[33] Derrida näyttää sikäli pyrkivän pois Heideggerin teemoista, että hän ei halua lähteä ajattelemaan järjen tai ajattelun läsnäoloa historiassa tavalla, joka mahdollistaisi määrättynä ajatteluna käsitetyn järjen pätevyyden yhtä vähän kuin pätemättömyydenkään, arviointia kertakaikkisesti ajatellusta ja haltuunotetusta historian käsitteestä käsin (katso Derrida, Jacques: Positioita. Helsinki 1988, 54—65.).

yksilöiden luokittelu niin tilassa kuin ajassa tapahtuu». Kiistämättä tämän »intellektuaalisen käytännön» yksilöä vapauttavaa merkitystä Hänninen kiinnittää huomionsa sen käyttömahdollisuuksiin ja käyttöön luokittelevan kontrollin tai sisäistetyn valvonnan kannalta. Näiden modernien vallankäytön menetelmien kannalta kaikkein hankalinta tuntuu olevan otteen saaminen sellaisista yksilöistä tai ryhmistä, joita ei voi nimetä, paikantaa tai luokitella.[34] Hänninen sivuaa näin Michel Foucault'n tuttuja teemoja,[35] vaikka ei välttämättä vastaakaan aivan Foucault'n tavalla pohtimiinsa vallankäyttöön liittyviin kysymyksiin.

V. Kriminologian kautta...

Tiedon suhdetta valtaan, oli tämä sitten normatiivista tai »normalisoivaa», voi mielestäni havainnoida kriminologisen tiedontuotannon ja kriminaalipolitiikan suhdetta tarkastelemalla.[36]

Esitän siksi seuraavaksi muutaman lyhyen luonnehdinnan kriminologisen tutkimuksen tilasta. Esityksessäni käytän hyväksi muutaman niinsanotun kriittisen kriminologian edustajan puheenvuoroja. Tukeutumiseni nimenomaan »kriittisiksi» itseäänkin kutsuviin tutkijoihin ei johdu vain sympatian tuntees-

[34] Sakari Hänninen: Valtiosta valtaan, 155—156. Kiinnostava ja viimeaikaiseen suomalaiseen oikeusteoreettiseen keskusteluun tuodun dekonstruktion metodin ja tekstuaalisten strategioiden valossa ehkä ajankohtainen kysymys on, missä määrin tai missä mielessä hegeliläinen (tai marxilainen) »triadidialektiikka» sittenkin on kaksijakoisen, eli dikotomisen ajattelun jatketta. Tätä tuntuu Jacques Derrida ainakin epäilevän, kun hän puhuu »hegeliläistyyppisen dialektiikan tavasta ottaa haltuun» klassisen idealismin vastakkainasetteluja, säilyttämistä ja kumoamista, sekä »ristiriidan ratkaisemista kolmannella termillä». (Derrida: Positioita, 46—53). Epäilyn taustalla näen Derridan vieroksunnan perustanlaskemista kohtaan. Perustanlaskemisella tarkoitan sellaisten *lähtö-kohtien* omaksumisen, joista lähtökohdista käsin voi laatia ristiriidalle hierarkian ja sulkea sen ratkaisun. Kun Derridasta on kyse, en kyllä voi tietää olenko oikeassa. Jos Hännisestä olen mitään ymmärtänyt, hän saattaisi hyvinkin »Valtiosta valtaan» -kirjassa jakaa Derridan epäillyt Hegelin osalta, vaan ei — kuten ei välttämättä Derridaakaan — Marxin osalta. Tämä tavallaan sillä edellytyksellä, että Marxia (tai marxilaisuutta) ei tulkita viimekätisten lakien ja periaatteiden tuottajana, vaan kritiikin muodon tai kriittisen puhemuodon kehittelijänä.

[35] Foucault, Michel: Tarkkailla ja rangaista. Keuruu 1980.

[36] Ari-Matti Nuutila on hiljattain tarkastellut kysymystä tiedon intressin ja maailmankuvien tietoteoreettisesta merkityksestä kriminologisen tiedontuotannon kannalta Jürgen Habermasin työhön kriittisesti tukeutuen. Nuutila päätyy käsittääkseni aivan oikein siihen, että diskurssiteoria ei sinänsä voi pelastaa kriminologisen tiedon intressi- ja kuvasidonnaisuudelta (Nuutila, Ari-Matti: Deskription preskriptiivisyydestä. Oikeus 1/1989, 6—18).

ta vaan myös siitä, että katson ennen muuta näin luokiteltujen kriminologien pohtineen asiaa.

Henner Hess ja Heinz Steinert ovat esittäneet saksalais-itävaltalaisen 1960-luvulle ajoittuneen kriittisen kriminologian syntymiseen johtaneita syitä kolmesta näkökulmasta:

> 1) nuorten kriminologien keskuudessa heränneestä epäilyksestä kriminologian tieteenalan oikeutuksesta sellaisena kuin se historiallisesti akateemisena alana oli muotoutunut. Eli oliko olemassa omaa teoreettisesti perusteltavissa olevaa erityistä kriminologian kohdetta?
> 2) kriminologian käytännöllisen roolin kritiikistä, joka perustui siihen, että kriminologian tehtävä käytännössä rikosoikeuden aputieteenä oli »parantaa» ja »rationalisoida» rikosoikeuden hallitsemaa ja rajaamaa käytäntöä rikosoikeudellisen legitimaation ja rikollisuuden torjunnan tehostamiseksi. Kriminologian katsottiin näin olevan lähtökohtaisesti ei vain »kriminaalipoliittista» vaan myös valtapoliittista.
> 3) näköalasta, jonka »leimaamis-näkökulma» tuntui tarjoavan lähtiessään siitä, että todellisuus jonka kanssa olemme tekemisissä on yhteiskunnallisesti määriteltyä, jolloin tutkimuksen avainkysymykseksi nousi rikollisuutta koskevien määritelmien ehtojen ja kantajien tutkiminen.

Hessin ja Steinertin esitys kriittisen kriminologian syntyyn vaikuttaneista tekijöistä voidaan nähdäkseni tulkita siten, että kyseessä oli reaktio vakiintuneen kriminologian teoreettiseen, käytännölliseen ja metodologiseen umpikujaan.

Kriittisen kriminologian nostaman vaihtoehtoisen tutkimusohjelman voisi ehkä tiivistää kolmeen kohtaan: a) keskityttiin »mahtavien» rikollisuuteen; katsottiin, että kontrolli ei todellisuudessa kohdistunut yhteiskunnallisesti tärkeisiin kysymyksiin, b) perinteisesti rikostapahtumina ja -tekoina nähtyjä tilanteita pyrittiin tarkastelemaan konflikteina, sosiaalisten suhteiden kokonaisuuksina, joiden »mieltä» (Sinnstiftungin mielessä) etsittiin kaikkien osallisten näkökulmasta, c) tutkittiin normien syntymistä; normien »normaaleina» pidettyjä syntytapoja kyseenalaistettiin, johon myös liittyi olemassaolevien normien kyseenalaistaminen.

1970-luvun puoliväliin tultaessa ajautui kuitenkin myös »kriittinen kriminologia» eräänlaiseen kriisiin. Kriisin syinä Hess ja Steinert mainitsevat yhtäältä leimaamis-näkökulman redusoimisen »stigmaatioksi» ja integroimisen valtakriminologiaan »monimuuttuja-analyysien» yhdeksi tekijäksi sekä yhteiskunnallisesti voimakkaiden rikollisuuden tai yhteiskunnalle vahingollisen kriminalisoimattoman toiminnan esiinnostamisen muuttumisen perusluonteeltaan yhtä kaikki diskriminoivan järjestelmän uudeksi legitimaatioperustaksi. Toi-

saalta kriisi liittyi taloudellisen ja poliittisen optimismin ja uudistustilan murenemiseen. Täten havaittiin moraalisesti perustellun kritiikin haavoittuvuus.

Seurauksena kriisistä oli kriittisen kriminologian sekä teoreettinen että poliittinen hajaantumisprosessi. Teorian tasolla »liikkeen» hajoaminen kulki metateorian eli tietoteorian kautta päätyen muunmuassa diskurssiteoriaan, ideologiakritiikkiin ja tiedonarkeologiaan. Metodologian tasolla hajaantuminen kulki sosiologian klassisten kysymysten kautta päätyen muunmuassa teon teorian, normigenesiksen ja yhteiskunnallisen rationaalisuuden uudelleen nostamiseen ja -arviointiin. Politiikan tasolla viimein hajaantuminen kulki vallan käytäntöjen kritiikin eriytymisen kautta (liberaali rajoittaminen, marxilainen kumoaminen sekä tiedon ja vallan käytäntöjen yhteenkietoutuminen) päätyen useaan toisistaan poikkevaan käsitykseen kriminologian ja kriminaalipolitiikan suhteesta.[37] Nämä ovat käsittääkseni nimenomaan myös niitä teemoja, joita »honkasalolaisen järjen» ja »kartesiolaisen metodin» kritiikin nimissä olen yrittänyt tuoda esille.

Hess ja Steinert tuovat kriittisen kriminologian kokemuksen myötä esille myös kriminologian ja kriminaalipolitiikan ongelmallisen suhteen: kun »vanha» positivistinen kriminologia palveli »vanhaa kriminaalipolitiikkaa», yritettiin kriittisestä kriminologiasta johtaa uusi. Asian voisi ehkä nähdä toisinkin: tyytymättömyys hallitsevaan kriminaalipolitiikkaan johti kriitikot etsimään teoreettista pohjaa uudelle kriminaalipolitiikalle.

Stephan Quensel on kriminologian tilaa koskevassa arviossaan huomauttanut, että nämä teoriaan, metodologiaan ja — kriminaalipolitiikan kautta — valtakytkentään liittyvät ongelmat eivät koske vain kriittistä kriminologiaa, vaan yhteiskuntatieteiden epistèemisen kriisin vaikutusta kaikkeen kriminologiaan. Kriminologian tähän liittyvän erityisen ongelman Quensel näkee kriminologian tukimuskohteen lähtökohtaisessa normatiivisuudessa. Kriminologi tutkii juuri sitä normista poikkeamista, jonka avulla normi viime kädessä voidaan tunnistaa. Kuitenkin normaalin erottaminen poikkeamasta on aina normatiivinen ratkaisu.[38]

Stanley Cohen onkin väittänyt, että kriminologian »substanssipohja» muo-

[37] Hess, Henner—Steinert Heinz: Zur Einleitung: Kritische Kriminologie — zwölf Jahre danach. Kriminologisches Journal. Beiheft 1 (1986) 2—8.

[38] Normien ja normaalin syntymisen tutkijana kriminologi ei Quenselin mukaan voi piilottautua ei-arvioivan tieteellisyyden tai (vielä löytämättä olevan) »etiikan empiirisen tieteen», yhtä vähän kuin voimassaolevan oikeudenkaan taakse. Normaalin ja poikkeavan tutkijana hän joka tapauksessa osallistuu normeja koskevaan yhteiskunnalliseen diskurssiin. Quensel, Stephan: Crisis of Criminology. Chances for a fresh interdisciplinary start? Esitelmä Kriminologian maailmankongressissa Hampurissa 4.—9. 9. 1988.

dostuu vain kolmesta kysymyksestä: minkä takia lakeja laaditaan? minkä takia niitä rikotaan? mitä me teemme ja mitä meidän pitäisi tehdä asialle? Tarkastelemalla uudempaa, »liberaalis-positivistisen kriminologian» jälkeistä kriminologista tutkimusta kolmella ulottuvuudella Cohen erottaa kuusi kriminologista suuntausta. Tarkastelun ulottuvuudet ovat vallan rakenteet, tieto ja teoria sekä politiikka. Cohenin näkemät kriminologian suuntaukset ovat:

1. konservatiivinen, joka etsii teoreettista ja metodologista pohjaa esimerkiksi vetomisesta »ihmisluontoon», sosiaalidarwinismista ja sosiobiologiasta ja kiinnittyy lain ja järjestyksen sekä auktoriteetin välttämättömyyden ajatuksiin. Käytännön ratkaisuja suuntaus Cohenin mukaan etsii esimerkiksi valikoivasta eristämisestä ja ympäristötekijöiden manipuloinnista;
2. manageriaalinen, joka osittain kytkeytyy konservatiiviseen, mutta erotuksena tästä väittää olevansa ideologisesti sitoutumaton, pragmaattinen ja teknokraattinen. Tämä vastaa eräällä tavalla vanhan »liberaalis-positivistisen» kriminologian väitettä puhtaasta tieteellisyydestään. Suuntaus ei kuitenkaan ole kiinnostunut perinteisestä rikollisuuden syiden etsimisestä tai rikollisuuden sosiaalisten kontekstien ymmärtämisestä eikä myöskään rangaistusten ja kriminalisointien alkuperistä, vaan keskittyy tehokkaiden policy -ratkaisujen löytämiseen;
3. liberaali, jossa Cohen erottaa kolme suuntausta: a) varsinkin sosiaalityön ja avustusohjelmien parissa sekä muissa ei-akateemisissa ympäristöissä yhä elävä usko positivistisen kriminologian rehabilitaatioideaan, b) hoito-ohjelmiin pettyneiden ja hoitoideologiaa vastaan reagoineiden uusliberaalinen kriminologia, joka jossain määrin pitää kiinni leimaantumisnäkökohdasta ja päätyy oikeusvaltiollisten aspektien korostamiseen ja joka samalla esittää valikoivaa dekriminalisoimista sekä tiettyjä kontrollia pehmentäviä yhteisöllisiä malleja, ja c) suuntaus, joka etsii sosiaalis-yhteiskunnallisia syitä rikollisuudelle ja yhä edelleen pyrkii esittämään ohjelmia, joilla rikollisuudelle voisi »tehdä jotakin» valtiollisen sosiaalipoliittisen intervention avulla;
4. sosialistinen, jossa voi erottaa toisaalta perinteisen kapitalismikriittisen ja kokonaisyhteiskunnallisia muutoksia etsivän suunnan ja toisaalta »vasemmistorealismin», joka korostaa sosiaalisten syy-yhteyksien, kuten tasa-arvon puutteen, työttömyyden ja rasismin vaikutusta rikollisuuteen, mutta pyrkii eräänlaiseen policy -vaikuttamiseen etsimällä tutkimuksellisia perusteita reformeille;
5. abolitionistinen, joka Cohenin mukaan on pysynyt uskollisimpana kriittisen kriminologian alkuperäisille ohjelmille. Abolitionismille rangaistus on parhaillaan hyödytöntä ja pahimmillaan vaarallinen vallankäytön väline. Teoreettisessa ja metodologisessa mielessä abolitionistiseen kriminologiaan on käsittääkseni liittynyt sen kaltaisia teoreettisia ja metodologisia rakennelmia, jotka jossain määrin muistuttavat Habermasin kommunikatiivisen toiminnan teoriasta tuttuja ajatuksia muun

muassa konfliktiparadigman muodossa. Nykyään abolitionismi käsittääkseni suuntautuu yhä enemmän kohti tekstuaalisen dekonstruktion strategioita sekä tieto-valta -suhteiden purkamista;

6. viimein Cohen erottaa teoreettisen kriminologian suuntauksen, joka kiinnittyy sosiologiaan ja »tiedon itseisarvoon». Muista eroten tämä suuntaus ei Cohenin mukaan välitä hyödyllisyydestään tai siitä, että sen työ olisi »relevanttia» käytännön kannalta.[39]

Stanley Cohen tuntuu asettavan kriminaalipoliittiset (?) toiveensa neljän viimeksimainitun suuntauksen edustajan yhteisen keskustelun avaamiseen kahden ensiksimainitun suuntauksen vallan murtamiseksi. Saattaa olla, että poliittinen erotteluperuste painottuu Stanley Cohenin jaottelussa. Pidän jaottelua kuitenkin valaisevana esimerkkinä siitä, että kriminologian ja kriminaalipolitiikan suhdetta tuskin voi rakentaa »honkasalolaisen ideaalimallin» tavoin. Cohenin käsitys onkin, että kriminologisen tutkimuksen »esityslista» on »valistuksenjälkeisen liberalismin» (ja sen kritiikin) esityslista. Saman esityslistan ympärillä käsittääkseni myös rikosoikeus on pyörinyt ja pyörii yhä edelleen. Rikosoikeuden näkökulma on toki osittain toinen: jos kriminologia lähestyy valistuksen teemoja tiedon näkökulmasta, niin rikosoikeuden lähtöpiste on tavallaan valistuksen kahdesta navasta toinen, tiedon asemasta lähtökohtana on valta.

VI. Valistuneeseen kriminaalipolitiikkaan...

Valo ja Valta ovat Valistuksen teemat: vallankäytön järjellistäminen ja järjen valtakauden aloittaminen. Jos kuitenkin »järjen valolle» on vaikea löytää alkuperäistä lähdettä, voi mielestäni syystä kysyä, miten käy vallankäytön järjellistämisen? »Valaistumisen ajatuksen» kritiikistä näyttääkin monesti olevan lyhyt matka »valistuksen aatteen» kritiikkiin.

Valistuksen projektin »puolustajaa» Jürgen Habermasia on esimerkiksi tiuhaan syytetty teoriansa perusteettomasta yleistämisestä tavalla, joka irroittaa sen länsimaisen yhteiskunnan ja keskustelumuodon historiasta. Jos tämä syytös pitää paikkansa, se tarkoittaa että Habermasin »herruudesta vapaan keskustelun» utopia olisi — hieman Rortyn Descartesin ja Kantin esityksiä kuvaamalla tavalla — korkeintaan valistuksen projektiin sidottu ja sen rajoissa pysyvä utopia.[40]

[39] Cohen, Stanley: Against Criminology, 8—32.

[40] Kaarlo Tuori on esimerkiksi kyseenalaistanut Habermasin siirtymisen »lingvistisen käänteen» myötä porvarillisen yhteiskunnan julkisuuden tarkastelusta kieleen sisäänraken-

Näinkin tulkittuna »kommunikatiivisen toiminnan teoriaan» kytketty diskursiivisen etiikan ohjelma, jossa pyritään esittämään yhtäläisen osallistumisen ehdot pätevyysvaatimusten esittämiselle, kritiikille ja lunastamiselle, näyttäisi nostavan esille ainakin kahdenlaisia ongelmia: Ensinnäkin kysymyksen siitä, miten kommunikaation formaali mahdollisuus voisi toimia erotuomarina eri »hyvän elämän» käsitysten välillä siinä tapauksessa, että kaikki puhujat eivät suostuisi konsensukseen diskurssietiikan omista lähtökohdista? Toisekseen ja osittain tähän liittyen voisi kysyä, mihin yhteiskuntaan ja miten diskurssietiikka voitaisiin institutionalisoida ilman, että se samalla menettäisi kriittisen potentiaalinsa ja muuttuisi apologetian pohjaksi. Pyrkiessään vastaamaan muun muassa »uusaristoteelien» vaatimukseen »hyvän elämän» tematisoinnin välttämättömyydestä Habermas on todennut diskursiivisen etiikan, kuten deontologisen, formalistisen ja universalistisen moraalifilosofian yleensä rajallisen kantokyvyn: se ei vapauta, eikä voi vapauttaa ihmistä yleensä tai filosofia erityisesti vastuunottamisesta erityisestä tilanteesta tai asiasta. Institutionaalistamisen ehtoja pohdittaessa tarvitaan taas, Habermasin mukaan, moraalifilosofian rinnalle myös »materialistista yhteiskuntateoriaa».[41] Valistuksen projektista puhuminen johtaa kuitenkin helposti yleistyksiin, ehkä liiankin helposti.

Ernst Bloch on etsinyt valistuksen pohjustajia renessanssin ajattelusta. Hän puhuu »varsinaisen modernin» ajatusmaailman läpimurtautumisesta ja muotoutumisesta Descartesin tieteen- ja Hobbesin yhteiskuntateoriassa. Bloch ei näe pelkästään jatkumoita renessanssista moderniin. Sikäli kuin voidaan puhua renessanssin ja modernin välillä olevasta katkoksesta, Blochin kuvan tästä erosta voisi nähdä renessanssin »prometheuksellisen hehkun» kylmenemi-

---

netun niinsanotun »universaalipragmatiikan» näkökulmaan ja diskurssietiikan evoluutioteoreettiseen johtamiseen universaalisesti tulkitusta »moraalitajun» kasvusta (Tuori: Oikeuden rationaalisuus, 107). Risto Heiskala on — eurooppalaisen talouden ja kulttuurin levittäytyessä ympäri maailmaa ehkä syystäkin — kyseenalaistanut Habermasin nykyteoriansa pohjalta pakostakin olettamaan eurooppalaisen maailmankuvan ja kommunikaatiomuodon etusijaa muihin maailmakäsityksiin ja puhemuotoihin nähden (Heiskala, Risto: Habermas, Democracy, and Semiotic Warfare — An Utopy for Modern Enlightened West and its Limits. Esitelmä Legitimiteetti-symposiumissa 4.—7. 8. 1988, Murikka).

[41] Näistä kysymyksistä katso: »Moralität und Sittlichkeit» (Kuhlmann, Wolfgang, toim.) Frankfurt am Main 1986, Habermasin osalta 16—37. Katso myös »Theorie des Kommunikatiiven Handelns», Osa 2, 548—593. Albert Wellmer on kirjoittanut tiiviin esityksen »kriittisen koulun lingvistisesta käänteestä», erityisesti suhteesta Marxiin ja marxilaisuuteen kirjassa: »Theorien der historischen Materialismus» (Jaeggi, Urs—Honeth, Axel, toim.) Frankfurt am Main 1977, 465—500.

senä, jossa innostus ihmisen kykyihin muuttuu näiden kykyjen luokitteluksi ja hallitsemiseksi.[42]

Blochin — tai minun — renessanssipuheen paatoksellisuus edustaa tietenkin nimenomaan sellaista tyylilajia, joka modernin ja valistuksen pitkissä hautajaisissa päällimmäisenä on tarjonnut aineksia parodialle. Paatosta voi kuitenkin olla vaikea välttää, jos valistusta ei tarkastella vain kartesiolaisen »cogiton», eli tietämisen näkökulmasta, vaan sen sijaan tai ohella toisesta näkökulmasta, jonka kuvaamiseksi voisi lainata Otfried Höffen muotoilua valistuksesta »modernin poliittisena projektina».

Höffe näkee valistuksen ristiriitaiset lähtökohdat kahdessa perustavaa laatua olevassa, mutta toisilleen vastakkaisessa poliittisessa kokemuksessa, jotka yhdessä laukaisevat tämän »modernin poliittisen projektin». Toinen on yhteisöllisen radikaalikriisin ja valtio- sekä oikeusjärjestelmän perusteiden horjumisen kokeminen, joka huipentui poliittisissa ja uskonnollisissa sisällissodissa ja loi kokemusperustaa tyypillisimmillään Hobbesin valtioteorialle. Toinen on alkeellistenkin ihmisoikeuksien polkemiseen huipentunut riiston ja alistuksen kokeminen, joka loi kokemusperustaa poliittisten olojen radikaalikritiikille. Edellinen elää Höffen mukaan pluralististen demokratioiden intressitaistelun valtiollisessa välittämisessä ja jälkimmäinen »herruudesta vapaan» yhteiskunnallisuuden periaatteessa. Poliittisen oikeudenmukaisuuden etsintä törmää näin Höffen mukaan kaksoiskritiikkiin: toisaalta positivistiseen, joka kysyy kriitikon omaa sijaintia, ja toisaalta anarkistiseen, joka väittää kritiikin muodostuvan justifikaatioksi.[43]

Tähän voisi väittää, niin kuin viime aikoina on painokkaasti väitettykin, että »cogiton» ja »perinteisen poliittisen» näkökulmat valistukseen eivät ole ainoat mahdolliset: on mahdollista vaihtaa puheenaihetta ja puhunnan muotoa. Tällaista pyrkimystä edustaa Michel Foucault'n halu vaihtaa vallasta puhumisen aihe — vallan legitiimisyyden, rationaalisuuden ja oikeudenmukaisuuden vaateet — kysymykseen meitä tuottavan vallan suhteesta tuottamiimme totuuksiin. Foucault'n halu vaihtaa puheenaihetta perustuu käsitykseen, että perinteisen valtakeskustelun muoto eli suvereenin vallan oikeudellisen ra-

[42] Bloch; Ernst: Vorlesungen zur Philosophie der Renaissance. Frankfurt am Main 1984.

[43] Höffe, Otfried: Politische Gerechtigkeit. Grundlegung einer kritischen Philosophie von Recht und Staat. Frankfurt am Main 1987, 21. Ei mielestäni tarvitse omaksua Höffen itselleen asettamaa tehtävää, eli sellaisen poliittisen oikeudenmukaisuuden teorian kehittämistä, josta käsin valtio- ja oikeuskritiikki olisi perusteltavissa, hyväksyäkseen Höffen luonnehdinnan yhdeksi valistuksen ja sen kritiikkien kuvaukseksi (sama, 19—23).

joittamisen lähtökohta ensinnäkin on lähtöisin suvereenin tarpeesta valtansa legitimoimiseen ja toisekseen edellyttää tästä lähtökohdasta määräytyvien totuuden tyyppien tuottamista. Nämä totuudet taas ovat erottamattomassa yhteydessä meitä tuottavaan ja alati itse uusintamaamme valtaan.[44] Foucault'n näkökulma on taatusti tärkeä, mutta en pidä sitä riittävänä perusteena puheenaiheen vaihtamiseen, jos tämä vaihdos käsitetään yksinkertaisena »vanhanaikaisten» valtakeskustelun aiheiden jättämisenä.[45]

Sakari Hänniselle vallan muodot eivät ole toistensa tilalle astuvia, vaan pikemminkin ajassa kerrostuvia. Vallan muotoja olisi siten mieletöntä tarkastella vain joko valtarakenteiden makrotason vääristyminä, joita kuvaisi alistaminen, tai mikrotason suhteina, joita jokapäiväisissä käytännöissämme uusinnamme. Modernin vallan käytännöt, »eli resurssien/esineiden käyttö; tilajärjestelyt; aikajärjestelyt; yhteiskunnallisten asemien määrittäminen; vallan koodaus», vastaavat Hännisen mukaan niitä muotoja, »joissa inhimillinen kanssakäyminen nykyisenkaltaisessa yhteiskunnassa välttämättä tapahtuu». Nämä muodot ovat esineiden käyttäminen, ajan kohtaaminen, paikan varaaminen/tilaan sijoittuminen, vuorovaikutus ja kielen käyttäminen. Vallasta käytäville keskusteluille voidaan kuitenkin, ja tuleekin Hännisen mukaan, esittää prioriteetteja: väkivalta, vallankäytön moraali, yhteiskunnallisen/poliittisen vallan muodot, sosiaalisen kanssakäymisen repressiot, tiedon ja vallan suhteet. Hännisen esityksessä nämä keskustelut vastaavat myös vallankäytön historiallista järjestystä. [46]

Hännisen erottelu vallankäytön muodoista ja vallasta käytävien keskustelujen suhteista ei käsittääkseni merkitse vanhojen keskustelunaiheiden jättämistä, mutta kylläkin aiheiden lisääntymistä. Kahdessa suunnassa se liittyy myös keskustelun suunnan muuttamiseen: toisaalta vallasta ei voi puhua vain liberaalin tradition valtiokeskeisin käsittein ja toisaalta valtiota ei monen marxilaisen tradition tapaan ole niinkään yksinkertaista johtaa luokista. Ensinmai-

[44] Foucault, Michel: Dispositive der Macht. Über Sexualität, Wissen und Wahrheit. Berlin 1978, 75—95.

[45] Toinen asia on, että vanhoja kysymyksiä voi joutua tai tulisi pyrkiä muotoilemaan uudelleen: siten Sakari Hänninen on esimerkiksi legitimiteetin kysymyksestä esittänyt, että se saattaa olla vastaamaton, vaikka hyvä jatkuvasti esittää; jos vastaus löytyisi, se saattaisi olla poliittisesti ongelmallinen (poliittisen kannan episteemisena perusteluna); legitimiteetille ei Hännisen mukaan voida asettaa yksikäsitteistä kriteeriä, koska ei ole (vain) yhtä normatiivista kieltä — eikä legitimiteetille myöskään voida asettaa yksikäsitteistä kohdetta: kuka? miksi? miten? (esitelmästä: »Rousseau», kieli demokratia, »Legitimiteettipiirissä» Helsingissä 1989).

[46] Hänninen, Sakari: Valtiosta valtaan, 160—188.

nitun näkökohdan voisi myös liittää valtion käsittämiseen »epäkeskoiseksi», tai Hännisen tapaan sanottuna valtion kaksoisabstraktion (ensin abstraktio kansalaisyhteiskunnasta ja sitten »lihallisesta» hallinnosta) hylkäämiseen. Tätä näkökohtaa tuntuisivat tukevan myös Niklas Luhmannin systeemiteoreettiset erottelut yhteiskunnassa toimivien osajärjestelmien itsenäistymisestä. Toista näkökohtaa voisi pohtia vaikkapa Luhmannin systeemiteoreettisen tarkastelutavan hylkäävän Pierre Bourdieun virittämän luokkien kulttuurisen uusintamisen näkökulmasta, joka johtaa Bourdieun jopa kyseenalaistamaan erityisen »poliittisen taistelukentän» erottamisen mielekkyyden.[47]

Jos valistuksen tarkastelun näkökulma siirretään »tietämisestä» »poliittiseen projektiin», voidaan käsittääkseni »cogiton» aseman horjumisen myötä törmätä oleelliseksi muodostuvaan ongelmaan: miten toisten puolesta eli hyväksi/sijasta puhuminen ylipäätään voisi olla perusteltavissa?[48] Kriminaalipolitiikan osalta ongelma kohdistuu nähdäkseni lähinnä niinsanottuihin rangaistusteorioihin tai ehkä pikemminkin niiden oikeuttamiseksi esitettyihin yhteiskuntafilosofisesti ankkuroituihin taustaskeemoihin.[49]

---

[47] Katso toisaalta Luhmann: Soziale Systeme. Frankfurt am Main 1987 ja toisaalta Lutz, Raphael: Klassenkämpfe und politisches Feld, sekä Bourdieu Pierre: Antworten auf einige Einwände, molemmat teoksessa Eder, Klaus: Klassenlage, Lebensstil und kulturelle Praxis. Frankfurt am Main 1989. Honkasalon kriminaalipolitiikan käsitteen osalta tämä valtakeskustelun suunnanmuutos vie käsittääkseni omalta osaltaan pohjaa pois yrityksiltä pelastaa käsitteen kriminologia/rikosoikeus dikotomia naturalistisilla ja formaaleilla valtio- ja politiikkakäsityksillä.

[48] Kaarlo Tuori on esimerkiksi Habermasin työtä arvioidessaan käsitellyt tämän esittämän »diskursiivisen justifikaatioperiaatteen» ongelmallista sovellettavuutta »advokatorisen» diskurssin kannalta todeten, että Habermasin myöhempi, »lingvistisen käänteen» jälkeinen tuotanto antaa mahdollisuuksia tulkintoihin, joissa reaaliset osallistujanoikeudet voitaisiin korvata erityisryhmien tai asiantuntijoiden käymällä keskustelulla. Tämä koskee muun muassa systeemiteoreettista »elämismaailman» ja »systeemin» erottelua, mutta voidaan osin palauttaa jo »universaalipragmatiikan» ohjelman irrottamiseen konkreettisten elämänmuotojen moninaisuudesta ja keskinäisistä ristiriidoista. Seurauksena voi Tuorin mukaan olla periaatteen muodostuminen oikeusjärjestystä ja poliittista järjestelmää legitimoivaksi ideologiaksi (Oikeuden rationaalisuus, 147—159).

[49] Saattaa olla, että »käytössä oleviin», keskenään ristiriitaisiin rangaistusteorioihin liittyviä ongelmia ei voidakaan ratkaista sijoittamalla niitä yksinkertaisesti rikosoikeudellisen järjestelmän eri tasoille tai keskenään punnitsemalla: »Toisten puolesta puhumisen» rajoittamisen näkökulmasta saattaa myös olla niin, että Honkasalon ylittämillä tai ohittamilla klassikoilla yhä voisi olla enemmän sanottavaa kuin hänen suosimillaan utilitaristeilla. Tämänsuuntaisesti näyttävät Saksan Liittotasavallan keskustelussa orientoituvan etenkin useat Frankfurtissa vaikuttavat ja kriittiseltä koulukunnalta vaikutteita saaneet rikosoikeuden tutkijat (katso esimerkiksi Hassemer, Winfried: Einführung in die Grundlagen des Strafrechts.

Tämän aiheen laajempi käsittely veisi minut kuitenkin liian kauaksi varsinaisesta teemasta. Puhunkin mieluummin siitä, että valistus, kuten valistuksen kritiikkikin, voidaan käsittää ristiriitaisena ja monisäikeisenä projektina. Hyvän esimerkin tästä tarjoaa mielestäni kriminaalipolitiikan perustanlaskijana pidetyn Cesare Beccarian kriminaalipoliittinen perustyö »Rikoksesta ja rangaistuksesta».

Käsitykseni on, että Beccaria sivutessaan tavalla tai toisella valistuksen keskeisiä teemoja kuten yksilön autonomiaa ja muodollista tasa-arvoa (rangaistuksen sitominen tekoon ja tekijän syyllisyyteen sekä näiden sitominen asetettuun oikeuteen) sekä oikeuden rationalisoitumista (prosessin maallistaminen, jumalantuomion ja kidutuksen vastustaminen) ehkä jäi heikoimmaksi siinä kohdassa, jossa hän itse katsoi voivansa sitoa teemansa yhteen: tarkoitan puhtaan utilitaristisesti tulkittua esitystä yhteiskuntasopimuksesta, johon Beccaria perusti käsityksensä rangaistuksen rationaalisen oikeuttamisen mahdollisuudesta. Beccarian ajatus perustui yleisen edun yhdistämiseen yksityiseen lainsäädännön tasolla. Mainittu yleinen/yksityinen etu ja sen tehokas läpivieminen muodostivat Beccarialle kriminaalipolitiikan rationaalisuuden varsinaisen mittarin. Tämä rakennelma, jota Honkasalo Beccarian työssä erityisesti arvosti, korvasi Beccarian työssä abstraktiona »demokraattisen» osallistumisen kysymyksen konkreettisen pohdinnan.

Karl Marx on kuvannut modernin yksilön vallanalaisuutta *abstraktioiden* vallan alaisuudeksi erotuksena aikaisempien yhteiskuntien asukkaiden henkilöllisestä riippuvaisuudesta toisista yksilöistä.[50] Valistuksen käytännöllisessä

München 1981, 298—299 ja Herzog, Felix: Prävention des Unrechts oder Manifestation des Rechts. Frankfurt am Main, Bern, New York 1987, 55—56).

[50] Esimerkkinä tällaisesta »abstraktion vallasta» voisin yhteisen hyödyn asemasta, jota jo osin olen sivunnut, ottaa kansalaisten muodollisen vapauden ja tasa-arvon. Marx näkee useamman puolen tällaisessa ja tässä abstraktiossa: ensinnäkin abstraktio, tai idea, on sitä hallitsevien aineellisten suhteiden teoreettinen ilmaisu, minkä tähden idea ei voi olla — ainakaan riittävä — kumoamisen kohde yhteiskunnallisten käytäntöjen ja yksilön aseman muuttamiseksi (kumouksellinen käytäntö käytännöllisenä kritiikkinä). Toisekseen aineellisia suhteita ei voida ilmaista muutoin kuin kieleen erottamattomassa kytkennässä olevien ideoiden avulla, joten nämä teoreettiset muotoilutkaan eivät jää sivuseikaksi (ideologiakritiikki). Teoreettisia ilmaisuja, kuten vapauden ja tasa-arvon juridisia muotoiluja, ei kuitenkaan tarvitse nähdä »vääränä tietoisuutena» tai valheellisina ilmaisuina sinänsä, vaan abstraktioina, jotka absolutisoivat aineellisten suhteiden joitakin piirteitä, peittäen näin näkyvistä olemisen moninaisuuden, jonka kaikkien puolien huomioiminen muodostaa Marxin käsityksen konkreettisesta. Siten nämä abstraktiot rajoittavat tulevaisuuden hahmottamisen historiallisessa tilanteessa hegemonisesti hallitsevaan horisonttiin (erityisen yleistämisen ja historiallisen absolutisoimisen kritiikki), antaen vapaudelle ja tasa-arvolle muodon, jossa ih-

kokeilussa eli Ranskan vallankumouksessa kuitenkin juuri osallistumisen kysymys johti kaikkein konkreettisimpiin kiistoihin. Vaikka lopputulokseksi ehkä jäikin eräänlainen abstraktioiden valta, sen läpivieminen tapahtui melko veristen ratkaisujen tuloksena.[51]

Beccarian pyrkimys voi kyllä olla ymmärrettävä Italian (tai Milanon) silloisia poliittisia oloja ajatellen ja puolustettavissa rikosoikeuden teokraattisen justifikaation kritiikkinä. Käsitykseni kuitenkin on, että esimerkiksi kysymyksiä teon syyksilukemisesta, oikeudenkäynnin maallistamisesta ja rikosoikeudellisten todistuskeinojen rajaamisesta, yhtä vähän kuin kysymystä asetetun ja julkaistun oikeuden asemastakaan, ei välttämättä tarvitse kytkeä yhteen Beccarian esittämässä muodossa eikä hänen esittäminsä ratioin: jos kidutuksen kieltämistä jollekulle täytyy perustella, ei perustelun tarvitse olla utilitaristinen. Nousevalle porvaristolle suunnattuna perustelu sinänsä saattoi olla tehokaskin.[52]

Beccarian kriminaalipolitiikan esityksen ristiriitoja voisi käsittääkseni lähestyä vaikkapa irrottamalla toisistaan eri teemoja. Ehkä teemat heijastavat eri »projekteja» (mailmankuvan maallistaminen, yksilön käsitteeseen kytkeytyvä pyrkimys autonomiaan, kapitalistisen talouden edellyttämän maailman laskettavuuden vaatimuksen kytkeytyminen muodolliseen tasa-arvoon ja ihmisen kykyihin ihastumiseen pohjautuva rationaalisuususko). Eriteltyinäkin teemoja voisi tarkastella vaikka eri joukkoluonteisten toimijoiden (luokat, asemat, ryhmät) ja heidän etujensa näkökulmasta. Siten voisimme ehkä oppia jotakin omastakin kriminaalipolitiikastamme. Tällainen lähestymistapa voisi vaikeuttaa yhtenäisten kriminaalipoliittisten ohjelmien johtamista. Katson kuitenkin, että niitä käytäntöjä, joissa kriminaalipolitiikan »poliittinen» momentti

---

minen näkee itsensä yhdistyneenä toisiin ihmisiin pelkästään asioiden välityksellä ja jossa hän voi tarkastella toisia yksilöitä esineiden kaltaisina toimintansa kohteina (vieraantumisen ja esineellistymisen kritiikki). Katso Marx, Karl: Grunddragen i kritiken av den politiska ekonomin. Halmstad 1971, 43—67.

[51] Katso aiheesta Reinalter, Helmut: Grenzen der Französischen Revolution. ARSP, Beiheft 29 (1987), 83—100.

[52] Tästä voi mielestäni päätellä, että esimerkiksi Beccarian teemoja ei myöskään ehkä kannata ottaa kritiikin kohteeksi yhtenä kokonaisuutena, joka pysyy koossa Beccarian itse esittämällä, tai kriitikon vaihtoehtoisella tavalla. Raimo Siltala, joka on soveltanut »Michel Foucault'n yhteiskuntafilosofiaa» muun muassa Beccarian työn arvioimiseen, tarttuu toisaalta terävästikin ristiriitoihin ja pimentoon jääneeseen historiaan, mutta tuntuu kritiikissään samalla olettavan sekä Beccarian tekstin että rakentamansa toisen tulkinnan yhtenäisyyden tavalla, joka tässä mielessä ehkä muistuttaa Beccarian omaa esitystä (katso Beccaria, Cesare: Dei delitti i delle pene. Om brott och straff. Stockholm 1977; Siltala, Raimo: Johdatus piinan historiaan. Lisensiaattityö Helsingin yliopiston oikeustieteelliselle tiedekunnalle 1988, julkaisematon).

voidaan tunnistaa, ei ainakaan modernissa länsimaisessa yhteiskunnassa kovin helpolla voida käsittää, sijoittaa tai hallita senkaltaisena yhtenäisenä kokonaisuutena kuin yhtenäinen ohjelma tuntuisi vaativan. Jos katsotaan asiaa kriminaalipoliittisten toimijaryhmien näkökulmasta, käytäntöjen jonkinasteinen »poliittisuus» ulottuu käsittääkseni tutkijasta tuomariin ja aina eduskuntaan saakka.

VII. Ja rikosoikeuteen

Beccarialla ei tietenkään modernissa mielessä vielä voinut olla varsinaista kriminaalipolitiikan käsitettä: tvönjaollisena käsitteenä »honkasalolaisessa mielessä» se edellyttää, paitsi kriminologian eriytymistä, myös rikosoikeuden positivoitumista. Kirjoitukseni viimeiset kommentit liittyvät juuri positiiviseen rikosoikeuteen. Kommenttien kohteena on rikosoikeuden positiivisuus. Tarkemmin sanottuna haluan tarkastella rikosoikeuden käsitteistön suhdetta lainsäädäntötasolla tapahtuvaan kriminaalipoliittiseen päätöksentekoon. Kyse on siis yrityksestä horjuttaa Honkasalon kriminaalipolitiikan käsitteen toista tukijalkaa.

Eräs tapa lähestyä kysymystä olisi oikeuden ja moraalin tai oikeuden ja arvojen suhteesta puhuminen. Tästä näkökulmasta Hans Kelsenin valtiosääntöteorian perusnormi voisi tarjota yhden lähtökohdan. Kelsenin perusnormi on valtuuttava normi. Määrätyssä oikeusjärjestelmässä perusnormin oma historiallinen perusta on olemassaoleva valtiosääntö. Perusnormi viittaa niihin valtiosäännön tosiseikkoihin, jotka faktisesti sääntelevät normien tuotantoa ja käyttöä annetun oikeusjärjestelmän sisällä. Tämä tarkoittaa, että perusnormi epäsuorasti viittaa »niihin yleisiin ja yksilöllisiin normeihin, jotka tosiasiallisesti on annettu valtiosäännön mukaisesti». Perusnormin olettaminen ei näin Kelsenin mukaan edellytä minkään positiivista oikeutta läpäisevän arvon vahvistamista.[53]

Kelsenin lähestymistapaa voisi verrata vaikkapa Jürgen Habermasin ja Robert Alexyn esittämiin näkemyksiin oikeuden ja proseduraalisesti tulkitun moraalin välttämättömästä kytkennästä oikeudellisessa argumentaatiossa.[54] Tie-

[53] Kelsen, Hans: The Function of a Constitution. Teoksessa Tur, Richard — Twining, William (toim.): Essays on Kelsen. Oxford 1986, 111—119.

[54] Habermas, Jürgen: Wie ist Legitimität durch Legalität möglich? Kritische Justiz 1/1987, 1—17 ja Alexy, Robert: On necessary relations between Law and Morality. Esitelmä Legitimiteettisymposiumissa Murikassa 4.—7. 8. 1988. Siihen, missä määrin Haberma-

tyn oikeusalan yleisten oppien ainekset voitaisiin kuitenkin karkeasti jakaa peruskäsitteisiin ja perustaviin oikeudellisiin periaatteisiin. Tällöin esimerkiksi Alexyn esittämän kaltainen väite positivoidun oikeuden välttämättömästä kytkennästä moraaliin olisi ehkä luontevampaa liittää oikeudellisiin periaatteisiin kuin käsitteisiin.[55]

Kaarlo Tuori on pyrkinyt paikantamaan peruskäsitteiden ja yleisten periaatteiden tehtäviä määrätyn oikeuden alan yleisissä opeissa. Ensin mainittujen funktio voitaisiin Tuoria seuraten kuvata kyseessä olevan oikeuden alan perusrakenteiden hahmottamisena, kun jälkimmäiset taas kuvaavat oikeudenalan keskeisiä moraalissävyisiä normatiivisia sisältöjä. Laintulkinnan tai dogmatiikan näkökulmasta käsitteellisen järjestelmän tehtävänä olisi paikantaa käsillä oleva oikeudellinen ongelma, kun taas yleiset periaatteet antaisivat ratkaisulle suuntaa »vaikeissa tapauksissa».[56] Tuori käsittääkseni tarkoittaa tämän yleisten oppien jakonsa peruskäsitteisiin ja yleisiin periaatteisiin pikemminkin hahmottamisen avuksi kuin absoluuttiseksi. Jatkossa kuitenkin noudatan sitä. Pyrin rajaamaan esitykseni pariin rikosoikeuden peruskäsitteiden »statukseen» liittyvään kysymykseen.

Oikeudenalan käsitteellisen järjestelmän tehtävä oikeudellisten ongelmien paikantamisessa ei rajoitu vain lainsoveltamiseen tai dogmaattisiin esityksiin. Esimerkiksi rikoslaki on tunnetusti jättänyt peruskäsitteistön kehittämisen pääasiallisesti oikeustieteen tehtäväksi. Se miten tiede tämän tehtävänsä on toteuttanut, on siten vaikuttanut ja vaikuttaa tapaan, jolla ongelmia rikosoikeudellisesti paikannetaan. Toisaalta käsitteistön tulisi hahmottaa nimenomaan positiivisen rikosoikeuden rakennetta, ja tämän positiivisen rikosoikeuden tulisi olla eduskunnan suorittamien valtiollisten kriminaalipoliittisten ratkaisujen tulosta. Jos kuitenkin käsitteistö rajaa rikosoikeuden toiminta-alueeksi miellet-

---

sista Alexy'iin siirryttäessä samalla siirrytään olevan kritiikistä kohti sen oikeuttamista, en tässä ota kantaa. Jaan ehkä Kaarlo Tuorin epäilyn, että Habermas hyväksyessään Alexyn teesin oikeudellisesta argumentaatiosta yleisen praktisen diskurssin erityistapauksena saattoi heikentää kriitikon asemiaan (katso Alexy: Theorie der juristischen Argumentation. Frankfurt am Main 1983; Habermas: Theorie des kommunikativen Handelns 1; Tuori: Oikeuden rationaalisuus).

[55] Näinhän Robert Alexykin tuntuu positiivisen oikeuden osalta pääasiallisesti tekevän (katso Alexy: Theorie der Grundrechte. Frankfurt am Main 1986). Sekaannusten välttämiseksi totean, että nyt käymälläni keskustelulla ei sinänsä ole mitään tekemistä oikeusnormien sääntö/periaate -akselilla tehtävien erottelujen kanssa.

[56] Tuori, Kaarlo: The General Doctrines of Public Law. Scandinavian Studies in Law 1987, 177—199.

tyä aluetta, voidaan kysyä, miten se samalla voisi pysyä positiivisen, asetetun rikosoikeuden puitteissa?

Ongelma on vanha. Sen parissa painiskeli jo P. J. A. Feuerbach, jonka osuutta modernin rikosoikeustieteen perustanlaskennassa voidaan verrata Beccarian kriminaalipolitiikan perustanlaskijan rooliin. Feuerbach pyrki toisaalta korostamaan asetetun rikosoikeuden ensisijaisuutta ja mieluiten yksinomaisuutta, mutta pyrki toisaalta kartesiolaisen ihanteen mukaiseen suljettuun käsitejärjestelmään, jonka avulla oikeuslauseet voitaisiin nähdä loogisesti toisiinsa liittyvinä. Kuten Klaus Lüderssen on todennut, Feuerbach joutui käsitteistönsä kehittelyssä vaikeisiin arvojen ja tosiasioiden erottelua ja keskinäissuhteita koskeviin ongelmiin, ajautuen »viime kädessä» eräänlaiseen »Natur der Sache» eli »asian omaan luonteeseen» nojautuvaan ajatteluun.[57]

Kaarlo Tuori on tarkastellut tätä oikeudellisen käsitteistön suhdetta positiiviseen oikeuteen »a priori» ja »a posteriori» -akselilla, jolloin positiivinen oikeus muodostaa rajalinjan käsitteen katsomiseksi joko positiivista oikeutta edeltäväksi tai siihen perustuvaksi. Tarkastelussaan Tuori päätyy katsomaan, että aposteriori tapahtuva käsitteiden kehittäminen ei voi olla täysin riippumaton tutkimuksen vaihe tai suunta. Tällainen tutkimus perustuu aina myös apriorisiin oletuksiin. Tietyn oikeudenalan aposterioriset käsitteet eivät siten perustuisi vain positiiviseen oikeuteen, vaan myös jossain mielessä apriorisiin käsitteisiin.

Tuori ei kuitenkaan pyri näkemään näitä apriorisia käsitteitä ylihistoriallisina, vaan määrättyyn oikeuden tyyppiin eli niinsanottuun moderniin oikeuteen kytkettyinä. Erään mahdollisen apuvälineen toisaalta annettujen käsitteellisten raamien ja toisaalta positiivisen oikeuden kirjoittamisessa tarvittavien käsitteiden paikantamiseksi Tuori näkee kehittämässään oikeuden jaossa oikeusmuotoon, oikeusideologiaan ja lakimuotoon. Tämän jaottelun pohjalta aprioriset käsitteet, jotka toimivat jonkinlaisina muuttuvaiselle oikeudelle perustaa antavina lähtökohtina, voitaisiin nähdä suhteellisen muuttumattomana pysyvään tai hitaasti muuttuvaan oikeusmuotoon kiinnittyvinä, kun taas aposteriorisia käsitteitä — oikeuden muuttuvia sisältöjä systematisoivina — voitaisiin tarkastella lakimuodon tasolla.[58]

---

[57] Katso Feuerbach, P. J. A.: Über Philosophie und Empirie in ihrem Verhältnisse zur positiven Rechtswissenschaft. Teoksessa Lüderssen, Klaus (toim.) Theorie der Erfahrung in der Rechtswissenschaft des 19. Jahrhunderts. Franfurt am Main 1968, 61—100, sekä Lüderssenin johdanto samaan teokseen, 7—56.

[58] Tuori: General Doctrines in Public Law, 184—185. Niinsanotut yleiset periaatteet voitaisiin mielestäni tällaisessa esitystavassa lähinnä paikantaa mainitun kahden tason vä-

Katsoisin, että rikosoikeuden »disponoitavuutta» eli käytettävyyttä keinoina »honkasalolaisessa» mielessä rajoittavat ennen kaikkea tällaiset »oikeusmuotoa» heijastavat ja rakenteistavat käsitteet. Tuntuisi siltä, että tällaisten käsitteiden muutokset eivät vaikuta vain esimerkiksi rikoslainoppiin ja rikoskäsitettä koskevaan rikosoikeuden yleisten oppien kehittämiseen. Voidaan mielestäni väittää, että tällaiset käsitteelliset yleistykset muodostavat reunaehtoja kriminaalipolitiikalle ja vaikuttavat myös perustavaa laatua oleviin »sisällöllisiin» käsityksiin kriminaalipolitiikasta.

Ennen kuin siirryn käsittelemään kahta tällaista peruskäsitteiden ryhmää, haluaisin ottaa esille hyvin käytännöllisen kysymyksen käsitteiden merkityksestä oikeuden käytössä. David Kennedy on esittänyt oikeustulkintaan liittyvän teesin, jonka voi katsoa redusoivan käsitteiden lainsäädäntötasolla tapahtuvan valinnan merkityksen lähes olemattomiin. Kennedyn esitys oikeudellisen tulkinnan mieli-valtaisuudesta (väliviiva tarkoituksellinen, K.S.), lähtee Foucault'n valtateorian tapaan tiedon ja vallan erottamattomuudesta. Oikeudellista tulkintaa leimaa Kennedyn mukaan loputon mahdollisuus vaihtaa tosiasioille tulkinnassa annettava »tarkoitus» tai »mieli» (meaning, Sinn).

Tulkintateoriat, joiden avulla yritetään katkaista tämä vaihdettavuus ja perustella tulkinnan rationaalisuuden arvioimisen mahdollisuus, Kennedy näkee manageriaalista valtaa käyttävien tulkitsijoiden aseman vahvistajina. Samalla »rationaaliset tulkintateoriat» katkaisevat mahdollisuuden todellisuuttamme tuottavien käsitteiden »uudelleenkuviteltavuudelta».[59]

Tätä käsitteiden uudenlaisiksi kuvittelemista tai uusien käsitteiden luomista ei kuitenkaan voida ymmärtää jollakin tavalla »neutraaliksi» toiminnaksi.[60] Näin ollen voisi yhtä hyvin kysyä dekonstruoijan kuvittelemien käsitteiden oikeutusta kuin kyseenalaistaa manageriaalista valtaa käyttävän oikeuslaitoksen palvelijan tulkintamonopolin oikeutus. Rikosoikeuden osalta ei mielestäni nimittäin voida kiertää sitä ongelmaa, että muodollinen oikeudenmukaisuus ja muodollinen oikeusturva ainakin syytetyn kannalta ovat kaikkea muuta kuin muodollinen asia. Tämä tuntuisi lyhyesti sanottuna edellyttävän muodollista rationaalisuutta heijastavaa, niinsanottua subsumptioloogista mallia noudat-

liin, eli oikeusideologian tasolle. Parlamentaarisen poliittisen toiminnan voisi tämän jaottelun näkökulmasta taas paikantaa lähinnä »yleisten periaatteiden» tasolle.

[59] Kennedy, David: The turn to interpretation. Southern California Law Review (Vol. 57:237) 1985, 251—275.

[60] Kennedyn metodiin ilmeisen paljon vaikuttanut Derrida on esimerkiksi korostanut, että hänen dekonstruktion metodinsa ei voi olla neutraali, koska se tekee tai siinä tehdään interventio (Positioita, 97).

tavaa »yhden oikean ratkaisun etsintää». Hieman paradoksaalisesti voisinkin esittää, että rikosoikeuden käytäntöön soveltamisessa muutoin »cogiton» harjoittamana parjaamani kaksijakoinen ajattelu voisi olla välttämätön, vaikkakin ehkä saavuttamaton ihanne niin kauan kuin rikosoikeutta käytetään.[61] Jatkossa keskityn kuitenkin jo kuviteltuihin käsitteisiin pitäen näkökulmanani tutkimuksen kehittämien käsitteiden merkitystä lainsäädäntötasolla tapahtuvan kriminaalipoliittisen päätöksenteon kannalta.

Lainsäädäntötasolla käsitteiden avulla tapahtuva »rikosoikeudellisten ongelmien» paikantaminen käsittää nähdäkseni rikosoikeuden yleisen toiminta-alueen määrittämisen ainakin kahdessa keskeisessä merkityksessä: Miten käsitteellisellä tasolla yleistetään ne yhteiskunnalliseen toimintaan liittyvät tilat, joiden loukkaamattomuutta rikosoikeudella pyritään turvaamaan? Mitkä ovat ne tilanteen piirteet, joihon rikosoikeudellinen järjestelmä kohdistaa reaktionsa tilan muuttuessa tavalla, joka laukaisee reaktion? Tahtoisin viitata kahteen tähän liittyvään »modernin» rikosoikeuden tarinaan. Tarinoista esitän vain viittauksenomaisen kuvauksen.

Ensimmäinen tarina koskee jotain, jota voisi kutsua rikosoikeuden suojelukohteeksi. Tarina alkaa valistuksen ajan pyrkimyksellä luoda yleinen rikoskäsite ja siihen liityvällä pyrkimyksellä löytää sellainen yleinen objekti, johon rikoksen voitaisiin katsoa kohdistuvan.[62] Tarinan nykyvaihe muodostaa runsaan sadan vuoden historian. Jos tarinaan etsitään henkilöhahmoja, voidaan nykyvaihe kytkeä Franz von Lisztin nimeen. »Marburgin ohjelmassaan» von Liszt esittää painokkaasti *oikeushyvän* käsitteen ottamista rikosoikeuden avulla suojattavan alueen määrittämisen peruskäsitteeksi.[63]

Tämä merkitsi siirtymistä uuteen käsitteelliseen rakennelmaan esimerkiksi Feuerbachiin nähden, jonka käsitejärjestelmässä subjektiivisena oikeutena käsitetty »ulkoinen oikeus» toimitti vastaavaa tehtävää.[64] Siirtyminen oikeushy-

[61] Toinen, ja mielestäni myönteisiä mahdollisuuksia avaava asia on, että Kennedyn esittämien kaltaisten ajatusten soveltaminen esimerkiksi tuomioistuinten käytännön tai dogmaattisten esitysten tutkimiseen saattaa vähentää innostusta rikosoikeuden käyttöön.

[62] Katso Marx, Michael: Zur Definition des Begriffs »Rechtsgut». Köln, Berlin, Bonn, München. 1972, 5.

[63] Katso von Liszt, Franz: Von der Rache zur Zweckstrafe. Frankfurt am Main 1982 (uusintapainoksen toimittanut Heribert Ostendorf Marburgin ohjelman 100-vuotispäivän kunniaksi). Michael Marx on todennut, että jo aiemmin Saksassa oli esimerkiksi M. F. Birnbaum 1830-luvulla pyrkinyt suojelukohteen muotoilemiseen suojattavana »hyvänä». Birnbaumin esitys hukkui kuitenkin Marxin mukaan Hegel-inspiroituun »spekulatiiviseen ajatteluun» ja vasta von Lisztin esitys johti oikeushyvän käsitteen läpimurtoon (Marx: Zur Definition des Begriffs Rechtsgut, 5—6).

[64] Katso Feuerbach, P. J. A.: Lehrbuch des gemeinen, in Deutschland geltenden pein-

vän suojelun avulla tapahtuvaan suojattavan alueen määrittämiseen merkitsee von Lisztille samalla rangaistuksen tehtävän määrittelemistä: rangaistus on »oikeushyvien suojelun muodossa tavoitetietoista luomista ja valtiollisen yhteiskunnan tavoitetietoinen funktio».[65] Vaikka von Liszt rakentaa perustelunsa väittelyssä »klassisia rangaistusteorioita» vastaan myös oikeuspoliittisiksi tulkittavissa olevien uudistustarpeiden varaan, hän silti muotoilee perimmäiset perustelunsa tieteellisyyden kriteerin avulla. Von Liszt katsoi itse asiassa, että kriminaalistatistiikan muodossa tapahtuva »joukkoluonteinen tarkkailu» (Massenbeobachtung) tulevaisuudessa tulee antamaan lopullisen tieteellisen vahvistuksen hänen käsitystensä oikeellisuudelle.[66]

Tämänkaltaiset nykyisyydessä hieman naiiveilta kuullostavat von Lisztin käsitykset perustuivat paitsi kriminaalistatistiikan uutuuteen myös, kuten Heribert Ostendorf Marburgin ohjelman kommentissaan toteaa, von Lisztin luonnontieteellis-positivistisiin käsityksiin yhteiskunnasta ja sen tutkimisesta.[67] Keskeistä on mielestäni se, että itse »oikeushyvän» käsitteelliseltä rakennelmalta puuttuvat kaikkinaiset ontologiset kvaliteetit. Näin sen paremmuuden osoittaminen johonkin toiseen käsiterakennelmaan, esimerkiksi Feuerbachin »ulkoiseen oikeuteen» nähden, ei ole tieteellisen totuuden kysymys.

Siirtymää subjektiivisesta oikeudesta oikeushyvään rikosoikeuden suojeluobjektina voisi kuvata monin tavoin.[68] Jos tarkastelun lähtökohdaksi otetaan modernia rikosoikeutta mielestäni leimaava tavoiterationaalisen toimijan nä-

lichen Rechts. Giessen 1801, 20. Katso myös Naucke, Wolfgang: Zu Feuerbachs Straftatsbegriff. Wissenschaftliche Zeitschrift der Friedrich-Schiller-Universität 1984 (4), 482—483.

[65] von Liszt: op. cit. 23. En puutu siihen, että von Liszt itse asiassa katsoi voivansa ratkaista kaikki rikosoikeuden ongelmat oikeushyvän käsitteestä johtamalla (rangaistuksen oikeutus, kriminalisoitava alue, kriminalisoinnin ankaruus, rangaistuksen mittaaminen ja seuraamusjärjestelmän sisältö sekä täytäntöönpano). Tähän osuu parhaimmillaan Nils Jareborgin toteamus siitä, että rikosoikeudellista suuntakeskustelua vaivaa »genomgående okänslighet för problemets komplexitet» (Jareborg: Straffets syfte och berättigande. TfR 1/1985, 1).

[66] Op. cit., 44.

[67] Katso Ostendorfin johdanto »Marburgin ohjelmaan» Op.cit. 15—16. Vaikka von Lisztin käsitykset kriminaalistatiikan avaamista rikosoikeuden »tieteellistämisen» mahdollisuuksista tilastojen suhteellisuuden ja valikoivuuden valossa saattavat tuntua naiveilta, saattaisi itse tilastoinnin aloittamisen vaikutusten tutkiminen modernien vallankäytön menetelmien (esimerkiksi Hännisen luokitteleva valvonta) kehittymisen kannalta olla vähemmän naivi hanke.

[68] Kuvaamani siirtymä on saksalaisen dogmatiikan historiaan liittyvä kehitys. Todellinen historiallinen siirtymä ei tietenkään ole näin yksinkertaisena kuvattavissa. Erään kuvauksen esittää Michael Marx jo mainitussa teoksessaan. Marx ei kuitenkaan liiemmin ole kiinnostunut »oikeushyvän» saksalaisestakaan esihistoriasta.

kökulma,[69] voisi muutoksen nähdä painopisteen siirtymänä yksilöstä valtioon. Aiemmin pääasiallisesti yksilöiden tavoiterationaalista toimintatilaa turvaamaan pyrkinyt rikosoikeus muuttui kohti valtion nimissä harjoitettua yhteiskunnan tavoiterationaalista ohjausta.[70] Siirtymän kontekstin eli historiallis-yhteiskunnallisen yhteyden näkisin siinä taloudellisten ja poliittisten olojen alkavassa muutoksessa, jota karkeistaen on kuvattu siirtymänä »oikeusvaltiosta» »sosiaalivaltioon»[71] ja jonka tunnuspiirteitä on valtiollisen intervention lisääntyminen tai ulottuminen yhä useammalle alueelle.[72] Jos olen oikeassa siinä, että »oikeushyvän» -käsite ilmentää tämänkaltaisen siirtymän vaikutusta rikosoikeuteen, voidaan mielestäni kysyä, mitä sen ilmeneminen juuri tässä »oikeushyvän» käsiterakennelman muodossa on merkinnyt esimerkiksi suomalaisen rikosoikeuden ja kriminaalipolitiikan myöhemmälle kehitykselle?[73] Käsitteen valinta ei kontekstissakaan ole ontologinen ratkaisu. Tähän kysymykseen vastaaminen ei kuitenkaan enää kuulu kirjoitukseni tavoitteisiin. Siirrynkin toiseen tarinaan eli kertomukseen siitä, miten rikosoikeus hahmottaa sitä, mihin se puuttuu.

Kun ensimmäinen rikosoikeuden käsitteistöön liittyvä tarinani kertoi rikosoikeuden suojelukohteesta, kutsun toisen tarinani aihetta rikosoikeuden reak-

---

[69] Max Weberin erottelemista yksilön- ja yhteiskuntatason sekä muodollisen että sisällöllisen tavoiterationaalisuuden muodoista katso Tuori, Kaarlo: Oikeuden rationaalisuus, 9—19. Max Weberin esittämästä rikosoikeuden muodollisen tavoiterationaalisuuden murtumisesta, katso Weber, Max: Wirtschaft und Gesellschaft 2. Köln, Berlin 1964, 625 ff.

[70] Muutosta saattaisi valaista myös Habermasin tekemä oikeuden erottelu instituutioon ja meediaan. Tämän erottelun pohjalta rikosoikeus tuntuisi kuitenkin jäävän kokonaan »instituution» puolelle. Asia ei ole yhtä selvä jos jako Kaarlo Tuoria seuraten nähdään ainoastaan oikeuden kahtena aspektina. (Katso Habermas, Jürgen: Theorie des kommunikativen Handelns 2, 522—537 sekä Tuori, Kaarlo: Oikeuden rationaalisuus, 117, 157).

[71] Katso esimerkiksi Maus, Ingeborg: Rechtstheorie und politische Theorie im Industriekapitalismus. München 1986, 11—82. Mausin kuvaus ei suinkaan ole niin karkea, että sen voisi vangita yksinkertaiseen dikotomiaan »Rechtsstaat» — »Sozialstaat».

[72] Tämän kehitykseen ongelmallisuuteen tai ristiriitaisuuteen liittyvät muun muassa Jürgen Habermasin teesi »oikeudellistumisen» vaikutuksesta »elämismaailman kolonisaatioon» ja Kaarlo Tuorin arviot »sosiaalivaltion oikeuden kaksinaisluonteesta» (katso Habermas: Theorie des Kommunikativen Handelns 2, 522—550 ja Tuori: Oikeuden rationaalisuus, 183—201).

[73] Alustavasti voisi suomalaisen kriminaalipolitiikan kehitystä kyseenalaistaa Erhard Denningerin kehittelemän »oikeusturva» ja »oikeushyvän turva» käsiteparin avulla. Denninger käyttää tätä oikeusvaltio/sosiaalivaltio -analyysissa, mutta toteaa, että »hyvien» kasaantuminen ei välttämättä heijasta mitään »sosiaalista» sisältöä, kuten ei »oikeuksien» turvaamisenkaan tarvitse olla vahvempien oikeuksien turvaamista. (Denninger, Erhard: Der Präventionsstaat. Kritische Justiz 1/1988, 1—15).

tiokohteeksi. Siinä missä ensimmäinen tarinani liittyi suojelunarvoisten yhteiskunnallisten tilojen määrittämiseen, toinen liittyy tilannemuutosten hahmottamiseen.

Gerd Wächter on mielestäni osuvasti esittänyt, että modernin rikosoikeuden[74] sen läpimurtoon liittyvänä erityispiirteenä on ulkoisen tilannemuutoksen lukeminen yksilön syyksi tekona. Syyllisyyskäsitettä ja syyllisyyden syyksilukemista voidaan sitä vastoin pitää vanhempana asiana. Wächter kuvaa teon syyksilukemisen edellytyksiä myöhäiskeskiajalta alkaneina maailmankuvien, talouden ja valtio-organisaation muutoksina.[75] Se, että rikosoikeudessa alettiin erottaa tilannemuutoksen relevanteiksi katsotut piirteet tekona, on yhtä vähän kuin »suojelukohteen» historia ontologinen välttämättömyys. Joachim Hruschka on esimerkiksi pyrkinyt toisaalta esittämään teon syyksilukemisen käsitteellistä ja funktionaalista ensisijaisuutta muihin imputaation muotoihin (arvostuselementti, syyllisyyden syyksilukeminen) nähden, mutta toisaalta liittänyt sen 1600- ja 1700-luvuilla tapahtuneeseen moraalisen eli praktisen kielen muutoksiin liittäen muutoksen muiden muassa Pufendorfin, Wolfin, Dariesin ja Kantin nimiin.[76] Teon syyksilukeminen ei siis ole teoreettisen diskurssin vaan praktisen diskurssin tulosta.[77] Silti tämä taitaa olla keskeinen ylistävien puheenvuorojen kiinnekohta, kun puhutaan rikosoikeuden rationalisoitumisesta valistuksen myötä.[78] Teon käsitteen edut ja ongelmat liittyvät muodolli-

[74] Tässä puhun modernista rikosoikeudesta eurooppalais-länsimaisen »modernin» rikosoikeutena, enkä siis tällä tarkoita esimerkiksi uusinta rikosoikeutta tai niinsanottua »modernia koulukuntaa».

[75] Wächter Gerd: Strafrechtliche Aufklärung. Strafrecht und soziale Hegemoni im achtzenten Jahrhundert. Darmstadt 1987, 46—48. Asetettuun oikeuteen perustuvien kriminalisointien ja legaliteettiperiaatteen katsominen eurooppalais-länsimaisen rikosoikeuden peruspiirteiksi voi sinänsä olla perusteltavissa (näin esimerkiksi Jareborg, Nils: The Coherence of the Penal System, julkaistu hänen »Essays on Criminal Law» -teoksessaan. Uppsala 1988, 107). Katsoisin kuitenkin että teon syyksilukeminen muodosti edellytyksen viimeksi mainitulle kehitykselle.

[76] Hruschka, Joachim: Imputation. Teoksessa Eser, Albin—Fletcher, P. (toim.): Rechtfertigung und Entschuldigung. Freiburg i. Br. 1987, 122—174.

[77] Toisaalta Descartesin käymällä teoreettisella diskurssilla varmasti on kytkentänsä teon syyksilukemisen historiaan. Nils Jareborg on puuttunut asiaan, jolla katsoisin olevan kiintoisia kytkentöjä teon syyksilukemiseen: »se että luonnehdimme kaksi niin erilaista asiaa kuin intentionaalisen ja fenomenaalisen sielullisiksi ruumiillisen vastakohtana on historiallinen tosiasia. Käsitteenmuodostuksemme on eurooppalaisen 1600-luvun filosofian perintöä, eikä edusta mitään ontologista välttämättömyyttä» (Jareborg: Determinism och straffrättsligt ansvar, Teoksessa Jareborg, Nils—Tränskman, P. O. (toim.): Skuld on ansvar. Straffrättsliga studier tilläpnade Alvar Nelson. Uppsala 1985, 14).

[78] Jürgen Habermas on esittänyt teon syyksilukemisen modernin rationalisuuden auto-

sen rationaalisuuden, muodollisen oikeudenmukaisuuden ja muodollisen oikeusturvan yleisiin etuihin ja ongelmiin.

Tarinan jatko kertoisi noin sata vuotta sitten tapahtuneesta siirtymästä kohti tekijän persoonallisuuden ottamista rikosoikeuden reaktiokohteeksi. Tarinan tämän vaiheen tietoteoreettisesti olennaisena piirteenä on uuden kriminologiatieteen positivistisen tieteenihanteen murtautuminen rikosoikeudelliseen ajatteluun.[79] Viimeksi mainittu kehitys merkitsi Brynolf Honkasalolle tieteellisen perustan luomista rikosoikeudelle eli diskurssin painopisteen siirtymistä praktisesta teoreettiseen.[80] Karl Bindingin ja von Lisztin käymää kiivaalta tuntuvaa kirjallista polemiikkia voisikin pitää väittelynä näiden diskurssi- tai järjen muotojen keskinäisestä paremmuudesta.[81] Yhtä ratkaisumallia edustaa »Défense sociale» -liikkeen perustajahahmon Filippo Grammatican yritys johtaa praktinen diskurssi suoraan teoreettisesta pitämällä viimeksi mainittua eräänlaisena välittömänä takeena myös ensiksimainitun rationaalisuudelle.[82] Ratkaisu on tavallaan käänteinen Kantia seuraavaan klassiseen rikosoikeuteen nähden.[83]

Diskurssimuotojen kilpailua on myös pyritty ratkaisemaan esimerkiksi »kahden raiteen» (Zweispürig eli rangaistus/turvaamistoimenpiteet) rikosoikeudella, jossa ensimmäisen »raiteen» reaktiokohde on teko ja toisen tekijän persoonallisuus.[84] Puuttumatta tämän ratkaisun etuihin tai haittoihin haluaisin esittää väitteen, joka koskee tekijän persoonallisuuteen kiinnittyvien ratkaisu-

---

nomiaan ja tiedon pätevyyteen luottamisen yhteytenä (katso Habermas: Theorie des kommunikativen Handelns 2, 270—271).

[79] Katso aiheesta: Ancel, Marc: Social Defense. The Future of Penal Reform. Littleton Colorado 1987, 41—56.

[80] Honkasalo, Brynolf: Suomen rikosoikeus. Yleiset opit 1, 27—29.

[81] Katso Binding, Karl: Grundriss des Deutschen Strafrechts. Allgemeiner Teil. Leipzig 1907, I—XVIII (seitsemännen laitoksen esipuhe), ja Franz von Lisztin jo mainittu »Marburgin ohjelma».

[82] Katso aiheesta Ancel, Marc: Social Defense, 56—86.

[83] Grammatican ratkaisu ei sinänsä seuraa persoonallisuuden käsitteen ottamisesta »reaktiokohteeksi». Adolfo Ceretti on vertailemalla Kantin ja Freudin ihmiskäsityksiä ja kummankin »ylittämistä» yrittäen pyrkinyt osoittamaan mahdollisuuksia »kantilaisen »praktisen diskurssin yhdistämiseksi freudilaisittain »determinoituun» persoonallisuuden käsitteeseen (Ceretti, Adolfo: Is it possible to consider moral responsibility in the field of criminology? Esitelmä Kriminologian maailmankongressissa Hampurissa 1988).

[84] Tätä saksalaista ratkaisua Hans-Heinrich Jescheck pitää »modernin rikosoikeuden» eräänä välttämättömänä (?) perusratkaisuna (katso Jescheck: Lehrbuch des Strafrechts. Allgemeiner Teil. 4 Aufl. Berlin 1988, 5—6). Panu Minkkinen on mielestäni osuvasti kuvannut näiden kahden diskurssimuodon vaihdettavuuden ja vuoropelin indeterminismiä, jossa ainoa varma asia syytetyn kohdalla on sanktion vääjäämättömyys (katso Minkkinen: Tillräkne-

jen teoreettista statusta yleensä, oli tämä sitten »tekijärikosoikeutta» tai »kaksiraiteisuuden» malli.

Katsoisin, että yksilöön kiinnittyvälle persoonallisuuden käsitteelle ei itse asiassa voida antaa sen kummempaa ontologista statusta kuin teonkaan käsitteelle. Edward Sampson on kiistänyt käsitteen ontologisen statuksen yhtäältä kriittisen koulukunnan ja Habermasin toiminnan teoriaan ja toisaalta Derridaan tekstuaalisuuden ja dekonstruktion teoriaan nojautuen. Hänen päätelmänsä on, että (pohjoisamerikkalaisen) psykologian haluttomuus muuttaa oletuksiaan näiden teorioiden esittämien, Sampsonin mukaan yksilön käsitteen kannalta ratkaisevien haasteiden edessä, ei niinkään edusta luonnolliseen entiteettiin pyrkivää tieteellisyyttä kuin käsitteessä pitäytymistä sen yhteiskunnan valtarakenteille tarjoamien palvelujen takia.[85]

Viimein olisi mainittava reaktiokohteen teoriahistoriallisesti uusin käsiterakennelma. Tarkoitan rikoksiksi määriteltyjen ulkoisessa tilassa tapahtuvien muutosten katsomista »konflikteiksi». Tämä Nils Christien kaltaisten »kriittisten kriminologien» kehittelemä konfliktin käsite[86] eroaa etenkin vanhemman kriminologian hellimästä yksilössä »aineellistuvasta» persoonallisuuden käsitteestä nähdäkseni siinä, että sitä ei niinkään pyritä ontologisoimaan kuin käyttämään käytännöllisen kritiikin apuvälineenä.[87]

Tämäkin käsiterakennelma on kuitenkin esitetty integroitavaksi rikosoikeuteen tuomioistuinten määräämien tekijä-uhrikohtaamisten muodossa uutena seuraamusjärjestelmän »raiteena».[88] En tarkemmin puutu tähän »kolmen raiteen» ajatukseen liittyviin ongelmiin. Näitä ovat esimerkiksi »pakotetun kommunikaation», valikoitumisen ja kontrollin laajentumisen ongelmat.

Kriminaalipolitiikan käsitteen kannalta tällaista seuraamusjärjestelmästä lähtevää kilpailevien käsiterakennelmien integrointia voisi mielestäni kuvata »policy» — politiikka erottelun avulla. Tällöin »policyt» käsittäisivät eräänligheten och den juridiska modernismen. NSfK:s Rapport från 30. Nordiska forskarseminariet i Vääksy, Finland 1988, 103—114).

[85] Sampson, Edward E.: Foundations for a textual analysis of selfhood. Teoksessa Texts of Identity. London, Newbury Park, New Delhi 1989, 1—19.

[86] Keskeisenä »alkutekstinä» käsitteen kriminologisessa muotoilussa pidän Nils Christien kirjoitusta »Konflikt som eientum (TfR 1977, 113—132).

[87] Katso esimerkiksi Hulsman, Louk: The Language of Alternatives. Esitelmä Kriminologian maailmankongressissa Hampurissa 1988.

[88] Freiburg im Breisgaussa 13—15. 3. 1989 pidetyssä »Neue Wege der Wiedergutmachung im Strafrecht» -kollokviumissa tämänsuuntaisia »kolmannen raiteen» näkymiä pyrki muun muassa Claus Roxin hahmottamaan seminaarin loppuyhteenvedossaan (tietämäni mukaan julkaisematon).

laisia sisällöllisiä tavoiterationaalisia toimintamalleja, kun politiikka taas tarkoittaisi yhteiskunnallisista ratkaisuista ja vallankäytöstä käytävää kilpailua tai taistelua.[89] En yritä väittää, että kriminaalipolitiikka tai muukaan »politiikka» olisi mahdollista ilman sisällöllisten esitysten tekemistä. Esittäisin kuitenkin pohdittavaksi minkälaisessa suhteessa kriminaalipoliittinen »policy» -ajattelu on esimerkiksi Stanley Cohenin kuvaamiin kriminologian suuntiin, erityisesti hänen »manageriaaliseksi» kutsumaansa, arvovapaana ja neutraalina itseään esittelevään ja toiminnan tuloksellisuudella kriminaalipolitiikkaa mittaavaan suuntaukseen tai David Kennedyn »manageriaalista valtaa perusteleviin» tulkintateorioihin.

Rikosoikeudellisen tutkimuksen kannalta peruskäsitteiden valintaa voisi ehkä kuvata Thomas Kuhnin esittämän tieteellisten teorioiden paradigmaattisen sidonnaisuuden avulla. Kuhn kuvaa paradigmojen eli tieteen eräänlaisten lähtöoletusten vaihtumista kuvainnollisesti sanomalla, että uuden paradigman syntymisessä tai sellaisen omaksumisessa on kyse uudesta tavasta nähdä saman vanhan maailman samat vanhat piirteet.[90] Kyse olisi siis eräänlaisesta maailmankuvan vaihtumisesta. Kuhnin kuvaus saattaa olla sattuva. Sitä voisi verrata Peter Strasserin teesiin järjen ja totuuden maailmoita erottavista kuvista. Mitä yhteiskunta- tai oikeustieteeseen tulee, en kuitenkaan ainakaan nykyään näkisi tieteen »paradigmojen» kilpailua vain eräänlaisena suksessiona, paradigman vaihtumisena toiseen. En pitäisikään yhden paradigman puitteissa harjoitettavaa »normaalitiedettä», oli tämä sitten hallitseva tieteenharjoittamisen muoto tai jonkun »vastatieteen» itselleen asettama omnipotenssivaatimus, minään tieteen ihanteena. Valinta eri peruskäsitteiden välillä on käsittääkseni kuitenkin aina jotain muutakin kuin »kognitiivis-instrumentaalisen», eli tietävän ja tiedon pohjalta maailmaan puuttuvan järjen asia.[91] Ratkaisujen suhde olemassaolevaan yhteiskunnalliseen todellisuuteen, muunmuassa Tuorin kuvaamaan »oikeusmuotoon» ja siinä tapahtuviin muutoksiin, on eri asia.

VIII.

Olen kirjoituksessani pyrkinyt jäljittämään Brynolf Honkasalon kriminaa-

[89] Kriminaalipolitiikan viimeksimainitun suuntaisesta luonnehdinnasta katso Träskman, Per-Ole: Den finska straffrättens tillämpningsområde. Borgå 1977, 16—20.

[90] Kuhn, Thomas S.: Die Struktur wissenschaftlicher Revolutionen. Frankfurt am Main 1973, 130, 164.

[91] Käsitteiden valinnan riippuvuudesta valitsijan taustaoletuksista, katso Jareborg; Nils: Determinism och straffrättsligt ansvar, 17.

lipolitiikan perusteita, vaikka ehkä luvattoman kaukaisille poluille eksyen. Honkasalon kunniaksi voin vain sanoa, että kenen tahansa jälkiä ei tarvitse jäljittää sata vuotta hänen syntymästään, jotta ne voitaisiin jättää. Honkasalon jälkeisestä suomalaisesta kriminaalipolitiikasta en ole puhunut mitään, en ainakaan sitä suoraan sanoen. Kirjoitukseni päättyy näin tilanteeseen, jota voisi kuvata Peter Strasserin sanoilla: »Worauf mann sich nicht berufen kann, kann mann sich nicht berufen». Tavallaan tämä voi olla hyväkin, jos yhtyy Strasserin käsitykseen intellektuaalisesta nöyryydestä ja suvaitsevaisuudesta länsimaisen »järjen kriisiin» positiivisina seuralaisina.[92]

[92] Strasser, Peter: Von Jenseits der Wahrheit und Diesseits der Vernunft.

Syyttäjä ja syyteharkinta prosessioikeuden tutkimuksessa ja opetuksessa

Professori *P. O. Träskman*

1. Brynolf Honkasalo prosessioikeuden tutkijana

Brynolf Honkasalon nimi yhdistetään yleensä vain rikosoikeuden tutkimukseen. Tämä on varsin ymmärrettävää. Suurin osa hänen laajasta tieteellisestä tuotannostaan koskee rikosoikeutta. Hänen Suomen rikosoikeutta koskevat oppikirjansa ovat kaikille suomalaisille juristeille tuttuja. Ovathan ne olleet oppikirjoina korkeakouluissamme jo useita vuosikymmeniä.[1]

Vähemmän tunnettua on, että Honkasalo aloitti tieteellisen työnsä prosessioikeuden tutkijana. Väitöskirjan aiheeksi hän kaavaili ensin »välttämätöntä prosessin yhteyttä». Tästä aiheesta hän kuitenkin luopui erään toisen väittelijän kanssa tapahtuneen kiistelyn jälkeen.[2] Honkasalon uusikin tutkimusteema oli prosessioikeuden alalta ja vuonna 1928 hän väitteli tohtoriksi vahvistuskanneoikeudesta.[3] Vastaväittäjä oli Helsingin yliopiston silloinen prosessioikeuden professori Otto Hjalmar Granfelt, joka myös oli toiminut Honkasalon väitöskirjatyön »ohjaajana».

Tämän jälkeen Honkasalon mielenkiinnon kohde kuitenkin vaihtui rikosoikeuteen. Pätevöitymisteoksena professorinvirkaan hän ei kirjoittanut toista

---

[1] Näistä oppikirjoista vanhin on *Suomen rikosoikeus. Yleiset opit.* Ensimmäinen osa, jonka ensimmäinen painos julkaistiin v. 1948 (Helsinki).

[2] Kiistasta Honkasalo kertoo muistelmissaan, *Elämä antaa ja ottaa.* Oikeuselämässä harmaantuneen miehen kertomana. Hämeenlinna 1967, s. 213. Hän ei kuitenkaan paljasta toisen osapuolen nimeä.

[3] *Vahvistuskanneoikeudesta ja sen edellytyksistä Suomen oikeuden mukaan I.* Aineelliset edellytykset. Helsinki 1928.

osaa vahvistuskanneoikeustutkimukseen, vaan kirjan rikosoikeudellisesta kausaalisuudesta.[4] Honkasalon muutkin tämän jälkeiset suuremmat tutkimukset koskivat aineellista rikosoikeutta.[5]

Kokonaan Honkasalo ei kuitenkaan jättänyt prosessioikeuden tutkimista. Rikosoikeuden oppikirjoissa hän käsittelee myös joitakin prosessuaalisia kysymyksiä. Näistä voidaan mainita asianomistajan määritelmää koskevat pohdinnat.[6] Muutoinkin syyteoikeuteen liittyvät kysymykset kiinnostivat häntä. Eräänä syynä tähän saattoi olla se, että hän nuorena lakimiehenä jonkin aikaa toimi nimismiehenä ja kruununvoutina.[7] Honkasalon ainoa laajempi prosessioikeutta koskeva työ väitöskirjan jälkeen koski juuri nimismiehen tehtäviä.[8] Tässä kirjoituksessa pyrin käsittelemään juuri niitä rikosprosessuaalisia kysymyksiä, joista Honkasalokin kirjoitti.

2. Miksi ja miten prosessioikeutta tutkitaan? Sovellettu tutkimus ja perustutkimus

Oikeustieteellisen tutkimuksen tehtävänä pidetään usein sen seikan selvittämistä, mitä kulloinkin on pidettävä voimassa olevana oikeutena.[9] Oikeustieteellinen tutkimus sidotaan tällöin varsin tiukasti käytäntöön. Tutkimuksen tarkoitukseksi määrätään käytännön oikeuselämän palveleminen: tutkimustulosten on oltava sellaisia, että niitä voidaan suoraan käyttää oikeuselämän jokapäiväisissä päätöksentekotilanteissa. Oikeustieteellisen tutkimuksen taso mitataan sen välittömässä käyttöarvossa.

Varsin huomattava osa oikeustieteellisestä tutkimuksesta onkin juuri tällaista käytännön oikeuselämää palvelevaa, sovellettua tutkimusta. Esimerkiksi viime vuosikymmenien aikana Suomessa julkaistut prosessioikeuden väitöskirjat ovat oikeastaan kaikki tällaisia »voimassa olevaa prosessioikeutta» sel-

---

[4] *Kausaalisuuskysymys rikosoikeudessa.* Helsinki 1933.

[5] Rikosoikeuden oppikirjojen lisäksi on syytä mainita vuonna 1937 julkaistu teos *Nulla poena sine lege.* Överläggningsämne vid det sjuttonde nordiska juristmötet. Helsingfors 1937.

[6] *Suomen rikosoikeus. Yleiset opit.* Toinen osa. Toinen painos. Helsinki 1967, ss. 124—145.

[7] Alaviitteessä 2 m.t., ss. 173—187.

[8] *Nimismies rikostutkijana ja virallisena syyttäjänä.* Lahti 1946.

[9] Katso tästä kysymyksestä yleisemmin esim. Makkonen, Kaarle, *Luentoja yleisestä oikeustieteestä.* Yleisen oikeustieteen laitoksen julkaisuja 5. Helsinki 1978.

vittäviä teoksia.[10] Monia niistä käytetään jatkuvasti käsikirjana lainkäytön ongelmatilanteissa.

Perustellusti voidaan kuitenkin väittää, ettei tällainen sovellettu tutkimus ole tärkeintä oikeustieteellistä tutkimusta. Jokaisella tieteenalalla menestyksellisen tutkimuksen perustana on aina vireä perustutkimus. Ominaista oikeustieteelliselle perustutkimukselle on, ettei se ole välittömästi sidottu positiiviseen oikeuteen ja sen soveltamiseen, vaan että se pyrkii antamaan yleisiä ohjeita siitä miten erityyppisiä oikeudellisia ongelmia ylipäänsä tulisi ratkaista. Oikeustieteellinen perustutkimus ei rajoitu pelkästään omaan tieteenalaansa, vaan nivoutuu kiinteästi muihin yhteiskunta- ja käyttäytymistieteisiin.[11]

Perustutkimus on aina tutkimusta tulevaisuutta silmällä pitäen ja näin on myös oikeustieteellisen perustutkimuksen laita. Prosessioikeudellisen perustutkimuksen tehtävänä on siten etsiä ja osoittaa ne yhteiskunnallisten konfliktien ratkaisumallit, jotka tämän päivän oikeudenkäyntejä paremmin takaisivat yhteiskunnallisen oikeudenmukaisuuden optimaalisen elin- ja elämäntason puitteissa.[12]

Ominaista perustutkimukselle on myös sen ennakkoluulottomuus. Oikeustieteen osalta tämä merkitsee ennen kaikkea kriittisyyttä. On usein todettu, että eräs juristilta vaadittava ominaisuus on kyky itsenäiseen kriittiseen ajatteluun.[13] Oikeustieteellistä tutkimusta tekevän henkilön osalta tällainen kyky on menestyksellisen tutkimuksen perusedellytys. Oikeustieteellinen ajattelu edellyttää tutkijan kriittistä arviointia käytössään olevien tietojen paikkansapitävyydestä, viranomaisten päätöksentekoon liittyvän argumentaation ja johtopäätösten luotettavuudesta sekä näistä saatujen tietojen merkityksestä jonkin teorian tai teoreettisen mallin kannalta.[14]

Tutkijan on siten aina oltava myös arvostelija. Vapaan tutkimuksen merkitys ja yhteiskunnallinen funktio on juuri siinä, että sen perusteella asioita voidaan tarkastella poliittisesta vallankäytöstä riippumattomasti. Tutkijan asi-

---

[10] Esimerkkinä voidaan mainita Juha Lappalaisen väitöskirja *Vahingonkorvausvaatimuksesta rikosjutussa.* Prosessioikeudellinen tutkimus. Vammala 1986.

[11] Katso esim. *Makkonen,* m.t., ss. 11—12.

[12] Näin asetettuna prosessioikeuden päämäärää voidaan verrata kriminaalipolitiikalle asetettuun päämäärään. Katso esim. Lahti, Raimo, *Rikollisuudesta johtuvien kustannusten vähentämisestä ja jakamisesta.* Kriminaalipolitiikan tavoitteiden ja keinojen tarkastelua. Oikeustiede 1972: 1, Helsinki 1972 ss. 223—297.

[13] Koskinen, Pekka y.m., *Rikosoikeuden oikeustapausopas. Rättsfallsövningar i strafferätt.* Helsinki 1985, ss.1—2.

[14] *Ibidem.* s. 2.

antuntijaominaisuus ei siten perustu vain hänen tietoihinsa ja taitoihinsa vaan myös hänen ulkopuoliseen havainnoitsija-asemaansa.

Havainnointi edellyttää kuitenkin myös riittävää läheisyyttä tarkasteltavaan ilmiöön. Oikeustieteellistä perustutkimusta tekevän on oltava selvillä sillä hetkellä noudatettavasta oikeuskäytännöstä. Tutkimustaan varten hän saattaa tarvita viranomaisten käsittelemistä asioista sellaisiakin tietoja, jotka eivät ole julkisia.[15] Esimerkiksi esitutkintaa koskevan rikosprosessuaalisen tutkimuksen oleellisena aineistona voivat olla empiiriset tiedot poliisin erilaisista menettelytavoista tutkinnan eri vaiheissa, vaikka näitä tietoja sinänsä pidettäisiinkin virkasalaisuutena.

Oikeustieteellisen perustutkimuksen suorittamiseen liittyy siten tietty ristiriidan vaara tutkijan ja käytännön oikeuselämään osallistuvan päätöksentekijän välillä. Tarvitsemiaan tietoja tutkija voi saada vain kohdistamalla tutkimuksensa käytännön oikeuselämään osallistuviin, varsinkin päätöksentekijöihin ja heidän menettelytapoihinsa. Täyttääkseen tehtävänsä tutkija joutuu suhtautumaan kriittisesti kaikkeen havaitsemaansa. Usein hän joutuu oman tutkijan etiikkansa mukaisesti ankarasti arvostelemaan sellaistenkin päätöksentekijöiden toimintaa, joiden myötävaikutuksella hän on saanut tutkimusaineistonsa.

Arvostelun kohteeksi joutuneen, oikeuskäytäntöä edustavan viranomaisen mahdollinen ärtymys ja siitä johtuva kielteinen suhtautuminen tutkijaan ja hänen edustamaansa tutkimukseen on toki tällaisessa tilanteessa ymmärrettävää. Tämä ei kuitenkaan oikeuta suhtautumaan asiattomasti asialliseen tutkimukseen.[16] Olisi varsin valitettavaa, jos perustutkimuksen merkitystä oikeusjärjestelmän kehittämisessä aliarvioitaisiin lyhytnäköisten, välitöntä omaa hyötyä tavoittelevien kannanottojen perusteella.

Oikeustieteellisen perustutkimuksen merkitystä oikeusjärjestelmän kehittämisessä voidaan havainnollistaa seuraavalla esimerkillä: Yhteiskunnassa, jossa on radio, mutta jossa televisio ja nauhuri ovat edelleen tuntemattomia, harjoitetaan radion käyttöön liittyvää tutkimusta, mutta jostakin syystä vain sovellettua tutkimusta. Tutkimustulosten perusteella tiedetään tarkoin millaisel-

[15] Katso myös *Yhteiskuntatieteellisen tutkimuksen tietosuoja*. Suomen Akatemian julkaisuja 1/1987, Helsinki 1987, varsinkin s. 27.

[16] Vrt. Honkasalon toteamukseen, että »(t)ieteen ja käytännön välinen juopa on usein suurempi kuin sen tulisi olla paitsi sen vuoksi, että käytännölliset lakimiehet useinkin varsin puutteellisesti hallitsevat teoriaa, myöskin jonkinlaisen oppositioasenteen vuoksi, jonka monet heistä ovat omaksuneet tieteisoppia ja sen edustajia kohtaan. Sellainen asenne käytännön miesten ja teorian edustajien välillä ei ole harvinainen muidenkaan ammattikuntain keskuudessa». Alaviitteessä 2 m.t., s. 107.

la virityksellä kulloinkin lähetettävä ohjelma kuuluu parhaiten. Kuuntelemista aikaisemmin haitanneita häiriöitä voidaan nyt välttää ja tarjolla olevien ohjelmien kuunteleminen voi tapahtua hyvissä olosuhteissa.

Perustutkimuksen puuttuessa järjestelmää ei kuitenkaan osata kehittää. Vaikka radion kuuntelu on saatu tutkimuksen avulla miellyttävän häiriöttömäksi, on ohjelmatarjonta pysynyt ennallaan. Lisäksi lähetyksiä voi edelleenkin vain kuunnella. Tiedon ja taidon puutteen vuoksi esimerkkiyhteiskunnan radiosta ei milloinkaan kehity näköradiota.

Sovelletun prosessioikeudellisen tutkimuksen avulla voidaan nykyisiä oikeusoloja varmasti vielä kehittää. Oikeudenkäyntijärjestelmäämme voidaan muuttaa siten, että vältytään tänään esille tulevilta häiriöiltä. Sovelletun tutkimuksen osalta tilanne onkin Suomessa tyydyttävä. Maassamme on tehty joukko hyvätasoisia prosessioikeudellisia tutkimuksia, joskaan ei toivottavassa määrin.

Prosessioikeudellisen perustutkimuksen osalta tilanne on heikompi ja huolestuttavampi. Pitempää toteuttamisaikaa ja enemmän voimavaroja vaativia prosessioikeudellisia tutkimushankkeita ei tarjolla olevilla resursseilla ole pystytty toteuttamaan. Perustellusti voidaan epäillä prosessioikeuden tutkijoiden tämänhetkistä valmiutta vastata lainkäytön kehittämistarpeiden kaikkiin haasteisiin.[17] Mikäli prosessioikeudellista perustutkimusta ei pystytä meillä kehittämään, saattaa oikeusjärjestelmämme jäädä tarjolla oleviin kehittämismahdollisuuksiin verrattuna yhtä kehittymättömään tilaan kuin esimerkin radiomaa verrattuna tämän päivän elektroniikkateollisuuden huippuvaltioihin.

Kotimaisten tutkimustulosten puuttuessa en voi nojata tässäkään kirjoituksessa vain Suomessa suoritettuun tutkimukseen. Usein joudun tyytymään siihen, että osoitan mahdollisen tutkimustarpeen ja muotoilen tällaisen tutkimuksen kysymyksen asettelun, käyttäen tällöin usein apuna oikeusvertailevaa aineistoa.

3. Syyttäjäntoiminta yliopistollisen rikosprosessioikeuden opetuksen kohteena

Kuten tunnettua, on oikeustieteellisen korkeakouluopetuksen osalta Suomessa omaksuttu järjestelmä, jossa prosessioikeus muodostaa oman itsenäi-

[17] Näin siitä huolimatta, että viime vuosien aikana Suomessa on julkaistu useita varsin hyvätasoisia prosessioikeudellisia tutkimuksia. Niistä on syytä mainita varsinkin Juha Lappalaisen alaviitteessä 10 mainittu väitöskirja sekä Jyrki Virolaisen laaja tutkimus, *Materiaalinen prosessinjohto.* Helsinki 1988.

sen aineensa. Tähän aineeseen kuuluu sekä siviiliprosessioikeus että rikosprosessioikeus kokonaisuudessaan.

Tätä järjestelmää on yleensä pidetty hyvänä. Oikeustieteellisiä opintoja 1970-luvulla uudistettaessa vastustettiin siten jyrkästi ehdotusta, jonka mukaan prosessioikeuden opetus pääosiltaan olisi sisällytetty samaan opetuskokonaisuuteen kuin vastaavan aineellisen oikeusalan opetus. Valittua ratkaisua voidaan perustella vakuuttavin argumentein.[18] Vahvimpana perusteluna on eittämättä se, että yhtenäinen prosessioikeuden opetus heijastaa Suomen voimassa olevaa oikeuslaitosta ja oikeuskäyntijärjestelmää. Samat yleiset tuomioistuimethan käsittelevät maassamme samassa kokoonpanossa sekä siviilijuttuja että rikosasioita pitkälti samoja menettelysääntöjä noudattaen.

Prosessioikeuden opettaminen yhtenä kokonaisuutena, erillään aineellisen oikeuden opetuksesta, aiheuttaa kuitenkin myös eräitä haittoja. Valittu ratkaisu on omiaan turhan jyrkästi korostamaan aineellisen oikeuden ja muodollisen oikeuden välistä eroa. Käsittääkseni prosessioikeuden yleisten oppien laiminlyöminen prosessioikeuden tutkimuksessa ja opetuksessa johtuukin siitä, että yleisillä opeilla on virheellisesti katsottu olevan merkitystä vain aineellisen oikeuden puolella.[19]

Siviiliprosessin ja rikosprosessin sisällyttäminen yhteen opetuskokonaisuuteen, erilleen vastaavasta aineellisen oikeusalan opetuksesta, on myös aiheuttanut tiettyä vinoutumaa näiden eri prosessioikeudenalojen välillä rikosprosessioikeuden haitaksi. Suomessa on siviilioikeudella ollut perinteisesti pääpaino prosessioikeuden opetuksessa ja tutkimuksessa.[20] Prosessioikeustieteen kehittäminen on yleensä tapahtunut siviiliprosessin pohjalta. Seurauksena tästä on ollut rikosprosessin erityisluonteen aliarvioiminen ja riittämättömän huomion kiinnittäminen rikosprosessuaalisiin erityiskysymyksiin. Ratkaisu huomattavaan osaan näistä erityiskysymyksistä on löydettävissä ainoastaan sellaisen kokonaisarvioinnin perusteella, jossa riittävä huomio kiinnitetään myös aineelliseen

---

[18] Katso myös Ellilä, Tauno, *Rikosoikeus ja rikosprosessioikeus*. LM 1962, ss. 498—515.

[19] Katso myös Träskman, P. O., *Lakimies 1983*, s. 406—410 (arvostelu Juhani Walamiehen väitöskirjasta Tuomioistuimen yleistoimivalta siviiliprosessissa. Tutkimus tuomioistuimen kansainvälisestä toimivallasta prosessinedellytyksenä ja ulkomaisen tuomion tunnustamisen edellytyksenä, Vammala 1983).

[20] Tämän totesi tavallaan myös Honkasalo. Muistelmissaan hän mainitsee merkittävinä prosessioikeuden tutkijoina R. A. Wreden, Otto Hj. Granfeltin, Bertil Sjöströmin, Tauno Tirkkosen ja Tauno Ellilän. Näistä vain Granfelt oli samalla aineellisen rikosoikeuden tutkija. Alaviitteessä 2 m.t., ss. 102—105.

rikosoikeuteen. Esimerkkinä tällaisesta mainittakoon todistelukysymykset rikosprosessin eri vaiheissa.[21]

Mikäli huomiota kiinnitetään vain rikosprosessioikeuden opetuksen erityistarpeisiin, olisikin se tarkoituksenmukaisemmin järjestettävissä siten, että se olisi eriytyneempi ja muusta prosessioikeuden opetuksesta nykyistä itsenäisempi opetusala. Kytkemällä rikosprosessioikeuden opetus lähemmin rikosoikeuden ja muiden kriminaalitieteiden opetukseen, voitaisiin luoda sellainen opetuskokonaisuus, joka olisi eduksi maamme rikosoikeudelliselle kontrollipolitiikalle ja oikeudenhoidolle.

Rikosprosessin toissijaisuuden vuoksi syyttäjäntoimintaa ei käsitellä kovinkaan laajasti korkeakouluissa annettavassa prosessioikeuden opetuksessa. Oikeustieteen kandidaatin virkatutkinto-luonteen mukaisesti opiskelijoille on kuitenkin pyrittävä antamaan sellaista opetusta, joka teoriassa antaa heille valmiuden toimia syyttäjänäkin. Tämä vaatimus korostuu varsin monen oikeustieteen opiskelijan saadessa ensikosketuksensa käytännön oikeuselämään ollessaan nimismiehen viransijaisena.

Oikeustieteen kandidaatin tutkinto on kuitenkin yleistutkinto. Tutkintoon johtavaa opetusta ei tästä syystä voida suunnitella siten, että sillä täysin tyydytettäisiin jonkin virka- tai ammattikunnan, esimerkiksi juuri syyttäjien, tiedon ja taidon tarpeet. Opetuksessa on pikemminkin pyrittävä antamaan sellaista tietoja ja kehittämään sellaisia valmiuksia, joilla on yleisluontoista merkitystä juristin ammatissa. Opetuksessa tulisi siten pyrkiä hahmottamaan kaikkien rikollisuuden kontrollia suorittavien eri viranomaisten (ja niistä yhtenä syyttäjien) asemaa kontrollipolitiikan toteuttamisessa sekä näiden eri viranomaisten toimintaa koskevia periaatteita ja yleissääntöjä.

Syyttäjäntoimintaa koskevassa oikeustieteellisessä opetuksessa ja tutkimuksessa on nähdäkseni neljä painopistealuetta:

a) syyttäjä kriminaali- (kontrolli-) poliittisena päätöksentekijänä,
b) syyttäjäntoimintaa koskevat yleiset periaatteet,
c) syyteharkintaa, syytettä koskevien päätösten muotoilu, niiden perusteleminen ja päätösten oikeudelliset vaikutukset sekä
d) syyttäjä rikosasian lopullisena ratkaisijana.

---

[21] Katso myös Träskman, P. O., *Miksi minun on todistettava, etten ole »sellainen nainen»? Todistusteemana maatun naisen tahto.* Rikosoikeudellisia kirjoitelmia V. Sylvi Inkeri Anttilalle 29. 11. 1986 omistettu. Vammala 1986, ss. 315—346.

4. Syyttäjä kriminaalipoliittisena päätöksentekijänä

Aina 1960-luvulta lähtien on Suomessa käyty vilkasta keskustelua kriminaalipolitiikasta. On esitetty erilaisia käsityksiä siitä, mitä kriminaalipolitiikalla tarkoitetaan, mikä on asetettava kriminaalipolitiikan päämääräksi, mitkä ovat tämän päämäärän saavuttamiseksi käytettävinä olevat keinot ja ketkä ovat kriminaalipolitiikan päätöksentekijöitä.[22]

Keskustelu ei ole johtanut yksimielisyyteen. Tosin eräistä kysymyksistä, kuten rangaistusjärjestelmän rakentamisesta ensisijaisesti rangaistuksen yleisestävyyden varaan, vallitsee suuri yhteisymmärrys. Sensijaan näkemykset kriminaalipolitiikan merkityssisällöstä, sen päämäärästä, kriminaalipoliittisista päätöksentekijöistä ja kunkin päätöksentekijän asemasta suhteessa toisiin päätöksentekijöihin vaihtelevat. Nämä erimielisyydet heijastuvat myös niissä käsityksissä, joita on esitetty syyttäjistä kriminaalipoliittisina päätöksentekijöinä.

Erilaiset katsantokannat ovat johtaneet siihen, että syyttäjän asemaa on arvioitu eri tavoin. Jotkut ovat katsoneet, ettei syyttäjällä ole *itsenäistä* kriminaalipoliittista *valtaa*, vaan he toimivat muiden apureina. Toiset taas ovat katsoneet, että syyttäjät ovat *avainasemassa* sovellutustasolla tapahtuvan kriminaalipoliittisen kontrollin osalta.[23]

Oikean käsityksen saamiseksi syyttäjästä kriminaalipoliittisena päätöksentekijänä on syyttäjän asemaa tarkasteltava suhteessa muihin kontrollielimiin ja henkilöihin, joilla on kriminaalipoliittista valtaa. Syyttäjää on siten tarkaskasteltava suhteessa *poliisiin ja tuomioistuinlaitokseen,* suhteessa muihin *syyttäjiin* ja suhteessa *asianomistajaan.*

Organisatorisesti syyttäjälaitos voidaan järjestää varsin monella tavalla. Kansainvälisen vertailun perusteella voidaan havaita, että syyttäjät toisinaan kuuluvat poliisiorganisaatioon ja toisinaan tuomioistuinorganisaatioon.[24] Parhaimpana ratkaisuna pidetään yleensä, että syyttäjälaitos on täysin itsenäinen, muista oikeudenhoitoon osallistuvista elimistä riippumaton organisaatio. Eri valtioissa on omaksuttu erilaisia muunnelmia näistä perusratkaisuista.[25]

[22] Katso myös Frände, Dan, *Straffrättsdogmatik och kriminalpolitik.* Oikeustiede XVIII 1985, ss. 23—32.

[23] Itse kuulun jälkimmäisiin. Katso tarkemmin Träskman, P. O., *Åtalsrätt.* De offentliga åklagarna, deras behörighet och uppgifter enligt gällande finsk rätt. Helsingfors 1980, varsinkin ss. 11—19.

[24] Katso tarkemmin OLJ 11/1974, Erik Svinhufvud, Martti Jaatinen, Erkki J. Korhonen, Björn Nybergh, Helge Rontu, Kari Sinisalo, Jan Törnqvist, *Syyttäjälaitoksen uudistaminen.* Helsinki 1974.

[25] Katso näistä esim. Tak, Peter J. P., *The legal scope of non-prosecution in Europe.* HEUNI Publication Series No. 8, Helsinki 1986.

Suomen nykyinen syyttäjälaitos on hyvin hajanainen ja eräiltä osin selvästi puutteellinen. On tuskin väärin väittää syyttäjälaitoksen uudelleen järjestämisen olevan yksi rikosoikeudenhoidon uudistamista koskevista päätehtävistä. Tässä uudistuksessa joudutaan jälleen ottamaan kantaa siihen, minkälaisen organisatorisen mallin mukaan syyttäjälaitos meillä tulisi järjestää.

Syyttäjälaitoksen uudelleen organisointi on Suomessa ollut vireillä koko tämän vuosisadan ajan. Vuonna 1895 julkaisi professori Rabbe Axel Wrede kirjoituksen *Toimenpiteistä syyttäjälaitoksen parantamiseksi.*[26] Tässä kirjoituksessa hän katsoi, että vakavimpia puutteita maamme rikosasiain oikeudenkäynnissä on se, ettei maassamme ole erillistä, riippumatonta syyttäjälaitosta.

Tämän jälkeen on tällaisen syyttäjälaitoksen luomista ehdotettu lukuisissa mietinnöissä.[27] Ensimmäinen näistä oli juuri R. A. Wreden johdolla toimineen oikeudenkäyntilaitoksen kokonaisuudistusta valmistaneen komitean vuosisadan vaihteessa jättämä mietintö.[28] Viimeisimmät syyttäjälaitosta koskevat varsinaiset mietinnöt ovat oikeusministeriön asettaman syyttäjälaitoksen uudistamistyöryhmän mietintö vuodelta 1974 ja vuonna 1978 jätetty oikeushallintokomitean mietintö.[29] Uusimmat tätä asiaa koskevat suunnitelmat perustuvat sisäasiainministeriön ja oikeusministeriön välisiin neuvotteluihin, josta on laadittu muistio.[30]

On mielenkiintoista havaita, että erillisen, riippumattoman syyttäjälaitoksen aikaansaaminen maahamme on ollut kantavana ajatuksena kaikissa syyttäjäntoimintaa koskevissa uudistusehdotuksissa. Tästä huolimatta näitä ehdotuksia ei ole toteutettu. Mikä on sitten ollut syynä ehdotusten huonolle menestykselle?

Välittömästi vaikuttavina ovat ilmeisesti olleet poliittiset ja taloudelliset syyt. Ottaen huomioon syyttäjälaitoksen uudistuksen vaatimat resurssit, eivät poliittiset päätöksentekijät ole pitäneet sen uudistamista niin tärkeänä, että se olisi toteutettu. Asiaan on mahdollisesti myös vaikuttanut se, että ne henkilöryhmät (syyttäjät), joita uudistus ensisijaisesti koskee, ovat tietyllä tavalla vastus-

---

[26] Wrede, R. A., *Angående åtgärder för åklagareväsendets förbättrande.* JFT 1895, ss. 152—160.

[27] Katso näistä Träskman, alaviitteessä 23 m.t., ss. 103—109.

[28] Ehdotukset oikeudenkäyntilaitoksen uudistukseksi. Laatinut sitä varten asetettu komitea. I. Ehdotus Tuomioistuinlaiksi ynnä perustelmat. Helsinki 1901. III. Ehdotus laiksi rikosasiain oikeudenkäynnistä ynnä perustelmat. Helsinki 1901.

[29] Katso alaviitteessä 24 m.t. sekä *Kom.miet. 1978: 35.* (Oikeushallintokomitean mietintö, osat I ja III).

[30] Muistiosta tehdään selkoa Oikeusministeriön julkaisussa OHOI 3/1989, ss. 8—10.

taneet muutosehdotuksia.[31] Myös tutkimustulosten puuttuminen saattaa olla syynä uudistuksen viivästymiselle. Kun eri organisaatiovaihtoehtojen oikeuspoliittisista vaikutuksista ei ole olemassa tutkimukseen perustuvaa tietoa, ei tiettyä ratkaisua voida tutkimustiedoin perustella.[32]

Suomen syyttäjälaitos ei ole dynaaminen, uusiin tilanteisiin ja tehtäviin nopeasti mukautuva. Syyttäjien ei ole mahdollista reagoida rikollisuustilanteessa tapahtuviin muutoksiin sellaisella nopeudella ja järjestelmällisyydellä, jollaista tarkoituksenmukainen rikosten torjunta edellyttäisi. Esimerkiksi talousrikokset ja ympäristörikokset ovat aiheuttaneet syyttäjille sellaisia uusia ongelmia, joita aina ei ole pystytty hallitsemaan edes välttävästi.

Osasyynä tähän on varmasti syyttäjälaitoksen hajanaisuus. Hiukan kärjistäen voidaan sanoa, että Suomen ainoa »ammattisyyttäjä» on kaupunginviskaali, koska kaikki muut syyttäjät hoitavat syyttäjän tehtäviään muitten tehtäviensä ohella.[33] Eri tasolla olevien syyttäjien välisen toimivallanjaon tarkoituksenmukaisuus riippuu huomattavassa määrin siitä, miten aktiivisesti ylempi syyttäjä pystyy seuraamaan ja puuttumaan alempien syyttäjien toimintaan. Ylemmille syyttäjille kuuluvan devoluutio-oikeuden ja substituutio-oikeuden tarkoituksenmukainen käyttö edellyttää, että ylemmät syyttäjät jatkuvasti varsin tarkoin seuraavat alisyyttäjien toimintaa yksittäistapaustenkin osalta. Päätoimisten ylisyyttäjien ja erityisen valtakunnan syyttäjän puuttumisen vuoksi ei tällaiseen maassamme ole ollut käytännössä mahdollisuuksia. Vuonna 1985 toteutettu poliisitarkastajien syyttäjäntehtävien täsmentäminen oli tältä osin selvä parannus aikaisempaan.[34] Tämän lainmuutoksen merkitystä olisi syytä seurata tutkimuksinkin rikostorjunnan tehokkuuden, asianomistajan ja syytetyn oikeussuojan sekä oikeusvarmuuden kannalta.

On toisinaan väitetty, että rikoslainsäädäntöä ja rikosprosessilainsäädäntöä uudistettaessa on asianomistaja/uhri kokonaan unohdettu.[35] On jopa väitetty, että suurin kriminaalipoliittinen ongelma Suomessa olisi se, ettei rikoksen uhri pääse oikeuksiinsa.

---

[31] Katso myös Träskman alaviitteessä 23 m.t., ss. 108—109.

[32] Ulkomaisia, riippumatonta syyttäjälaitosta puoltavia tutkimuksia on kylläkin olemassa. Tällaisena voidaan mainita *Royal Commission on Criminal Procedure Report*. London 1981 (varsinkin luvut 6 ja 7), sekä *An Independent Prosecution Service for England and Wales* (Home Office 1983). Katso myös Sanders, Andrew, An independent Crown Prosecution Service. The Criminal Law Review 1986, ss. 16—17.

[33] Myös Ahvenanmaan maakuntasyyttäjä toimii päätoimisesti syyttäjänä.

[34] Asetus poliisitarkastajasta lääninsyyttäjänä 23. 8. 1985/736.

[35] Katso Anttila Inkeri, *Onko asianomistaja unohdettu?* Juhlajulkaisu Tauno Tirkkosen 70-vuotispäivänä 2. 8. 1968. Helsinki 1968, ss. 31—43.

Näihin väitteisiin olen itse valmis yhtymään vain osittain. Rikosvahinkojen korvausjärjestelmää on ilmeisesti syytä edelleen kehittää siten, että uhrille aina taattaisiin täysi korvaus hänen kärsimästään vahingosta siitä riippumatta, onko rikoksentekijällä kyky suorittaa tällaista korvausta. Sitä vastoin asianomistajan prosessioikeudellinen asema on Suomessa aika vahva. Oikeusvertailu osoittaa, että ensisijaisen syyteoikeuden antaminen asianomistajalle virallisen syytteenkin alaisten rikosten osalta on hyvin harvinaista.[36] Voidaankin kysyä, onko tällainen, historiallista perua oleva syytejärjestely edelleen tarkoituksenmukainen tai edes asianomistajan edun mukainen. Asianomistajankin kannalta voidaan hyvin pitää syytteen omaa ajamista helpompana ja turvallisempana sellaista järjestelmää, jossa hänelle on myönnetty oikeus hakea muutosta ylemmältä syyttäjältä syyttäjän päätökseen olla syyttämättä häntä koskevassa rikosasiassa.[37]

Rikoslain kokonaisuudistuksen yhteydessä on myös keskusteltu asianomistajarikosten lukumäärän lisäämisestä. On ehdotettu, että jotkut sellaiset lievemmät rikokset, kuten näpistys ja lievä petos, muutettaisiin asianomistajarikoksiksi.[38] Näitä ehdotuksia on perusteltu lähinnä prosessitaloudellisin syin. Asianomistajan on sanottu parhaiten pystyvän arvioimaan, onko tietty rikos ollut niin vakava, että virallisten kontrollikeinojen käyttö on tarpeen. Näitä ehdotuksia on myös vastustettu viittaamalla mm. yleisestäviin näkökohtiin ja niihin väärinkäyttömahdollisuuksiin, jotka saattavat liittyä tällaiseen laajennukseen.[39]

Rikosten, varsinkin ns. massarikosten lukumäärän jatkuva nousu antaa myös aiheen kiinnittää huomiota prosessitaloudellisiin näkökohtiin. Koska kaikkia rikoksia todellisuudessa ei voida käsitellä varsinaisessa rikosoikeudenkäynnissä, on jonkinlainen lajittelu ja valikoiminen hyväksyttävä. Ne summaariset menettelyt, joita on otettu käyttöön, ovat yleensä oikeusvarmuudenkin kannalta riittäviä lievempien rikosten oikeuskäsittelyä varten. Lisäkarsinta käsiteltäväksi otettavien rikosasioiden osalta on kuitenkin vielä syytä hyväksyä. Tämä voi parhaiten tapahtua asettamalla koko nykyinen syyttämisjärjestelmä kysymyksen alaiseksi. Onko voimassa oleva järjestelmä, joka perustuu ns. eh-

[36] Katso eri Pohjoismaiden osalta Träskman, P. O., *Målsägandens rätt att besluta om åtal och lagföring*. Rapport från kontaktseminariet i Esbo, Finland 1987. Nordiska samarbetsrådet för kriminologi, ss. 38—52.

[37] Esimerkkinä tällaisesta järjestelmästä voidaan mainita Saksan Liittotasavalta. Katso StPO 171, 172 ja 175 §§, sekä Kühne, Hans Heiner, *Strafprozesslehre. Eine Einführung*. 2. Auflage 1982, ss. 78—88.

[38] Katso tästä keskustelusta myös Träskman, alaviitteessä 36 m.t.

[39] *Ibidem*, ss. 42—47.

dottomaan syytepakkoon (ns. legaliteettiperiaate) edelleen tarkoituksenmukaisin järjestelmä, vai olisiko ehdolliseen syytepakkoon (ns. opportuniteettiperiaatteeseen) perustuva järjestelmä parempi.

Rikosprosessin osalta Pohjoismaat voidaa jakaa kahteen suureen ryhmään. On toisaalta länsipohjoismainen järjestelmä, johon kuuluvat Islanti, Norja ja Tanska, ja toisaalta itäpohjoismainen järjestelmä, johon Ruotsi ja Suomi kuuluvat.[40] Vaikka ero näiden järjestelmien välillä on ajan mittaan käytännössä vähentynyt, voisi oikeusvertaileva tutkimus tästäkin aiheesta antaa mielenkiintoisia tuloksia mahdollisia uudistuksia ajatellen.

Suomen lainsäädäntöön ei sisälly asianomistajan määritelmää, vaan käsitteen muotoutuminen on ollut oikeusteorian ja käytännön varassa.[41] Asianomistajan määritteleminen on osoittautunut ongelmalliseksi joidenkin rikosryhmien, kuten konkurssirikosten osalta.[42] Hyväksymällä tietty joustavuus on näistä ongelmista käytännössä selviydytty tyydyttävästi.

Uudet rangaistussäännökset ja niissä tarkoitetut uudet rikosryhmät ovat kuitenkin aktualisoineet asianomistajan määrittelemiseen liittyvät ongelmat uudessa muodossa. Onko sellaisten kollektiivisia etuuksia suojaavien rangaistussäännösten osalta, joissa kantajana on valtio, tarkoituksenmukaista myöntää asianomistajalle kuuluva puhevalta jollekin tietylle valtion elimelle. Ei ole myöskään selvää, mikä on oikea elin tätä asianomistajan oikeutta käyttämään. Käytännössä puhevalta on myönnetty erilaisille näennäisasianomistajille.[43] Tässä on toisinaan menty turhan pitkälle, myöntämällä puhevalta eri erikoisviranomaisille sellaisissakin tilanteissa, joissa valtion intressejä olisi riittävästi voitu valvoa pelkästään syyttäjän puhevaltaa käyttämällä. Asianomistajan määrittelemistä koskevaa tutkimusta ja keskustelua on syytä edelleen jatkaa ja kehittää.

---

[40] Katso myös Träskman, P. O., *La phase décisoire du proces pénal en droit comparé.* Revue international de droit pénal. 1986, ss. 758—761. Katso myös Damaska, Mirjan, *Structures of Authority and Comparative Criminal Procedure,* Yale Law Journal 1975, varsinkin ss. 502—506 ja 517—520 sekä Weigend, Thomas, *Anklagepflicht und Ermessen.* Die Stellung des Staatsanwalts zwischen Legalitäts- und Opportunitätsprinzip nach deutschen und amerikanischen Recht. Baden-Baden 1978.

[41] Tämän totesi jo Honkasalo. Katso alaviitteessä 6 m.t. ss. 126—127.

[42] Katso tällaisista ongelmista, *ibidem,* ss. 128-136.

[43] Katso myös Frände, Dan, *Asianomistajasta ja näennäisasianomistajasta.* Rikosoikeudellisia kirjoitelmia V. Sylvi Inkeri Anttilalle 29. 11. 1986 omistettu. Vammala 1986, ss. 16—34.

5. Syyttäjän toimintaa koskevat yleiset periaatteet

Jokainen rikosoikeudenkäynti aiheutuu rikollisesta teosta. Syyttäjän tehtävänä on päättää mistä teoista on nostettava syyte sekä käyttää näitten tekojen osalta yhteiskunnan puhevaltaa rikosoikeudenkäynnissä. Syyttäjän toimintaan kuuluu siten syyteharkinnan suorittaminen, syytteen nostaminen, rangaistusvaatimuksen esittäminen oikeudessa ja tämän vaatimuksen hyväksymiselle vaadittavien todisteiden hankkiminen ja niiden esittäminen oikeudenkäynnin aikana.

Tärkein rikosasioiden oikeudenkäyntiin liittyvä vaatimus on oikeusvarmuuden vaatimus. Rikosoikeudenkäyntiin on aina liitettävä kaikki ne oikeusvarmuustakeet, jotka ovat välttämättömiä syyttömän tuomitsemisen estämiseksi. Rikosoikeudenkäynnin päähenkilö on siten rikoksesta syytetty. Sekä tuomioistuin että oikeudenkäyntiin osallistuvat muut osapuolet joutuvat myöntymään siihen, että rikoksesta syytetyllä on tiettyjä ehdottomia oikeuksia. Nämä oikeudet perustuvat osittain kansallisiin perusoikeuksiin, mutta ennenkaikkea kansainvälisiin ihmisoikeuksiin.[44]

Keskeinen merkitys on rikoksesta syytetyn oikeudella tulla käsitellyksi syyttömänä kunnes hänen syyllisyytensä on laillisesti vahvistettu. Tällä syyttömyysolettamalla on merkitystä myös syyttäjän toiminnan kannalta. Siihen perustuu vaatimus syyttäjän toiminnan objektiivisuudesta.[45] Syyttäjän työskentelyn johtavana päämääränä ei ole langettavaan tuomioon tai ankaraan rangaistukseen pyrkiminen vaan oikean ratkaisun ja oikeudenmukaisen rangaistuksen tavoitteleminen. Syyttäjän ehdottomana velvollisuutena on siten myös rikoksesta syytetyn henkilön oikeuksien turvaaminen.

Syyttömyysolettamaan perustuvien, syyttäjäänkin kohdistuvien velvoitteiden lähempi eritteleminen sekä näiden velvoitteiden yhdistäminen syyttämiseen liittyvään syytteen menestymisvaatimukseen on ongelmakenttä, joka kaipaa paljon tutkimusta ja keskustelua.

Kansainvälisessä oikeuspoliittisessa keskustelussa on viime aikoina otettu esille myös kysymys syyttäjän etiikasta.[46] Tätä keskustelua on syytä jatkaa. On

[44] Katso näistä tarkemmin Träskman, P. O., *Kansalaisoikeuksia ja poliittisia oikeuksia koskevan kansainvälisen yleissopimuksen rikos- ja prosessioikeutta koskevat normit.* Marjut Helminen ja K. J. Lång (toim.), Kansainväliset ihmisoikeudet. 2. uudistettu painos. Helsinki 1988, ss. 123—136, sekä OLJ 21/1988, Pellonpää, Matti, *Euroopan neuvoston ihmisoikeussopimus Suomen näkökulmasta.* Helsinki 1989.

[45] Syyttömyysolettamasta yleensä, katso Träskman, P. O., *Presumtionen om den för brott misstänktes oskyldighet.* Festskrift till Lars Welamson. Stockholm 1987, ss. 469—486.

[46] Katso Andenaes, Johs., *»God åklagarsed»* Förhandlingarna vid Det 31 nordiska ju-

sekä tarpeellista että tarkoituksenmukaista täydentää syyttäjiä koskevia oikeusnormeja eettisin normein. Päämääränä tulee olla sellaisten eettisten sääntöjen vahvistaminen, joiden noudattamatta jättäminen saisi aikaan paheksuntaa virkaveljienkin taholta, vaikka kyse ei olisikaan johonkin oikeudelliseen seuraamukseen mahdollisesti johtavasta virheestä. Eettisten sääntöjen sisältönä olisivat mm. vaatimukset oikeudenkäyntirehellisyydestä, käytössä olevan todistusaineiston avoimesta esille tuomisesta ja vastapuolen ihmisarvoisesta kohtelusta siitä riippumatta, mistä rikoksesta häntä syytetään.

6. Syyteharkinta, syytettä koskevien päätösten muotoilu, päätösten perusteleminen ja päätösten oikeudelliset vaikutukset

Viime vuosien aikana on Suomessa usein ollut syytä keskustella syytekynnyksestä. Eräissä arvovaltaisissakin puheenvuoroissa (kuten tasavallan presidentin Mauno Koiviston käyttämässä) on kiinnitetty huomiota syytteiden nostamiseen sellaisissa asioissa, joissa sitä jälkikäteisarvostelun perusteella on voitu pitää turhana. Vaikka empiiristä tutkimustietoa ei ole olemassa syyttäjien selvistä epäonnistumisista omissa syyteharkinnoissaan, on turhien syytteiden ongelmaan kiinnitettävä vakavaa huomiota. Tätä edellyttää jo huolenpito yleisön luottamuksesta oikeuslaitokseen; onhan moni kuuluvalla rummutuksella nostettu syyte päättynyt suurta julkista kohua herättäneeseen kaatumiseen.

Rikosprosessissa syytekynnys on aina matalampi kuin tuomitsemiskynnys.[47] Tämä merkitsee tietysti sitä, että syytteen hylkääminen eräissä tapauksissa sisältyy järjestelmään. Jos jokainen nostettu syyte johtaa langettavaan tuomioon, on syytä vakavasti epäillä, että järjestelmä on puutteellinen ja ettei oikeusvarmuusnäkökohtiin ole kiinnitetty riittävästi huomiota.

Mutta jos hylättyjen syytteiden määrä on merkittävä, on se myös osoitus riittämättömistä oikeusvarmuustakeista. Korjausta tilanteeseen voidaan saada aikaan joko nostamalla syytekynnystä taikka ottamalla käyttöön järjestelmä, jossa syytteen asiallisuus voidaan tarkistaa jo ennen varsinaista oikeudenkäyntiä. Näistä molemmista keinoista tulisi keskustella Suomessa.

Syytteen nostamisen edellytyksenä meillä on, että syytteen tueksi voidaan esittää »todennäköisiä syitä». Yleensä tämän katsotaan tarkoittavan, että pi-

ristmötet i Helsingfors 19—21 augusti 1987. Utgivna av lokalstyrelsen för Finland. Vammala 1987, ss. 57—70.

[47] Syytteen nostamiseen riittää »todennäköiset syyt». Tuomitsemisen edellytyksenä on sitä vastoin aina »täysi näyttö».

tää olla todennäköisempää, että epäilty on syyllinen kuin se, että hän osoittautuu syyttömäksi.[48]

Eräissä muissa valtioissa syytekynnys on asetettu tätä korkeammalle. Esimerkkinä tästä on Ruotsi, jossa syytteen nostamisen edellytyksenä on, että sen tueksi voidaan esittää »riittäviä syitä». Syyteharkintaan on tällöin liitetty nimenomainen vaatimus arvioida syytteen menestymismahdollisuudet niin suuriksi, että syytteen hyväksymistä voidaan pitää jokseenkin varmana.[49]

Syytekynnyksen nostamista Ruotsin tasolle on ehdotettu Suomessakin.[50] Tämä olisi hyvin perusteltavissa viittaamalla sekä oikeusvarmuus- että prosessitaloudellisiin näkökohtiin. Rikoksesta epäillyn henkilön edun mukaista on tietysti oikeudenkäynniltä välttyminen epäilyksen jäädessä niin heikoksi, ettei se voi johtaa langettavaan tuomioon. Tutkinnan lopettaminen syyteharkintaan aiheuttaa myös vähemmän kustannuksia ja kärsimyksiä kuin turhaksi osoittautuvan oikeudenkäynnin jatkaminen vapauttavaan tuomioon saakka. Korkeampi syytekynnys asettaa tavallaan syyttäjän entistä vastuullisempaan asemaan, koska hän joutuu suorittamaan osan siitä todistusharkinnasta, joka matalampaa kynnystä käytettäessä kuuluu tuomioistuimelle.

Oikeusvertailun avulla voidaan todeta, että monessa järjestelmässä on pyritty takaamaan syytteen asiallisuus sillä, että riittävien syyte-edellytysten käsillä olon tarkistaminen on tehty mahdolliseksi jo ennen varsinaista oikeudenkäyntiä. Tämä mahdollisuus on yleensä toteutettu siten, että rikoksesta epäillylle on annettu mahdollisuus alistaa syytepäätös ylemmän syyttäjän tutkittavaksi.[51] Syytepäätöksen asiallisuus on eräissä järjestelmissä pyritty takaamaan myös sillä, että päätöksenteko on uskottu erityiselimelle, jonka ainoana tehtävänä on juuri tämä.[52]

Syytetyn oikeusturvan kannalta tällaista ratkaisua voidaan pitää hyvänä. Syyttäjälaitoksen uudistamisen yhteydessä olisikin syytä toteuttaa järjestelmä,

---

[48] Katso myös Hallituksen esitys 14/1985, ss. 16—17 sekä Helminen, Klaus y.m., *Uusi esitutkintalainsäädäntö*, Helsinki 1988, ss. 331—333.

[49] Bolding, Per Olof, *Går det att bevisa?* Perspektiv på domstolsprocessen. Stockholm 1989, ss. 50—128.

[50] Katso tästä Träskman, alaviitteessä 23 m.t., ss. 227—232.

[51] Vertaa alaviite 37 ja siinä mainitut lähteet.

[52] Tällaisina järjestelyinä voidaan mainita tutkintatuomarijärjestelmää. Katso tästä Romeu, A, *Le Juge d'Instruction. Son utilité, ses fonctions, son role, sa compétence, son autorité.* Angouleme 1975, ja Piqueres, Gérard, *Traité de procédure pénale Bernoise et Jurassienne.* Neuchatel 1983. Toisena järjestelmänä on ns. Grand Jury. Katso Jones, David A., *The Law of Criminal Procedure,* Boston, Toronto, 1981, ss. 266—275.

jossa syytetyllä (tietyillä edellytyksillä) on oikeus hakea muutosta nostettuun syytteeseen ylemmältä syyttäjältä. Muitakin vastaavia järjestelyjä voidaan harkita, vaikka ne eittämättä vaikuttavat jokseenkin vierailta Suomen järjestelmän kannalta.

Aiheellisesti on juristin vastuun todettu olevan ensisijaisesti perusteluvastuuta. Jokaista oikeudellista ratkaisua on perusteltava siten, ettei päätöksen oikeellisuudesta jää epäselvyyttä. Mikäli hyvän juristin kriteeriksi asetetaan, että hänen päätöksensä ovat hyvin perusteltuja, joutuu toteamaan, ettei syyttäjä usein täytä tätä juristille asetettua vaatimusta. Vaikka syyttäjäkoulutuksessa ja syyttäjille annetuissa yleisohjeissa korostetaankin syytteen yksilöinnin merkitystä,[53] voi käytännöstä edelleen vaivatta löytää hyvin heikkoja syytekirjelmiä. Lienee harvinaista, että syyttäjä syytekirjelmässään perustelee syytepäätöstään. Syytetyn kannalta katsottuna voidaan hyvin edellyttää syyttäjän perustelevan eri syytekohtia edes jollakin tavoin viittaamalla sekä sovellettavaan rikossäännökseen että asian todistusaineistoon. Tutustuttaessa nykyiseen oikeuskäytäntöön ei voi välttyä ajatukselta, että puutteellisesta syytteestä seuraavia oikeusvaikutuksia tulisi tehostaa syytetyn hyväksi.

Oikeusvarmuuden kannalta on ongelmallista, että syyte oikeudenkäynnin aikana »elää». Rikosoikeudenkäynnissäkin tulisi päästä siihen, että syyte kaikilta pääkohdiltaan pysyy muuttumattomana koko oikeudenkäynnin ajan. Eräänä syynä nykytilanteeseen on ilmeisesti se, ettei rikosoikeudenkäynnissä läsnä olevaan henkilöön kohdistettu syyte vaadi edeltävää haastetta. Tämä tekee mahdolliseksi käytännössä sen, että uusia syytekohtia voidaan lisätä aikaisempaan syytteeseen sen mukaan kuin uutta aineistoa oikeudenkäynnin aikana ilmenee. Vaikka alkuperäinen syyte sellaisenaan olisi ollut vailla menestymismahdollisuuksia, voi lopputuloksena olla langettava tuomio, koska tutkinta oikeudessa on tuottanut sellaista aineistoa, joka on tehnyt mahdolliseksi menestyvän syytteen esittämisen.

Oikeusvarmuuden kannalta kyseinen säännös (OK 11: 22, 1 in fine) on varsin epätyydyttävä. Hyvällä syyllä voidaan lisäksi katsoa, ettei säännös ole sopusoinnussa niiden kansainvälisten ihmisoikeusnormien kanssa, jotka edellyttävät rikoksesta syytetylle aina suotavaa, tosiasiallista mahdollisuutta saada järjestää oma puolustuksensa hyvissä ajoin ennen syytteeseen vastaamista. Tämän vuoksi voidaan katsoa, ettei säännöstä enää voida soveltaa sellaisenaan.[54]

---

[53] *Oikeuskanslerin ohjeita syyttäjille 1986.* Helsinki 1986, ss. 2—5.

[54] Träskman, alaviitteessä 44 m.t., ss. 133—134.

7. Syyttäjän uudet roolit

Rangaistusseuraamusten osalta eletään tällä hetkellä köyhyyden aikaa. Yleisesti tunnustetaan, etteivät käytössä olevat seuraamukset tarjoa riittävästi vaihtoehtoja, mutta samalla joudutaan toteamaan, ettei käyttökelpoisia vaihtoehtoja esimerkiksi vankeusrangaistukselle ole helppo löytää. Uusien rangaistusseuraamusten käyttöönottaminen vaikuttaa kuitenkin tällä hetkellä välttämättömältä jo sillä perusteella, että kehityskelvottomaksi koettu järjestelmä menettää uskottavuutensa.

Uusia seuraamuksia suunniteltaessa tulevat pohdittaviksi myös sellaiset seuraamukset, joiden käyttämisestä syyttäjä lopullisesti päättää. Syyttämättä jättämisen muuttaminen rangaistusvaroitukseksi voisi olla näistä yksi esimerkki. Toinen mahdollinen seuraamus, jonka olemassaolosta jälleen saa tietoa oikeusvertailun avulla, on »ehdollinen syyttämättäjättäminen». Syyttäjälle on tässä tapauksessa annettu valta päättää, ettei syytettä nosteta rikoksesta vielä, vaan syyttäminen jää riippumaan rikokseen syyllistyneen käytöksestä vahvistetun koeajan aikana. Seuraamukseen saattaa liittyä valvontakin.[55]

Viime vuosina on Suomessa kokeilunluonteisesti sovellettu aktiivista sovittelua rikoksentekijän ja asianomistajan välillä. Tästä saatuja tuloksia ei vielä ole esitetty siten, että niiden perusteella olisi mahdollista tehdä johtopäätöksiä tulevaisuutta ajatellen. Sovittelujärjestelmän laajempi käyttö toisi kuitenkin uusia tehtäviä myös syyttäjille. Sovittelujärjestelmähän edellyttää, mikäli se ei koske pelkästään asianomistajarikoksia, että siihen kytketään myös päätös syyttämättäjättämisestä. Sovittelujärjestelmässä syyttäjästä siten helposti tulee onnistuneen sovittelun kummi.

Syyttäjän mahdolliset uudet tehtävät voivat merkitä huomattavaa muutosta syyttäjän rooliin. Kun syyttäjä tällä hetkellä varsinaisessa oikeudenkäynnissä on ennen kaikkea syytetyn vastapuoli, saattavat uudet tehtävät saada aikaan sen, että syyttäjästä ensisijaisesti tulee tuomari. Tällaiseen kehitykseen ei liity pelkästään myönteisiä piirteitä. Kun syyttäminen ja tuomitseminen kuuluvat samalle henkilölle, objektiivisuuden säilyttäminen on vaikeata.[56]

---

[55] Tällainen mahdollisuus on Puolassa (»Bedingte Einstellung des Verfahrens», Puolan rikoslaki, luku IV, art. 27—29).

[56] Honkasalo korostaa muistelmissaan toistuvasti objektiivisuuden vaatimusta. Tuomarin suurimpana heikkoutena hän piti sitä, »että hänellä jo asiaa käsittelemään ryhtyessään on ennakkokäsitys siitä».

Hätävarjelun ja rikoslainsäädännön luonne

Oikeustieteen kandidaatti *Timo Tuovinen*

Rikoslain täyttäessä sata vuotta on hyvä syy palauttaa mieliin J. Ph. Palménin esitys rikoslainsäädännön ja yhteiskunnan kehitystason välisestä suhteesta.[1] Palmén korosti, että lainsäätäjän ongelmana on vaikeus sovittaa yhteen kriminaalipoliittiset vaatimukset, kansan luonne, tavat ja koulutustaso. Yhteiskunnan muuttuessa rikosoikeuden säännökset vanhentuvat nopeammin kuin muiden oikeuden alojen normit. Siitä huolimatta rikoslain säännöksiä on tulkittava lainsäätäjän tahdon mukaisesti. »Ty då strafflagen utgått från sin tids bildning och rättsmedvetande måste den ock uti den hafva sitt kraftigaste försvar. Men däraf följer äfven, att hvarje brottsmålslag, som föräldrats, bör underkastas en tidsenlig reform, för att icke förfela sin verkan och sålunda skada det samhälle, för vilket densamma förut varit nödigt och välgörande.»[2] Tarkoituksenani on, Palménia mukaillen, tarkastella hätävarjelua ja sen taustaoletuksia, jotka liittävät sen yhteiskunnallisiin ja moraalisiin näkemyksiin. Tällä tavoin voidaan arvioida hätävarjelumallin hyväksyttävyyttä suhteessa sen syntyaikaan ja sen soveltuvuutta nykypäivänä.

Rikosoikeudellisille oikeuttamisperusteille, erotuksena anteeksiantoperusteista, on yhteistä se, että tunnusmerkistönmukainen teko ei ole oikeudenvastainen, vaan yhteiskunnan kannalta hyödyllinen, edistettävä tai hyväksyttävä. Näkemys siitä, mitä pidetään yhteiskunnallisesti positiivisena toimintana on

---

[1] *Palmén* J. Ph.: I hvilket förhållande står Finlands gällande strafflagsstiftning till landets närvarande kultur. Inbjudningsskrift till Vetenskapens Gynnare, Idkare och Vänner att åhöra det offentliga föredrag, hvarmed professoren i Kriminal-Lagfarenhet och Rättshistorie, Filosofie Kandidaten och Juris Utrisque Licentiaten Karl Gustaf Ehrström kommer att tillträda sitt embete den 14 April 1860, Helsingfors 1860.

[2] Palmén 1860 s. 1—2.

muuttunut oleellisesti sinä aikana, kun oikeuttamisperusteita koskevat, osin alkuperäiset, rikoslain säännökset ovat olleet voimassa.

Hätävarjelua on pidetty poliittisten peruskatsomusten indikaattorina.[3] Vaikka tällaista näkemystä ei sellaisenaan hyväksyttäisi, on selvää, että yksityisen henkilön voimakeinojen käyttöä arvioidaan eri aikakausina ja erilaisissa yhteiskunnissa toisistaan poikkeavalla tavalla. Arvostusten lisäksi yksityisen henkilön voimakeinojen käyttötarve muuttuu yhteiskunnan kehittyessä. Grattenauerin mukaan hätävarjelulle voidaan asettaa sitä tiukemmat rajat, mitä tehokkaammin valtio kykenee viranomaistensa avulla turvaamaan yksilön oikeudet.[4] Toisaalta rikosten ei katsota heikentävän oikeusjärjestelmää kehittyneissä yhteiskunnissa samassa määrin kuin kehittymättömissä.[5]

Tarkoituksenani ei ole vertailla suomalaisen yhteiskunnan muuttumista ja yksityisen henkilön voimakeinojen sallittavuutta. Pyrin esittämään joitakin piirteitä kahdesta erilaisesta hätävarjelumallista[6] ja niiden taustalla olevasta normatiivisesta opista.[7] Tällä tavoin voidaan arvioida mallien hyväksyttävyyttä ja erityisesti sata vuotta sitten säädetyn rikoslain ilmentämän hätävarjelukäsityksen soveltuvuutta tämän päivän yhteiskunnassa. Lopuksi tarkastelen hätävarjelumalleja, jotka mahdollistavat erilaisten periaatteiden yhteensovittamisen. Ne saattavat olla perusteltuja vaihtoehtoja klassisen saksalaisen rikoslainopin monistiselle hätävarjelumallille, joka sallii lähes rajoituksettoman yksityisen henkilön voimakeinojen käytön oikeudenvastaisia hyökkäyksiä vastaan. Palmén edellytti kirjoituksessaan sitä, että lainsäätäjä seuraa aikaansa ja uudistaa lainsäädäntöä, mikäli se on vanhentunut. Mallien taustalla olevan normatiivisen opin selvittämisen yhteydessä on mahdollista arvioida, onko tätä velvollisuutta noudatettu.

---

[3] *Schröder*, Friedrich-Christian: Die Notwehr als Indikator politischen Grundanschauungen, teoksessa Festschrift für Reinhart Maurach zum 70. Geburtstag, herausgegeben von F-C. Schröder und H. Zipf, Karsruhe 1972, s. 127—142.

[4] *Grattenauer*, Karl Wilhelm Friedrich: Ueber die Nothwehr, Breslau 1806, s. 59.

[5] *Alanen*, Aatos, Hätävarjelus yksityisen käyttämänä oikeussuojakeinoja, Helsinki 1925. Alanen nojautuu tässä Jellinekin mielipiteeseen s. 110—111.

[6] Tarkastelun ulkopuolelle jätetään luonnonoikeudelliset, esimerkiksi Hugo Grotiuksen ja Thomas Hobbesin, hätävarjelukäsitykset. Feuerbachilla on myös havaittavissa luonnonoikeudellisia vaikutteita, eikä luokittelu luonnollisesti ole tarkkarajainen.

[7] Lähtökohtani on Juha Pöyhösen sopimusmalli. Hätävarjelumalli on mielestäni näkökulma yksityisen henkilön voimakeinojen sallivien rikosoikeudellisten normien tarkasteluun. Systematisoinnin lisäksi malleja on käytetty myös normien tulkinnan apuvälineinä. Mallien tarkastelussa pyrin niiden vertikaaliseen analyysiin eli täsmentämään niiden yhteyksiä oikeuden ulkopuolisiin normeihin. *Pöyhönen*, Juha, Sopimusoikeuden järjestelmä ja sopimusten sovittelu, Vammala 1988, erityisesti s. 79—116 ja 180—185.

Perinteisesti kahta erilaista hätävarjelumallia on luonnehdittu niiden taustalla olevien filosofisten oppien mukaisesti kantilaiseksi ja hegeliläiseksi.[8] Pidän kuitenkin parempina nimityksinä individuaalinen ja yli-individuaalinen hätävarjelumalli tai -käsitys.[9]

Individuaalinen hätävarjelumalli

Individuaalisen hätävarjelumallin lähtökohtana on valistusideologian yhteiskuntasopimus. Tällä sopimuksella ihmiset luopuvat alkuperäisestä vapaudestaan muodostaakseen valtion, jossa toteutuu lailliseen järjestykseen perustuva vapaus. Kansalaisten oikeudelliset velvollisuudet johdetaan yhteiskuntasopimuksesta.[10] Valtion tehtävänä ja rikoslain tarkoituksena on turvata henkilöiden keskinäinen vapaus.

Feuerbach määritteli rikoksen yhteiskuntasopimuksessa taattujen ja rikoslailla turvattujen vapauksien loukkaamiseksi.[11] Rikoksen objektina oli siten

[8] Näin esimerkiksi Alanen s. 52—54. Ks. myös *Forsman,* Jaakko, Pakkotilasta kriminaali-oikeudessa Helsingissä 1874, s. 6 av. 1 ja Anteckningar enligt professor Jaakko Forsmans föreläsningar öfver straffrättens allmänna läror med särskild hänsyn till strafflagen af den 19 december 1889. Utgifna af Lars Wasastjerna, Helsingfors 1893, s. 109—110. Nimitysten oikeellisuus voidaan asettaa kyseenalaiseksi. Kant tai Hegel eivät käsittele tuotannossaan hätävarjelua. Mainittujen mallien suhde taustalla pidettyihin filosofioihin on yleisemmällä tasolla. Samalla on kuitenkin todettava myös se, että joissakin tapauksissa esitetyt näkemykset hätävarjelusta ovat etääntyneet varsin kauas niiden henkilöiden yleisistä filosofisista opeista, joihin nimityksillä viitataan. Useissa tapauksissa kantilaisiksi tai hegeliläisiksi luonnehdittujen henkilöiden rikosoikeudellisissa kirjoituksissa liittymät esikuviinsa ovat iskulauseiden tasolla, eikä suoria viittauksia alkuperäislähteisiin juurikaan esiinny. Historiallisesti asiaa tarkasteltuna nimityksillä on ehkä perustelunsa. Haasin mukaan nykyinen hätävarjeluinstituutio sai alkunsa 1800-luvun alkuvuosikymmeninä. *Haas,* Robert, Notwehr und Nothilfe, Frankfurt a. M. 1978, s. 69.

[9] Köstlin erottelee hätävarjelukäsityksissä subjektiivisen ja objektiivisen idealismin. *Köstlin,* C. R., Neue Revision der Grundbegriffe des Criminalrechts, Tübingen 1845 s. 708.

[10] Ks. yhteiskuntasopimuksesta saksalaisessa filosofisessa ja rikosoikeudellisessa kirjallisuudessa esim.: *Kant,* Immanuel, Die Metaphysik der Sitten, erityisesti § 47 s. 315—316, Kant's gesammelte Schriften, Band VI, Berlin 1914 ja *Feuerbach,* Anselm, Lehrbuch des gemeinen in Deutschland gültigen peinlichen Rechts, Zwölfte Originalausgabe, mit vielen Anmerkungen und Zusatzparagraphen herausgegeben von C. J. A. Mittermaier, Giessen 1836, § 21, s. 31. Ks. valistuksen ja rikosoikeudellisen ajattelun suhteesta yleisesti *Backman,* Eero, Rikoslaki ja yhteiskunta, Vammala 1976, s. 40—121 ja Feuerbachin käsityksestä rikoksesta subjektiivisten oikeuksien loukkaamisena *Sina,* Peter, Die Dogmengeschichte des strafrechtlichen Begriffs »Rechtsgut», Basel 1962, s. 9—13.

[11] Feuerbach § 21 s. 31 ja § 23 s. 33. Feuerbach määritteli rikoksen rikoslaissa rangais-

subjektiivisten oikeuksien loukkaaminen. Rikoksen kohteen tarkalla määrittämisellä pyrittiin turvaamaan kansalaiset lainsäätäjän ja -soveltajan mielivallalta. Feuerbachin asettaman rikosoikeuden materiaalisen rationaalisuuden vaatimuksen mukaan lainsäätäjä saattoi kriminalisoida rikoslaissa vain sellaiset teot, jotka loukkasivat toisen henkilön subjektiivisia oikeuksia.[12] Tämän mukaisesti Feuerbachin ehdotuksesta Baijerin rikoslaiksi (1813) puuttuvat eräät seksuaalirikokset, joiden hän ei katsonut kohdistuvan yksilöiden oikeuksiin, sekä rikokset hyviä tapoja vastaan.

Feuerbachilla rikos, joka kohdistuu välittömästi valtioon, on valtiorikos.[13] Teot, jotka kohdistuvat välillisesti valtioon, eivät ole sinänsä oikeudenvastaisia. Nämä teot eivät loukkaa subjektiivisia oikeuksia eli kansalaisten keskinäistä vapautta, eivätkä myöskään valtion (als moralischer Person) oikeuksia. Valtion tehtävän kanssa välillisesti ristiriidassa olevat teot valtio voi määrätä rangaistavaksi vain rikoslain ulkopuolisessa lainsäädännössä.[14] Feuerbachin vaatimus ns. puhtaiden moraalirikosten poistamisesta rikoslaista vaikuttaa siis vain ensi silmäykseltä radikaalilta, koska ne määrättiin rangaistaviksi hallintooikeudellisin säännöksin.[15]

Valtiota edeltäneessä luonnontilassa jokaisella ihmisellä on rajoittamaton oikeus puolustautua toisten hyökkäyksiä vastaan. Yhteiskuntasopimuksella ihminen luovuttaa valtiolle oikeutensa voimakeinojen käyttöön.[16] Valtion tehtävä on suojata kansalaisten oikeuksia toisten tekemiltä loukkauksilta. Palménin mukaan inhimillinen järjestelmä on kuitenkin puutteellinen, eikä valtio voi kaikissa tilanteissa turvata kansalaistensa oikeuksia.[17] Hätävarjelu on toissijainen keino suojata yksilöllisiä oikeuksia. Henkilö voi turvautua siihen vain, jos valtio ei kykene täyttämään yhteiskuntasopimuksella asetettua velvollisuuttaan.

---

tavaksi määrätyksi teoksi. Legalistinen määritelmä merkitsi sitä, ettei ilman valtiota ole rikoksia vaan pelkästään loukkauksia.

[12] Feuerbach § 22 s. 32.

[13] Feuerbach § 23 s. 34. Tässä yhteydessä Feuerbach luonnehtii valtiota »als moralischer Person».

[14] Feuerbach § 22 s. 32. Feuerbach käytti tällaisesta lainsäädännöstä nimitystä Polizeygesetz ja teosta, joka oli sen vastainen Vergehen ja Polizey-Uebertretung.

[15] Amelung huomauttaa rikoslain ulkopuolisen lainsäädännön käytön rangaistavan käyttäytymisen laajentamiseksi olevan ristiriidassa Feuerbachin ankaran oikeusvaltioteorian kanssa. *Amelung,* Knut, Rechtsgüterschutz und Schutz der Gesellschaft, Frankfurt a. M. 1972 s. 35—37.

[16] Kant § 47 s. 315—316, Feuerbach 1836, § 8 a s. 23—24 ja § 21 s. 31.

[17] *Palmén,* Johan Philip, Om nödvärn enligt Finlands gällande lag, Helsingfors 1840 s. 2.

Individuaalisessa mallissa hätävarjelua instituutiona on perusteltu kahdella tavalla. Ensimmäisen mukaan yhteiskuntasopimus on ehdollinen. Voimakeinojen käyttöoikeus palautuu henkilölle valtion epäonnistuessa suojella hänen intressejään. Toisen mukaan tilanne palauttaa luonnontilan, jolloin yksilö voi itse turvata intressinsä.[18]

Individuaalisessa hätävarjelumallissa tarkastelun lähtökohtana on hyökkäyksen kohteeksi joutunut henkilö. Hätävarjelun ratio on yksityisen henkilön subjektiivisten oikeuksien suojeleminen oikeudenvastaiselta hyökkäykseltä.[19] Palménilla valtion kansalaisen hätävarjelu eroaa luonnontilassa olevan yksilön itsepuolustaumisesta siten, että kansalainen voi puolustautua vain oikeudettomia hyökkäyksiä vastaan. Lisäksi itsepuolustus luonnontilassa on alemmalla tasolla, koska se on olemassaolon ja hyvinvoinnin turvaamista. Valtion kansalaisen hätävarjelu perustuu oikeuden voimassaoloon valtiossa, eikä henkilöä voida velvoittaa sietämään oikeuksiensa loukkausta, jota valtio ei kykene estämään.[20]

Kansalaisen voimakeinojen käyttö on oikeudenmukaista, koska oikeudettoman hyökkäyksen tekijä menettää oikeutensa siltä osin, kuin se on tarpeen uhattujen oikeuksien suojelemiseksi.[21] Erotuksena hätävarjeluinstituution justifioimisesta tässä yhteydessä on kysymys voimakeinoja käyttävän puolustau-

[18] *Fichte,* Joh. Gottl., Rechtslehre, Vortragen von Ostern bis Michaelis 1812, 2. Aufl. Ausg. Richard Schottky, Hamburg 1980 ja *Lagus,* W. G., Föreläsningar Vol: II, 1. Kriminalrättens allmänna läror och de särskilda brotten, anteckningar av J. Ph. Palmén h.t. 1833-h.t. 1834 s. 75, Helsingin yliopiston kirjasto. Laguksen mukaan toteamus »valtion ulkopuolella ole rikosoikeutta» ei merkitse, etteikö henkilöllä olisi oikeutta itsepuolustukseen (naturliga sjelfförsvaret). Hegeliläiset rikosoikeuden tutkijat kritisoivat individuaalisen mallin näkemystä myös sillä perusteella, ettei valtion ulkopuolella ole (rikos)oikeutta. Köstlinin mukaan hätävarjelu ei silloin olisi oikeuteen perustuvaa vaan tosiasiallista, legitimoitua väkivaltaa. Köstlin 1845 s. 75.

[19] Köstlinin jaotellessa hätävarjelukäsitykset subjektiiviseen ja objektiiviseen idealismiin erottelukriteerinä oli nimenomaisesti voimakeinoja käyttävä henkilö. Edellisessä mallissa henkilö on hätävarjeluoikeuden perusta ja jälkimmäisessä oikeuden haltija tai käyttäjä. Köstlin 1845 s. 711.

[20] Palmén 1840 s. 2.

[21] Feuerbach s. 35. Samalla tavoin Grattenauer. Palmén ei esitä tällaista henkilöön kohdistettavien voimakeinojen oikeuttavaa perustetta. Grattenauerilla on havaittavissa liittymäkohtia Feuerbachin psykologisen pakon rangaistusteoriaan. Grattenauer erottaa hätävarjelun oikeuden- ja lainmukaisuuden sekä sen rankaisemattomuuden toisistaan. Rankaisemattomuus perustuu psykologisen pakon tehottomuuteen oikeudettoman hyökkäyksen uhatessa. *Lappi-Seppälä,* Tapio, Rangaistuksen määräämisestä I, Vammala 1987, s. 423, jossa todetaan, että usein hätävarjelutilanteessa toimitaan itsesuojeluvaiston nojalla ja että toiminnan kieltäminen on melko tehotonta.

tujan ja hyökkääjän välisen suhteen tarkastelusta. Palménin esitys on tältä osin tulkinnanvarainen. Kansalaisen oikeudella hätävarjeluun on sama perusta kuin valtion oikeudella rangaista rikoksentekijää: oikeusidea, rättsidéen. Hänen mukaansa oikeusidea olisi itsensä kanssa ristiriidassa, mikäli hätävarjelusta rangaistaisiin.[22] Vaikuttaa siltä, että Palmén ei pidä välttämättömänä perustella erikseen hätävarjelun käyttöä ja hätävarjeluinstituutiota.

Individuaalisessa hätävarjelumallissa yksilön ja hänen oikeuksiensa ollessa mallin lähtökohtana on luonnollista, että hätävarjelu on sallittu vain yksilöllisten oikeuksien turvaamiseksi.[23] Malli ei sisällä kriteereitä sille, mitkä yksityiset intressit ovat suojeltavissa. Ominaista tämän käsityksen edustajille on näkemys siitä, että kaikki tällaiset oikeudet eivät ole hätävarjelun suojeluobjekteja, vaan vain sellaiset, jotka ovat korvaamattomia tai joista henkilö ei olosuhteet huomioonottaen todennäköisesti saisi korvausta.[24]

Yli-individuaalinen hätävarjelumalli

Klassisessa saksalaisessa rikosoikeudessa rikoksen objektilla on eri merkitys kuin 1800-luvun alun valistusideologian mukaisessa rikosoikeusajattelussa. Jälkimmäisessä rikoksen objektin määrittelyllä on lainsäätäjän valtaa rajoittava merkitys. Klassisessa rikosoikeudessa sillä ei ole tällaista tarkoitusta. Oikeuden rationaalisuus on muodollista, se on säätämismenettelyyn liittyvä seikka.

Berner, ja samalla hänen kauttaan Forsman, määrittelee rikoksen objektin Hegelin filosofiaan pohjautuen. Rikoksella loukataan oikeuden objektiivista ja subjektiivista puolta: »Recht an sich» ja »wie es mir scheint».[25] Berner ja-

[22] Palmén 1840 s. 2—3. Samoin Ehrström. Valtio toimisi tehtävänsä vastaisesti, mikäli se velvoittaisi henkilön sietämään oikeuksiensa loukkaamista tai suojelemaan niitä pakenemalla. JFT 1870, s. 361.

[23] Alustavasti Palmén nimittää yksityisen henkilön puolustautumista itsepuolustukseksi, sjelfförsvar, ja määrittelee myöhemmin hätävarjelun seuraavasti: »En persons egenmäktiga försvar af sina kränkningar, dem som Statsmakten ej förmår förhindra, kallas med skäl Nödvärn.» Palmén 1840 s. 7. Myös Fichte käyttää vastaavaa nimitystä (Selbstverteidigung) ja nimenomaisesti kieltää oikeuden puolustaa valtion omaisuutta, Fichte s. 111.

[24] Feuerbach s. 44, samoin Grattenauer s. 90—97 ja Palmén 1840 s. 27—31. Palmén perustelee hätävarjelun sallimista laajemmin yöllä tehtyjen rikosten osalta verrattuna päivällä tehtyihin kiinnijoutumisriskin vähäisyydellä.

[25] *Hegel*, G. W. F., Grundlinien der Philosophie des Rechts, herausgegeben von Eduard Gans, Berlin 1833, § 90, s. 131 ja Backman 1976 s. 82—83.

kaa rikoksen kohteen kahteen osaan. Rikoksen välillisenä objektina on yleinen oikeus, oikeus sinänsä. Rangaistavalla teolla loukataan lainsäädännössä ilmenevää yleistahtoa, koko oikeutta, koko valtiota ja yhteiskuntaa. Rikoksen välittömänä objektina on erityinen oikeus, yksityisen henkilön tahto.[26]

Rikoksen kohteella on oltava oikeudellinen luonne, joka johtuu todellisen henkilön tahdosta. Tahto antaa kohteelle oikeushyvän ominaisuuden. Oikeuden loukkauksen kohteena on välittömästi yksityinen tahto, esimerkiksi omistusoikeus, joka on abstrakti ja ilmenee konkreettisesti oikeushyvänä.[27]

Edellytettäessä rikoksen kohteelta sitä, että tiettyyn objektiin on kohdistunut konkreettisen henkilön tahto, olisi oletettavaa, että sillä tavoin asetetaan kriminalisoinnille materiaalisia rajoituksia. Oikeushyvällä rikoksen objektina ei ole tätä merkitystä. Berner toteaa, etteivät rikokset uskontoa ja hyviä tapoja vastaan loukkaa todellista oikeutta. Niistä on kuitenkin määrätty rangaistukset siltä osin, kuin ne loukkaavat samalla valtiota ja yhteiskuntaa. Ulottaessaan rikosoikeudellisen suojan koskemaan myös uskontoa ja hyviä tapoja ne saavat oikeudellisen luonteen.[28] Valtion ilmentämä yleistahto voi siis tältä osin rajoituksitta määrätä mitkä teot tahansa rangaistaviksi. Oleellista on oikeuden asettamismenettely, ei sen sisältö.

Konstruoimalla rikoksen objektiksi yleisen ja erityisen oikeuden, voi yksityinen henkilö tai valtio, yleisen tahdon ilmentymänä, poistaa tahdollaan objektilta ominaisuuden olla rikoksen kohteena. Yksityinen henkilö voi suostumuksellaan sallia oikeuksiinsa puuttumisen. Valtio voi tahdollaan poistaa teon oikeudenvastaisuuden. Tästä Berner ja Forsman mainitsevat esimerkkinä kuolemaan tuomitun teloittamisen.[29]

Suostumuksen lisäksi oikeuttamisperusteina ovat Bernerillä pakkotila ja hätävarjelu. Näiden osalta Berner ei käytä suostumusopillista konstruktiota. Hä-

---

[26] *Berner,* Albert Friedrich, Lehrbuch des Deutschen Strafrechtes, Achtzehnte Auflage, Leizig 1898 ja Forsman 1893 s. 85. Tälläkin kohdin pitää paikkaansa Backmanin huomautus siitä, että Forsmanin luennot ovat Bernerin oppikirjan käännös. *Backman,* Eero, Hegelin rationalismi ja sen heijastuminen suomalaisessa oikeusajattelussa s. 43—56, s. 54, teoksessa Rationalistinen perinne suomalaisessa oikeusajattelussa, Turku 1985.

[27] Berner 1898 s. 92—93 ja Forsman 1893 s. 25—26 ja 85.

[28] Berner 1898 s. 92—93.

[29] *Berner,* Albert Friedrich: Lehrbuch des Deutschen Strafrechts, Leipzig 1857 ja Forsman 1893 s. 92. Bernerin oppikirjan myöhemmässä, vuoden 1898, painoksessa käsitystä valtion antamasta oikeudenvastaisuuden poistavasta suostumuksesta on kehitelty edelleen, ja yksittäisten tilanteiden sijasta asiaa tarkastellaan yleisluontoisemmin. Valtion suostumus ilmenee tällöin välittömästi viranomaisten toiminnoissa tai niiden kanssa analogisissa tilanteissa, esimerkiksi lääkärin suorittaessa abortin.

tävarjelussa oikeus on vääryyttä vastassa ja koska vääryys on sinänsä olematon, oikeuden ei tarvitse väistyä sen tieltä. Yli-individuaalisessa mallissa voimakeinojen kohdistamista hyökkääjään ei yleensä justifioida hätävarjeluinstituutiosta erillään. Vääryyden olemattomuus ulottuu myös hyökkääjän persoonaan. Forsmanilla on kuitenkin, Berneristä poiketen, erillinen tätä koskeva perustelu. Yksilön tahdolla on merkitystä myös hätävarjelussa. Oikeudettoman hyökkäyksen tekijä luovuttaa oikeutensa siltä osin, kuin niitä on loukattava hyökkäyksen torjumiseksi.[30] Tässä suhteessa Forsmanin näkemys muistuttaa individuaalista mallia perustellessaan hyökkääjään kohdistettujen voimakeinojen käytön hätävarjeluinstituutiosta erillään.

Lausetta »oikeuden ei tarvitse väistyä vääryyden tieltä» on pidetty yli-individuaalisen hätävarjelumallin lähtökohtana. Filosofisena tausta-ajatuksena on tältäkin osin Hegelin filosofia. Hegelillä varsinainen vääryys on rikos, joka ei kunnioita oikeutta ideaalisena ilmiönä tai oikeuden ulkoista olemusta. Vääryys, oikeuden negaatio, on sinänsä olematon, ei-mikään. Tässä yhteydessä Hegeliä on joissakin tapauksissa tulkittu väärin. Toteamalla vääryys olemattomaksi on väitetty, ettei rangaistus silloin ole tarpeen oikeuden palauttamiseksi tai hätävarjelu vääryyden torjumiseksi.[31] Erehdys johtuu siitä, ettei ole havaittu, että Hegelin mukaan oikeudella on kaksi olomuotoa: ideaalinen ja olemassa oleva, empiirinen. Vääryys, joka on ideaalisessa muodossaan oikeuden vastakohta, sen negaatio ja sinänsä olematon, ilmenee empiirisenä rikoksentekijän tahdossa. Tämä empiirinen ilmentymä pitää poistaa, jotta oikeus palautuisi, eikä vääryys jäisi pysyväksi.[32]

Kansalaisen hätävarjelulla ja valtion oikeudella rangaista rikoksentekijää on sama perusta: vääryyden olemattomuus. Valtio ja kansalainen ovat erilaisia välineitä saman päämäärän toteuttamiseksi.[33] Hegeliläinen hätävarjelukäsitys korostaa instituution yli-individuaalisuutta. Lähtökohtana ei ole oikeudettoman hyökkäyksen kohteeksi joutunut henkilö, jolle palautuisi hänellä luonnontilassa ollut oikeus puolustautua tai joka toimisi palautuneessa luonnonti-

[30] Forsman 1893 s. 86 ja 105. Edellisessä kohdassa Forsman noudattaa Bernerin näkemystä hätävarjeluinstituutin perustelemista tahdosta riippumattomana oikeuttamisperusteena. Jälkimmäisessä kohdassa perustellessaan voimakeinojen kohdistamista tiettyyn henkilöön, hyökkääjään, ja (oletetulla) suostumuksella on tässä yhteydessä merkitystä.

[31] *Geyer,* August, Die Lehre von der Nothwehr, Jena 1857, s. 20 ja *Himmelreich,* Klaus, Notwehr und unbewusste Fahrlässigkeit, Berlin 1971, s. 73.

[32] Hegel § 97 s. 135 ja § 99 s. 137 ja *Flechtheim,* Ossip K., Hegels Strafrechtstheorie, Zweite Auflage, Darmstadt 1975, s. 91—92.

[33] *Levita,* Carl, Das Recht der Nothwehr, Giessen 1856, s. 17.

lassa.[34] Hätävarjelu ei ole valtion ulkopuolinen luonnollinen oikeus, vaan se perustuu täysin valtioon.[35] Köstlin meni tässä suhteessa vielä pidemmälle. Hän samaisti yksilön ja valtion velvollisuudet ja katsoi hätävarjelun olevan kansalaisen pyhä velvollisuus.[36] Valtion ja yksityisen käyttämien voimakeinojen rinnastaminen johti siihen, että vaatimus hätävarjelun toissijaisuudesta valtion viranomaisten apuun nähden torjuttiin.[37]

Yli-individuaalisessa mallissa hätävarjelu ei ole partikulaarinen oikeus puolustaa tärkeimpiä yksilöllisiä oikeushyviä: henkeä ja ruumiillista koskemattomuutta, vaan se on yleinen, kaikkia oikeudellisia intressejä koskeva.[38] Vuonna 1875 valmistuneessa rikoslakiehdotuksessa on omaksuttu tämä katsomus.[39] Ehdotuksen yleisen osan säännösten pääasiallinen kirjoittaja oli Karl Gustaf Ehrström. Hän oli kritisoinut vuoden 1866 osittaisuudistusten hätävarjelusäännöksiä siitä, että ne sallivat hätävarjelun vain eräiden tärkeimpien yksilöllisten oikeushyvien suojelemiseksi.[40] Ehrström oli itse omaksunut yli-individuaaliseen hätävarjelukäsityksen Berneriä ja Köstliniä seuraten.[41]

---

[34] Forsmanin mukaan valtio välttämättömyytenä ei voi sallia individuaaliseen hätävarjelumalliin liittyvää ehdollisuutta. Oikeusperiaatteita ei voi perustaa valtiota edeltäneessä luonnontilassa vallinneisiin olosuhteisiin. Forsman 1893, s. 109—110. Levita arvostelee oletamusta luonnontilan palautumisesta sillä, ettei sitä todellisuudessa ole ollut, s. 24.

[35] Valtio on delegoinut kansalaisille oikeuden voimakeinoihin. Näin ollen valtio voisi rajoittaa hätävarjeluoikeutta, mutta se ei olisi sen intressien mukaista. Levita s. 18.

[36] Köstlin s. 726.

[37] Levita s. 234. Samoin Forsman on sitä mieltä, että henkilö voi ensisijaisesti käyttää hätävarjelua. Velvollisuus turvautua viranomaisten apuun ennen hätävarjelua henkilöllä on vain, jos hän voi tehdä sen luopumatta oikeuksistaan. Näin on esimerkiksi silloin, kun viranomaiset ovat lähettyvillä, Forsman s. 137—138. Samoin *Honkasalo,* Brynolf, Suomen rikosoikeus, Yleiset opit I, Helsinki 1965, s. 155.

[38] Tästä on seurauksena hätävarjelun systemaattisen paikan muuttuminen henkeen ja terveyteen kohdistuvien rikosten yhteydestä rikosoikeuden yleisiä oppeja koskevien säännösten yhteyteen. Levita s. 158 ja 166.

[39] Underdåniga förslag till Straff för Storfurstendömet Finland, Helsingfors 1875 (vuoden 1875 ehdotus). Ehdotuksen 6 luvun 89 § on seuraavanlainen: »Har någon, till skydd emot orättmätigt hot eller angrepp, som innebar trängande eller påbegynd fara för hans egen eller annans rätt, brukat laga nödvärn; vare saklös för all den skada, som han till farans afvärjande var nödsakad att angriparen tillfoga.»

[40] Ehrström laati vuosina 1865—1875 ensimmäiset rikoslain yleisen osan säännösehdotukset lainsäädäntöprosessissa, joka johti nykyisen rikoslain säätämiseen. *Ehrström,* G., Öfversigt af den finska lagstiftningens utveckling i straffrättslig hänseende i följ af landtagarne 1863—1864 och 1867. JFT 1870 s. 132—153 ja 353—386. Kirjeessään 31. 12. 1867 Adolf Grotenfeltille, joka oli myös komitean jäsen, Ehrström kirjoittaa saaneensa valmiiksi säännösehdotukset rikoslain yleiseen osan 13 lukuun mutta ei niiden perusteluita. Valtionarkisto Kustavi Grotenfeltin kokoelma, Adolf Grotenfeltin kansio.

[41] *Ehrström,* K. G., Föreläsningar öfver Kriminalrättens allmänna del, Wårterminen

Rikoslakiehdotuksen perusteluissa hätävarjelun laajentaminen kaikkiin oikeushyviin perusteltiin sillä, että »staten, som har att skydda det rätta och nedslå det orätta, i följd deraf måste betrakta hvarje rättstridigt angrepp emot hvilken rättighet som helst som obefogat, så följer deraf att det samtycke till försvar emot ett sådant angrepp, som nödvärnsrätten förutsätter från statens sida, måste afse hvarje för ett rättsstridigt angrepp utsatt rättighet, och icke allenast rättigheten till lif och kroppslig oförkränkbarhet».[42]

Tarkastuskomitean laatimassa vuoden 1884 rikoslakiehdotuksessa hätävarjelulla suojeltavat oikeushyvät on määritelty 1875 ehdotusta suppeammin eli nykyisten säännösten tavalla.[43] Ehrströmin lisäksi toinen hegeliläinen rikosoikeuden tutkija, joka osallistui rikoslain valmisteluun, oli Jaakko Forsman.[44]

1860 — Wårterminen 1861 (Enligt Berner) s. 283—287, Helsingin yliopiston kirjasto. Lyhyehkössä hätävarjelua koskevassa jaksossa Ehrström toistaa kolme kertaa hätävarjelun yksinkertaisen periaatteen »det rätta icke behöfver vika för det orätta». Ks. myös Ehrström 1870 s. 361. *Ehrström,* K. G., Föreläsningar öfver kriminalrättens allmänna lärör, Enligt Köstlin, 1863—1864, Helsingin yliopiston kirjasto, erityisesti s. 97—100. Itsenäistä hätävarjelun tarkastelua ei Ehrströmin luennoista ole havaittavissa.

[42] Vuoden 1875 ehdotus s. 172. Vaasan hovioikeuden ehdotuksesta antamassa lausunnossa puututtiin kriittisesti hätävarjelun laajentamiseen. Lausunnon mukaan olisi pitäydyttävä vuoden 1866 osittaisuudistuksen mukaisessa säännöksessä, joka vastasi myös Ruotsin rikoslain säännöksiä. Ehdotetun laajuista yksityisen henkilön voimakeinojen käyttöä ei pidä sallia, koska sitä ei tarvita järjestäytyneessä sekä lainkuuliaisessa yhteiskunnassa ja se saattaisi lisäksi johtaa väärinkäytöksiin.

[43] Undernådiga förslag till Strafflag för Storfurstendömet Finland, Helsingfors 1884. Rikoslakivaliokunnan mietinnössä perustellaan vuoden 1875 ehdotusta suppeampaa hätävarjelua sillä, että se on riittävä tyydyttämään todellisen tarpeen. Mikäli hätävarjelu laajennettaisiin koskemaan kaikkia oikeushyviä, se saattaisi johtaa perusteettoman väkivallan käyttöön. Ehdotuksesta antamassaan lausunnossa Hagströmer toteaa vuoden 1875 ehdotuksesta laajuudeltaan poikkeavan hätävarjelusäännöksen. Voimassa olevaan lakiin nähden ehdotetut laajennukset ovat hänen mielestään sellaisia, että ne vastaavat käytännön vaatimuksia. Lausunnonantajan ehdottamat muutokset ovat luonteeltaan muodollisia. *Hagströmer,* J., Granskning af Undernådiga förslag till strafflag för Storfurstendömet Finland, förordning om verkställighet af straff samt förordning om strafflagens införande, Upsala 1884, s. 52—53. Ks. rikoslain valmisteluista tältä ajanjaksolta: *Kivivuori,* Antti, Rikoslain suunnittelun vaiheita 1875—1884, LM 1971 s. 10—29.

[44] Klami luonnehtii Ehrströmiä hegeliläiseksi ainakin Snellmanin välityksellä. *Klami,* Hannu Tapani, Kantin filosofia Suomen oikeustieteessä s. 31, teoksessa Rationalistinen perinne suomalaisessa oikeusajattelussa, Turku 1985, s. 27—42 ja Backman 1985 erityisesti s. 48—55 sekä *Utriainen,* Terttu, Syyllisyys muuttuvana käsitteenä, Vammala 1984, s. 27—31 ja 37—45. Kivivuori s. 15 ja 25. Helsingin kaupungin arkistossa olevassa K. G. Ehrström kokoelmassa on Ehrströmin muistiinpanot Snellmanin luennoilta kevätkaudelta 1843 ja kopioituna Hegelin Grundlinien der Philosophie des Rechts -kirjasta § 81—83, 89 ja 95—101.

Hän oli yksi tarkastuskomitean neljästä jäsenestä. Tarkastuskomitean ehdotukset hätävarjelusäännöksiksi eivät vastanneet täysin Forsmanin esittämiä käsityksiä.[45]

Lauseella »oikeuden ei tarvitse väistyä vääryyden tieltä» on absoluuttinen merkitys. Vääryys on oikeuden vastakohta. Forsman määrittelee oikeuden olevan »sammanfattningen af de normer, som reglera de af den mänskliga friheten och vilje bestämningen beroende vilkoren för förverkligandet af den mänskliga bestämmelsen».[46] Valtion velvollisuus ja oikeus on oikeusjärjestystä ylläpitäessään poistaa vääryyttä.[47] Pakkotilan ja hätävarjelun erottelussa tulee selkeästi ilmi hätävarjelun perustaksi nimitetyn lauseen merkitys. Pakkotilassa on kyse oikeudellisten intressien konfliktista: oikeus on oikeutta vastassa. Hätävarjelussa oikeus on sen sijaan vääryyttä vastassa. Kyse ei ole intressiristiriidasta, eikä suojeltavan oikeushyvän ja käytettyjen voimakeinojen välillä tehdä vertailua, koska vääryys on sinänsä olematon.[48] Voimakeinoja saa käyttää niin paljon kuin on välttämätöntä. Niiden määrää ja laatua rajoittaa pelkästään vaatimus niiden välttämättömyydestä. Mikäli välttämättömyysedellytys täyttyy, voi hyökkääjän surmata vähäisenkin intressin suojelemiseksi.[49]

Oikeudenvastaisen hyökkäyksen tekijällä ei voida katsoa tässä suhteessa olevan minkäänlaisia oikeuksia. Väkivalta ja vahingolliset seuraukset, joita hänelle aiheutetaan, eivät ole yhteiskunnan kannalta haitallisia. Hätävarjelulla poistetaan vääryyttä. Sillä ei puututa toisen oikeuksiin, koska loukattavat intressit ovat menettäneet oikeushyvän ominaisuuden. Aiheutettava vahinko on hinta, joka on maksettava oikeusjärjestyksen ylläpitämisestä.[50]

Hätävarjelun rajoittamista pidettiin henkilökohtaisen vapauden loukkaamisena oikeudenvastaisesti toimivien henkilöiden hyväksi. Puolustautumiseen käytettävien voimakeinojen käytön supistamisen oletettiin johtavan lisääntyvään väkivaltaan ja vahvemman oikeuteen.[51] Individuaalisessa mallissa asetet-

[45] Forsman edellytti, että hätävarjelu on sallittu kaikkien intressien suojelemiseksi, Forsman 1886 s. 314 ja 333 ja 1893 s. 134.

[46] Forsman 1893 s. 25.

[47] Forsman 1893 s. 25.

[48] Forsman 1874, s. 5—6. Tästä erotteluperusteesta johtuen Forsman ei pidä hätävarjelua pakkotilan erityistapauksena.

[49] Forsmanin mukaan lainsäädäntömme on tässä suhteessa rikoslainopin mukainen. Forsman 1893 s. 127.

[50] Forsman 1874 s. 6 ja 1893 s. 122, jossa viitataan Bindingiin.

[51] Levita s. 160 ja 243. Vaikuttaa siltä, että joissakin tapauksissa yli-individuaalinen malli loittonee filosofisesta taustastaan. Levita nimittää hätävarjelua yksilön viimeiseksi oikeudeksi ja sanoo sen perustaksi »Rechte der Persönlichkeit» ja julistaa »Kampf für das freie Notwehrprinzip» s. 203—204. Hegelin filosofisesta perustasta ei liene paljon muuta jäljellä

tiin lukuisia edellytyksiä oikeudenmukaiselle puolustautumiselle. Yli-individuaalisen käsityksen mukaan rajoituksia ei voida tehdä uhatun oikeushyvän arvosta tai korvattavuudesta, oikeudettomaan hyökkäykseen liittyvistä seikoista (ennalta-arvattavuudesta tai provokaatiosta), hyökkääjän henkilökohtaisista ominaisuuksista (syyntakeettomuudesta tai syyksiluettavuudesta) tai puolustautujan mahdollisuuksista välttää hyökkäys muulla tavoin.[52] Levitan mukaan oikeudenvastaisen hyökkäyksen tekijä ei ole kuitenkaan täysin puolustautujan armoilla. Voimakeinojen käyttöä rajoittaa niiden tarkoituksena oleva puolustautuminen. Vain välttämättömät voimakeinot ovat hyväksyttäviä. Mikäli hyökkäys voidaan torjua lievemmin keinoin, eivät ankarammat ole sallittuja.[53]

Hätävarjelu ei ole pelkästään itsepuolustusta, vaan oikeuden puolustamista.[54] Tällä ei kuitenkaan tarkoiteta samaa kuin nykyisin. Sen aikaisen ja nykyisen rikosoikeudellisen järjestelmän tavoitepäämäärät poikkeavat selkeästi toisistaan. Hätävarjelun tarkoituksena ei ole perinteisen käsityksen mukaan toimia rikoksia estävästi.[55] Sen erityis- tai yleispreventiivistä vaikutusta ei kirjoituksissa eritellä.

Tällainen hätävarjelukäsitys ilmentää muodollista oikeudenvastaisuuskäsitystä. Vähäistäkin oikeudenvastaista loukkausta vastaan voidaan käyttää niin ankaria voimakeinoja, kuin on tarpeen hyökkäyksen torjumiseksi.[56] Toisaalta hätävarjelukäsityksen formaalisuus ilmenee siinä, että voimakeinojen käytön aikarajat on tarkoin määritelty. Hätävarjelun tunnusmerkistön täyttyessä lähes minkälaiset voimakeinot tahansa ovat sallittuja, eikä intressivertailua edellytetä, mutta mikäli hätävarjelun muodolliset edellytykset eivät täyty, teko on rangaistava.

Lainsäädännön lisäksi rajoituksia yksityisen henkilön voimakeinoihin voidaan tehdä Forsmanin mukaan vain hätävarjelun käsitteestä tai asian luonnosta. Käsitelainopillisella metodillaan Forsman ja Ehrström eivät sivuutta-

---

kuin käsitys vääryyden olemattomuudesta. Levitan esityksessä korostuu yksilön ensisijaisuus valtioon nähden.

[52] Levita s. 176—242. Rangaistusta voidaan rajoittaa talioperiaatteen avulla, mutta hätävarjelussa, jossa on kysymys oikeuden loukkauksen vaarasta, mutta ei loukkauksesta sinänsä, ei sovitusajatuksen soveltaminen ole mahdollista, s. 245.

[53] Tämä rajoitus on Levitan omaksumassa muodossa hyvin vähäinen. Voimakeinojen välttämättömyyttä arvioitaessa on hänen mukaansa käytettävä subjektiivista mittapuuta s. 244.

[54] Forsman 1893 s. 111 Berneriin tukeutuen.

[55] Forsman 1893 s. 122.

[56] Forsman 1893 s. 112.

neet lainsäädäntöä. Helinin tavoin voidaan puhua syrjäyttämisestä heikommassa mielessä. Mikäli lainsäädäntö ei vastannut yli-individuaalista hätävarjelumallia, sitä kritisoitiin tieteisopin huomioimatta jättämisestä. Käsityksen kanssa ristiriidassa olevat säännökset tulkittiin suppeina poikkeussääntöinä, jotka eivät ilmaisseet yleistä oikeusperiaatetta.[57]

Eräissä tapauksissa yli-individuaalisen hätävarjelumallin suora soveltaminen johti sellaisiin lopputuloksiin, joita ei voitu pitää hyväksyttävinä edes 1800-luvulla. Tällaisissa tapauksissa otettiin avuksi erilaiset konstruktiot, joiden avulla pyrittiin säilyttämään itse perusnäkemys siitä tehtävien poikkeusten avulla.[58]

Forsmanin mukaan lausetta »oikeuden ei tarvitse väistyä vääryyden tieltä» on rajoitettava, asettamatta itse lauseen oikeellisuutta kyseenalaiseksi.[59] Hänen mielestään terve oikeustajunta ei voi hyväksyä kuoleman aiheuttavien voimakeinojen käyttöä sellaisissa tapauksissa, joissa henkilö voi väistää hyökkäyksen vähäisin subjektiivisten oikeuksien uhrauksin tai turvautumalla viranomaisten apuun.[60] Henkilön, joka väistää oikeudettoman hyökkäyksen astumalla askeleen taaksepäin, ei voida sanoa luopuvan todellisuudessa suojelun arvoisesta intressistään. Abstraktisti tarkasteltuna sitä voitaisiin pitää oikeudesta luopumisena, eikä tässä suhteessa Forsmanin mukaan voida vetää ehdotonta rajaa. Elämän monimuotoisuudesta johtuen yksittäistapauksissa joudutaan käyttämään harkintaa. »Vi få således icke fatta satsen 'det rätta behöfver icke vika för det orätta' på sådant sätt, att det skulle innebära en rättighet att tillfredställa en nyck; ett tillfredställande af en sådan nyck kan icke i rättslivet tillerkännas någon betydelse.»[61]

Konstruktioilla ei ole kovin merkittävää asemaa Forsmanin hätävarjelukäsityksessä. Hegeliläinen yli-individuaalinen hätävarjelumalli oli Forsmanin mielestä varsin pitkälle sopusoinnussa yhteiskunnallisten arvostusten kanssa.

Tässä suhteessa on tapahtunut selvähkö muutos, kun tarkastellaan Honkasalon esitystä hätävarjelusta. Honkasalon peruslähtökohdat hätävarjelusta ovat samanlaiset kuin Forsmanilla. Alasen ja Serlachiuksen esittämiin mielipi-

[57] *Forsman,* Jaakko, Bidrag till tolkningen af §§ 25—27 i k. förordningen den 26 November 1866 ang. dråp utan uppsåt m. m., JFT 1886 s. 310—351, erityisesti s. 314—322, Ehrström 1870 s. 361—362 ja *Helin,* Markku, Käsitteistä päättelemisestä, teoksessa Juhlajulkaisu Simo Zitting 1915—14/2—1985, toimittaja Jarno Tepora, Helsinki 1985 s. 82—92, s. 88.

[58] Pöyhönen s. 84—86, erityisesti anomalian osalta.

[59] Forsman 1893 s. 119.

[60] Forsman 1893 s. 117—120.

[61] Forsman 1893 s. 119.

teisiin verrattuna Honkasalo pyrkii pitäytymään hegeliläisessä yli-individuaalisessa hätävarjelumallissa. Honkasalo joutuu kuitenkin tekemään eräitä rajoituksia absoluuttiseen voimakeinojen käyttöön, samalla asettuen kuitenkin selkeästi vastustamaan vaatimuksia intressivertailusta puolustettavan oikeushyvän ja käytettävien keinojen välillä. Honkasalo katsoo, ettei omaisuuden suojeleminen äärimmäisin, henkilöön kohdistuvin väkivaltaisin keinoin ole sopusoinnussa yhteiskunnassa vallitsevien arvojen kanssa. Hänen mukaansa oikeustajunta ei voi hyväksyä omenavarkaan ampumista, vaan sitä on, Honkasalon terminologiaa noudattaen, pidettävä oikeuden liikakäyttönä. Rajoitus hätävarjeluoikeuden liikakäytölle on saatavissa shikaanikiellosta. Kehäpäätelmän avulla päädytään siihen, että oikeustajuntaa loukkaava lopputulos on vältettävissä oikeudellisella periaatteella, jonka mukaan mikään oikeus ei saa johtaa lopputulokseen, jota oikeustajunta ei hyväksy.[62]

Forsmanin konstruktiot pysyttelivät, ainakin muodollisesti, hänen metodologiansa asettamissa puitteissa. Lain ulkopuoliset rajoitukset hätävarjeluun oli tehtävä sen käsitteestä tai asian luonteesta. Toteamalla, että väistäessään oikeudenvastaisen hyökkäyksen astumalla askeleen taaksepäin henkilö ei todellisuudessa luopunut oikeudestaan, eikä hätävarjelun peruslausetta asetettu kyseenalaiseksi. Honkasalolla sen sijaan vetoaminen epämääräiseen oikeustajuntaan ja siviilioikeudelliseen shikaanikieltoon on selvästi hätävarjelukäsitykseen kuulumattomien ulkopuolisten perusteiden käyttämistä.

Hätävarjelun rajoittaminen

Suomalaisessa rikoslainopissa yli-individuaalinen hätävarjelukäsitys kyseenalaistettiin tämän vuosisadan alussa. Lähtökohtana oli tässäkin hätävarjelumallissa saksalainen rikoslainoppi. Serlachius esitti oppikirjassaan saksalaiseen lainoppiin, lähinnä v. Lisztiin, perustuen materiaalisen oikeudenvastaisuuskäsityksen.[63] Muodollisella oikeudenvastaisuudella tarkoitettiin teon ja oikeusnormin välistä suhdetta. Materiaalisella oikeudenvastaisuudella v. Liszt tarkoitti sitä, että teolla loukattiin tai vaarannettiin oikeusnormin suojaamaa yksityisen tai yhteisön elinintressiä.[64] Hätävarjelusäännöstä tulkittaessa ilmenee

[62] Honkasalo s. 156.

[63] *Serlachius,* Allan, Suomen rikosoikeuden oppikirja, I osa, Yleiset opit, Helsingissä 1909. Serlachius on omistanut kirjansa kiitollisuudella »korkeasti kunnioitetulle opettajalleni salaneuvos Franz v. Lisztille».

[64] *v. Liszt,* Franz, Lehrbuch des Deutschen Strafrechts, Sechzente und siebzehnte,

selvästi v. Lisztin ajattelun dualismi. v. Liszt oli kriminaalipoliitikko ja toisaalta rikoslainopintutkija. Nämä kaksi erilaista roolia ovat selkeästi erotettavissa toisistaan; ne olivat keskenään jopa vastakkaiset. Huolimatta yleisesti tunnetuista kriminaalipoliittisista kannanotoistaan v. Liszt oli selkeästi liberalistisen oikeusvaltioajattelun ja oikeuspositivismin edustaja.[65] Rikoslaki on rikoksentekijän Magna Charta: rikoslaki asettaa rajat kriminaalipolitiikalle.

v. Lisztin oikeuspositivismi ilmenee siinä, että materiaalinen oikeudenvastaisuus on merkityksellinen ensisijaisesti lainsäätäjälle, ei niinkään lainsoveltajalle. Mutta sillä ei ole lainsäätäjän valtaa rajoittavaa funktiota. Materiaalinen ja muodollinen oikeudenvastaisuus eivät välttämättä vastaa toisiaan. Lainsäätäjä voi määrätä rangaistavaksi materiaalisesti oikeudenmukaisen teon ja lainsoveltaja on positiiviseen säännökseen sidottu. Lainsäätäjän tehtävänä on saattaa oikeudenvastaisuuden molemmat puolet vastaamaan toisiaan, se ei kuulu lainsoveltajalle, jonka on noudatettava positiivista säännöstä.[66]

Serlachius poikkeaa näkemyksiltään v. Lisztistä materiaalisen oikeudenvastaisuuden merkitystä ja laintulkintaa koskevilta osin. Muodollinen oikeudenvastaisuus on myös Serlachiuksella normin vastaisuutta. Materiaalisen oikeudenvastaisuuden tarkasteleminen on yksittäistapausta koskeva ratkaisu. Vaikka teko on norminvastainen, se voi olla yhteiskunnan edun mukainen ja materiaalisesti oikeudenmukainen. Koko oikeusjärjestelmän perustana on Serlachiuksen mukaan periaate, jonka mukaan pienemmän edun on väistyttävä suuremman tieltä.[67] Serlachiuksen ja v. Lisztin mielipiteet eroavat selkeästi hätävarjeluksen osalta. v. Liszt edustaa perinteistä yli-individuaalista hätävarjelukäsitystä pyrkimättä saattamaan sen äärimmäisiä seurauksia sopusointuun oikeuden tarkoituksesta esittämiensä mielipiteiden kanssa.[68] v. Lisztillä ja Ser-

völlig durchgearbeitete Auflage. Berlin 1908 s. 64—65 ja samalla tavoin Serlachius 1909 s. 120—121.

[65] Ks. esim. v. Lisztin virkaanastujaisesitelmä Der Zweckgedanke im Strafrecht, 1882, *v. Liszt*, Franz, Strafrechtliche Aufsätze und Vorträge, Erster Band, Berlin 1905, Nachdruck Berlin 1970, s. 126—179, erityisesti rangaistuksen tarkoituksesta s. 163—164.

[66] v. Liszt s. 139—140. v. Lisztin kantaa lieventävät hänen tulkintaa koskevat näkemyksensä. Teon oikeudenmukaisuutta tai -vastaisuutta arvioitaessa on otettava huomioon kaikki oikeusjärjestelmän säännökset. Mikäli arvioita ei voida perustaa lakiin, on tarkasteltava teon materiaalista merkitystä. On selvitettävä lainsäätäjän tavoitepäämäärä. Mikäli tarkasteltavana oleva teko on keino tämän päämäärän saavuttamiseksi, on tekoa pidettävä oikeudenmukaisena. Ellei ongelmaa voida tälläkään perusteella ratkaista, on tekoa verrattava järjestäytyneen yhteiskunnan tarkoitukseen. Tällöin voidaan suuremman intressin säilyttämistä pienemmän kustannuksella pitää oikeudenmukaisena.

[67] Serlachius 1909 s. 91.

[68] v. Liszt ei edellytä intressivertailua puolustettavan ja loukattavan intressin välillä,

lachiuksella oikeuden tarkoituksena on inhimillisten elinintressien suojeleminen.[69] Samanlaisesta lähtökohdasta huolimatta heidän ajattelunsa on hyvin erilaista hätävarjelun osalta.

Serlachius torjui yli-individuaalisen hätävarjelukäsityksen osittain rikoslain säännösten perusteella. Vallitseva käsitys ei hänen mukaansa voinut olla oikea, koska rikoslain säännökset sallivat hätävarjelun vain tiettyjen oikeushyvien osalta. Toiseksi hän katsoi omaksutun mallin johtavan kohtuuttomiin lopputuloksiin. Tällaista tilannetta hän selvittää tutulla esimerkillä lapsen surmaamisesta vähäarvoisen omaisuuden suojelemiseksi. Hänen mukaansa voimakeinojen äärimmäistä käyttöä ei voida pitää oikeudenmukaisena esimerkin kaltaisissa tapauksissa, vaikka se olisi ainoa keino estää intressin loukkaaminen.[70]

Hyvin samankaltaisen hätävarjelukäsityksen esitti Alanen väitöskirjassaan vuonna 1925, lähinnä saksalaiseen lainoppiin ja Serlachiukseen tukeutuen. Yli-individuaalisen hätävarjelukäsityksen edellyttämä oikeudettoman hyökkäyksen torjuminen ei ole Alasen mukaan »mikään väärinteon olemuksesta johtuva looginen» tai »oikeusmahdille kuuluva kategorinen tehtävä.»[71] Hätävarjelua ei voida justifioida ottamalla huomioon pelkästään yksityisen henkilön ja oikeusjärjestyksen intressien suojelemista oikeudenvastaisilta hyökkäyksiltä. Hätävarjelutilanteessa on kysymys erilaisten oikeudellisten intressien konfliktista, jonka ratkaiseminen edellyttää myös arvoperiaatteiden huomioimista.

Serlachius ja Alanen edellyttävät oikeudenmukaiselta hätävarjelulta sitä, että se täyttää suhteellisuusperiaatteen vaatimuksen.[72] Tämä yleinen oikeudellinen periaate tarkoittaa sitä, että kahden intressin ollessa keskenään ristiriidassa siten, että vain toinen voidaan säilyttää, arvokkaampi on suojeltava vähempiarvoisen kustannuksella. Erilaisissa ristiriitatilanteissa intressien keskinäinen arviointi on erilaista.

Alanen tarkastelee suhteellisuusperiaatetta lainsäätäjän ja lainsoveltajan kannalta. Oikeusjärjestyksen tehtävänä on inhimillisten elämän intressien palveleminen. Nämä intressit ovat ristiriitaisia: »Kaikki oikeus on kollisiooni-

---

vaan toteaa, että hyökkääjän surmaaminen on sallittua vähäarvoisen intressin suojelemiseksi, mikäli voimakeinot ovat välttämättömiä. Hätävarjelu ei ole toissijainen keino viranomaisen apuun nähden. Hän ei myöskään edellytä pidättyvyyttä voimakeinojen käytöstä, vaikka hyökkääjä onkin lapsi tai syyntakeeton. v. Liszt s. 144—146.

[69] v. Liszt s. 64—66 ja Serlachius 1909 s. 87.

[70] Serlachius 1909, s. 106—108.

[71] Alanen s. 56 ja 109.

[72] Serlachius 1909 s. 107 hätävarjelu perustuu koko oikeusjärjestelmän perustana olevaan periaatteeseen. Alanen esittää suhteellisuusperiaatteen tueksi siviilioikeudellisen shikaanikiellon Alanen s. 56 ja 115.

oikeutta.»[73] Lainsäätäjä toteuttaa omalta osaltaan tätä tehtävää vertailemalla ristiriitaisten intressien painoarvoja ja määräämällä suuremman intressin suojeltavaksi pienemmän kustannuksella.[74]

Lainsoveltajan on tulkinnassa otettava huomioon lain sanamuodon lisäksi lainsäätäjän tahto. Tulkinnassa jatketaan lainsäätäjän työtä käyttäen samaa metodia intressiristiriitojen ratkaisussa. Hätävarjelutilanteessa on verrattava toisiinsa kolmea intressiä. Yksilön intressinä on turvata oikeudettoman hyökkäyksen kohteeksi joutunut oikeushyvä. Tämän intressin kanssa samansuuntainen on yhteiskunnan pyrkimys estää rikoslaissa rangaistavaksi määrätty käyttäytyminen. Näiden kanssa vastakkainen on hyökkääjän niiden intressien loukkaamattomuus, joihin voimakeinot kohdistuvat.[75] Ristiriidassa olevien intressien ratkaisussa annetaan ensisijainen merkitys oikeusjärjestyksen suojelemiselle.

Yli-individuaalisessa hätävarjelumallissa vääryyden olemattomuudella on absoluuttinen merkitys. Nyt oikeudenvastaisen hyökkäyksen merkitys on relatiivinen. Oikeudenvastainen käyttäytyminen asettaa kyseenalaiseksi koko oikeusjärjestyksen. Kaikissa tapauksissa sen vaikutus ei ole yhtä merkittävä. Lapsen, syyntakeettoman tai erehdyksen vallassa toimivan henkilön oikeudenvastaisella käyttäytymisellä ei ole samanlaista vaikutusta, kuin syyntakeisen syyksiluettavalla teolla. Honkasalolla tällä seikalla on merkitystä voimakeinojen käytön välttämättömyyttä arvioitaessa. Oikeusjärjestyksen suojelemisen lisäksi hyökkääjän henkilöön liittyvillä tekijöillä on merkitystä myös arvosteltaessa yksityisen henkilön oikeushyviensuojelua. Näissä tapauksissa puolustautujalle asetetaan velvollisuus pyrkiä välttämään loukkaus turvautumatta voimakeinoihin. Tätä vaatimusta perustellaan sillä, ettei pakeneminen tässä tilanteessa aseta henkilön »miehuullisuutta» kyseenalaiseksi.[76]

Serlachiuksella ja Alasella oikeudettoman hyökkäyksen ja sen tehneen henkilön subjektiivisilla seikoilla on merkitystä myös muissa suhteissa kuin voimakeinojen välttämättömyyttä arvioitaessa. Ne otetaan huomioon arvioitaessa, ovatko suojeltavat ja uhrattavat oikeudelliset intressit suhteellisuusperiaat-

[73] Alanen s. 59.

[74] Alanen s. 56—59.

[75] Alanen ei katso tulkintateoriansa olevan välttämättä ristiriidassa lain sanamuodon mukaisen tulkinnan kanssa. Alanen s. 60—62.

[76] Honkasalo s. 155—156. Tässä yhteydessä Honkasalon esityksestä saa sen käsityksen, että hätävarjelu ei ole pelkästään yhteiskunnan sallima toimintatapa, vaan myös jossakin määrin yksityisen kansalaisen velvollisuus. Pakeneminen vaikuttaa henkilön maineen lisäksi yleisestävyyttä heikentävästi. Syyntakeettoman henkilön hyökkäystä väistäessään pakenija ei aseta oman asemansa ohella myöskään yhteiskunnan etua vaaraan.

teen kanssa sopusoinnussa. Periaate täsmentyy jossakin määrin tarkastellessa syyksiluettavuuden merkitystä intressivertailussa.

Tahalliset rikokset ovat suurempi uhka oikeusjärjestykselle kuin tuottamukselliset. Intressivertailua suoritettaessa on otettava huomioon oikeusjärjestelmän suojelemisen huomattava merkitys suhteessa hyökkääjän intresseihin nähden. Siitä syystä tahallisia oikeudenvastaisia hyökkäyksiä vastaan voidaan käyttää ankarampia voimakeinoja kuin tuottamuksellisia.[77] Intressivertailusta tehdyt johtopäätökset eivät poikkea kovin oleellisesti yli-individuaalisen mallin lopputuloksesta. Hyökkääjän surmaaminen tai vakavien ruumiinvammojen aiheuttaminen ei ole oikeudenmukaista, kun puolustettavan intressin arvo on jyrkässä ristiriidassa »järkevästi ajattelevan ihmisen käsityksen kanssa». Hyökkääjän surmaaminen voi olla oikeudenmukaista myös suojattaessa omaisuutta tahallisilta teoilta. Toisenlainen lopputulos olisi merkittävien yhteiskunnallisten intressien aliarvioimista.[78] Näillä intresseillä Alanen tarkoittaa lähinnä oikeusjärjestyksen suojelemisen huomattavaa painoarvoa. Samoin Serlachiuksen mukaan tahallisissa oikeudenloukkauksissa yksilöllisten intressien merkitys on pelkästään toissijainen ja oikeudenmukaisuusarvostelu perustuu lähinnä välttämättömyysarviointiin.[79] Tuottamuksellisten ja tapaturmaisten oikeudenvastaisten loukkausten torjuminen on oikeudenmukaista, elleivät käytettävät voimakeinot ole puolustettavan intressin arvoon nähden ilmeisessä epäsuhteessa.[80]

Intressivertailua on arvosteltu sen epämääräisyyden johdosta. Alanen pyrkii torjumaan arvostelun ongelmallisten tilanteiden vähäisellä määrällä ja sillä, että eri henkilöillä on varsin yhdenmukaiset käsitykset oikeudenmukaisuudesta.[81] Alasen argumentointi ei vakuuttanut hänen vastaväittäjänään toiminutta Serlachiusta. Lausunnossaan hän kritisoi väitöskirjaa siitä, ettei oikeustajunnan merkitystä täsmennetä.[82] Intressivertailua voidaan kritisoida myös siitä, että se palautetaan viime kädessä oikeuden väärinkäyttöä koskevaan kieltoon ja kansan oikeustajuntaan.

---

[77] Alanen s. 116 ja 120 sekä Serlachius 1909 s. 108.

[78] Serlachius 1909 s. 116.

[79] Serlachius 1909 s. 109.

[80] Serlachius 1909 s. 120.

[81] Serlachius 1909 s. 118—119.

[82] *Serlachius,* Allan, Virallisen vastaväittäjän lausunto kirjasta Alanen Aatos, Hätävarjelus yksityisen käyttämänä oikeussuojakeinona, Helsinki 1925. LM 1926 s. 27—29. Serlachiuksen mukaan Alanen oli puolustautunut ilmoittamalla tekeillä olevasta oikeustajuntaa koskevasta monografiasta. Vastaväittäjän omaa tuotantoakin vaivaa samassa yhteydessä vastaava epätäsmällisyys.

Lopputulosta arvioitaessa vaikuttaa siltä, ettei intressivertailuun perustuva hätävarjelumalli, Serlachiuksen ja Alasen esittämässä muodossa, tarjoa todellista vaihtoehtoa yli-individuaalisen mallin monistiselle käsitykselle.[83] Oikeusjärjestyksen suojelemiselle annetaan niin huomattava merkitys, että yksilöllisille intresseille jää vain vähäinen painoarvo. Tästä näkökulmasta lähtien vääryyden olemattomuuteen perustuva käsitys ja intressivertailuun perustuva malli johtavat hyvin pitkälle samanlaisiin lopputuloksiin.

Saksalaisessa rikoslainopissa on jatkuvasti käsitelty hätävarjelun rajoittamista. Varsin pitkälle ollaan yksimielisiä siitä, että voimakeinojen käyttöä voidaan rajoittaa legaliteettiperiaatteen estämättä. Erimielisyyttä esiintyy lähinnä »sosiaaliseettisten syiden» muotoilusta ja niiden asemasta hätävarjelumallissa. Rajoittamisperusteet esitetään usein hätävarjelukäsityksen ulkopuolisina periaatteina. Toisena vaihtoehtona on niiden sisällyttäminen joko monistiseen (individuaalinen tai yli-individuaalinen) tai dualistiseen malliin (individuaalisen ja yli-individuaalisen aspektin yhdistelmä).

Seuraavaksi käsittelen Claus Roxinin esitystä hätävarjelusta ja voimakeinojen käytön sallittavuuden arvioinnista. Roxinin perusajatuksena on rikoslainopin käsitteiden ja systematisoinnin kiinteä suhde kriminaalipolitiikkaan. Rikosoikeudelliset käsitteet on johdettava kriminaalipolitiikan tavoitteista.[84] Rikosoikeudellisten oikeuttamisperusteiden tehtävä on sosiaalisten konfliktien oikeudellinen ratkaiseminen. Oikeuttamisperusteet tuovat rikosoikeudelliseen järjestelmään yhteiskunnan kehityksen edellyttämän dynaamisen aspektin.[85]

Hätävarjelulla on dualistinen perusta: suojeluperiaate (Schutzprinzip) ja

[83] Tämä vaikutelma korostuu kun tarkastellaan hätävarjelun rajoittamista muilta kuin voimakeinojen määrää koskevilta osin. Alasen mielestä hyökkäyksen välttäminen pakenemalla on yhteiskunnan kannalta haitallista. Tärkeämpää kuin pyrkiä estämään hyökkääjän intressien loukkaaminen, on oikeusjärjestelmän puolustaminen. Hyökkäyksen ennalta-arvattavuus ei vaikuta oikeudenmukaisuutta koskevaan arviointiin, koska yleinen etu vaatii, ettei ihmisten liikkumisvapautta rajoiteta. Hyökkäyksen provosoiminen ei ole myöskään merkityksellinen, sillä se ei muuta oikeudenvastaisen hyökkäyksen luonnetta. Tämä mielipide on johdonmukainen Alasen omaksuman muodollisen oikeudenvastaisuuskäsityksen kanssa, joka ei salli kuin kaksi ratkaisuvaihtoehtoa. Teko on oikeudenmukainen tai -vastainen, muita ratkaisuvaihtoehtoja ei ole, koska oikeudenvastaisuudessa ei ole erotettavissa asteita. Oikeudenvastaisuuden aineellisuudella Alanen tarkoittaa niitä perusteita, joiden avulla lainsoveltaja täydentää positiivisen oikeuden tuntemia oikeuttamisperusteita. Alanen s. 127—132 ja 51. Oikeudenvastaisuuden asteellisuudesta ks. esim. *Lahti,* Raimo, Toimenpiteistä luopumisesta rikosten seuraamusjärjestelmässä, Vammala 1974 s. 284—285.

[84] *Roxin,* Claus, Kriminalpolitik und Strafrechtssystem, 2. Auflage, Berlin 1973 s. 14—16 ja Rikoslainopin kriminaalipoliittisesta merkityksestä LM 1989 s. 319—340.

[85] Roxin 1973 s. 24—26.

oikeuden puolustamisen periaate (Rechtsbewährungsprinzip).[86] Tässä kohdin näyttää Roxinin ajattelussa tapahtuneen mielestäni merkittävä muutos vuonna 1973 julkaistun kirjan ja 1981 ilmestyneen artikkelin välillä. Edellisessä julkaisussa Roxin perustaa hätävarjelun kolmeen periaatteeseen. Kahden edellä mainitun periaatteen lisäksi siihen kuuluu oikeusjärjestyksen yleinen suhteellisuusperiaate. Tämä periaate rajoittaa voimakeinojen käyttöä edellyttämällä, ainakin vähäistä, intressien välistä suhteellisuutta. Myöhemmässä tuotannossa Roxinin hätävarjelumallissa ei ole itsenäistä suhteellisuusperiaatetta rajoittamassa voimakeinojen käyttöä.

Rangaistuksen tarkoituksena on yleis- ja erityispreventio.[87] Roxinin mukaan hätävarjelun suojeluperiaate ilmenee erityispreventiivisenä yksilön puolustaessa itseään. Oikeuden puolustamisen periaate vaikuttaa yleispreventiivisesti pelottamalla potentiaalisia rikoksentekijöitä. Mikäli hätävarjelu perustuisi vain suojeluperiaatteeseen puolustautumista rajoittaisi suhteellisuusperiaate. Lainsäätäjän pyrkiessä yleisestävyyteen on puolustautuminen sallittu itsepuolustuksen tarvetta laajemmin. Hyökkääjä joutuu ottamaan huomattavia, omiin intresseihinsä kohdistuvia, riskejä tehdessään yksilön oikeushyviin kohdistuvan rikoksen.[88]

Suojeluperiaate on hätävarjelun ensisijainen perusta. Se on joustamaton normi siinä mielessä, että mikä on välttämätöntä puolustautumiseksi, pysyy aina muuttumattomana.[89] Yleisestävyyden vaatimukset sen sijaan vaihtelevat tilanteiden mukaan. Oikeuden puolustamisen periaate säätelee voimakeinojen määrää kriminaalipoliittisten tarpeiden mukaan. Tästä lähtökohdasta seuraa Roxinin mukaan väistämättömästi, että hätävarjelua rajoitetaan aina yleispreventiivisten tarpeiden salliessa. Roxinin mukaan omenavarasta ei saa ampua, koska näpistys on vähäinen lainrikkomus ja siitä syystä yleispreventiiviset tarpeet ovat vähäiset.[90] Vastaavalla tavalla lasten ja syyntakeettomien henkilöiden oikeudenvastaisia hyökkäyksiä vastaan puolustautuminen on rajoitettua yleispreventiivisten syiden puuttuessa. Syyntakeettomia henkilöitä ei voida rangaistuksin pelottaa. Heidän oikeudenvastainen käyttäytymisensä ei myös-

[86] Roxin 1989 s. 335 ja Die »sozialethischen Einschränkungen» des Notwehrrechts, ZStW 1981 s. 68—104. Nämä termit on suomennettu vaihtelevalla tavalla; vrt. LM 1989 s. 335 ja Lappi-Seppälä s. 423.

[87] Yleispreventiolla Roxin tarkoittaa lähinnä integraatiopreventiota, Roxin 1989, s. 327—328.

[88] Roxin 1981 s. 73—74 ja 1989 s. 335.

[89] Roxin 1981 s. 76.

[90] Roxin 1981 s. 76 ja 1989 s. 335—336.

kään aseta kyseenalaiseksi oikeusjärjestystä, koska ihmiset eivät edellytä heiltä normien mukaista käyttäytymistä.[91]

Mielestäni Roxinin esittämä dualistinen kriminaalipoliittisiin tavoitepäämääriin perustuva hätävarjelumalli ei ole sellaisenaan hyväksyttävissä. Kriminaalipoliittisten tavoitepäämäärien määrittelemä oikeuden puolustamisen periaate ei sisällä kriteereitä, joiden avulla puolustautumisen hyväksyttävyyttä voitaisiin arvioida. Perustelut, joilla Roxin kieltää omenavarkaan ampumisen eivät vakuuta. Omenavarasta ei saa ampua siitä syystä, että hänen oikeudeton tekonsa kohdistuu vähäarvoiseen omaisuuteen ja omenavarkaan intressit ovat arvokkaammat. Tämä kielto ei ole johdettavissa yleispreventiivisistä syistä, kuten Roxin näyttää edellyttävän. Roxin tekee mielestäni samanlaisen virheen kuin ne, jotka yrittävät perustella toisintoimismahdollisuutta rangaistuksen edellytyksenä preventiivisin perustein.[92]

Hätävarjelussa on kysymys erilaisten periaatteiden välisestä ristiriidasta, jotka on yhteensovitettava hätävarjelumallin avulla. Nämä periaatteet ovat tyypiltään arvo- ja tavoiteperiaatteita. Ristiriidan ratkaiseminen edellyttää periaatteiden selvittämistä ja niiden keskinäisen aseman erittelemistä.[93] Henkilön pyrkimys puolustautua oikeudenvastaiselta hyökkäykseltä on samansuuntainen kuin rikosoikeudellisen järjestelmän tavoitteena oleva tärkeiden yksityisten ja yhteisöllisten intressien suojeleminen oikeudenvastaisilta loukkauksilta. Tämän kanssa vastakkainen intressi on hyökkääjän oikeudet. Perinteisesti oikeusjärjestelmän puolustaminen on saanut eri periaatteiden yhteensovittamisessa ylikorostuneen aseman. Joissain tapauksissa yleispreventiiviset näkökohdat ovat saaneet niin vallitsevan aseman, että voimakeinojen käyttö on katsottu oikeudenvastaiseksi vain äärimmäisissä tapauksissa. Suhteellisuusperiaatteella ei ole paljon merkitystä, jos sen avulla pystytään rajaamaan hyväksyttävissä olevan puolustautumisen ulkopuolelle vain sellaiset tapaukset, joissa henkilölle aiheutetaan vakavia vammoja tai kuolema pienen omaisuusarvon suojelemiseksi. Hätävarjeluinstituutio on tarpeen tärkeiden yksilöllisten intressien suojelemisesta poikkeuksellisissa tilanteissa. Voimakeinojen määrää voidaan rajoittaa vain suhteellisuusperiaatteella, joka on arvoperiaate ja selkeästi riippumaton kriminaalipoliittisista tavoitepäämääristä. Yleisprevention toteutta-

[91] Roxin 1981 s. 81—85 ja 1989 s. 336.

[92] Ks. toisintoimismahdollisuuden perustelemisesta *Hart,* H. L. A., Punishment and Responsibility, Oxford 1978, s. 44 ja *Schünemann,* Bernd, Die Funktion des Schuldprinzips im Präventionsstrafrecht s. 153—195, erityisesti s. 171, teoksessa Grundfragen der modernen Strafrechtssystems, herausgegeben Bernd Schünemann, Berlin 1984.

[93] Lappi-Seppälä s. 423, jossa käsitellään Roxinin vuoden 1973 hätävarjelumallia.

minen on jätettävä viranomaisten toimien varaan. Oikeusjärjestelmän puolustamisella ei voida justifioida merkittävää yksilön intressien loukkaamista suhteellisuusperiaatteen asettamien rajoitusten yli.

Rikoslaki Suomen Venäjän-suhteiden kompastuskivenä

Lainsäädäntöneuvos, dosentti *Markku Tyynilä*

Vuoden 1888 valtiopäivillä hyväksytyn ja keisarin 20. 11./2. 12.1889 vahvistaman ja senaatin 19. 12. 1889 antaman Suomen Suuriruhtinaanmaan Rikoslain oli määrä tulla voimaan vuoden 1891 alusta. Runsaat kaksi viikkoa ennen voimaantuloa, 1/13. 12. 1890, annetulla julistuskirjalla rikoslain voimaantulo kuitenkin lykättiin toistaiseksi.[1]

Omakätisesti allekirjoittamassaan ja ministerivaltiosihteeri C. Ehrnroothin varmentamassa julistuskirjassa keisari Aleksanteri III ilmoitti, että »niitten haittain ja vaikeuksien poistamiseksi, jotka syntyvät Suomen Suuriruhtinaanmaan uuden rikoslain sekä siihen kuuluvain asetusten 20 p:nä Joulukuuta 1890/1 p:nä Tammikuuta 1891 tapahtuvaksi määrätyn voimaan-panemisen kautta» olivat Venäjän oikeusministeri ja valtakunnanneuvoston kodifikaatio-osaston ylijohtaja saaneet toimeksi yhdessä Suomen kenraalikuvernöörin ja ministerivaltiosihteerin kanssa sopia niistä toimista, »joihin mainitun tarkoituksen saavuttamista varten» oli ryhdyttävä.

Niin ikään keisari ilmoitti, »hyväksyttyämme ne ehdotukset, jotka he tässä tarkoituksessa ovat erityisessä neuvottelussa valmistaneet», nähneensä »hyväksi armossa säätää», että 1) tammikuuksi 1891 kokoon kutsutuille valtiosäädyille oli tehtävä »ilmoitus niistä muutoksista Suomenmaan uuteen rikoslakisääteeseen, jotka ovat välttämättömyyden vaatimia», 2) että »tämän lakisääteen voimaan-astuminen» oli jätettävä siksi kunnes keisari oli vahvistanut säätyjen alamaisen esityksen edellisessä kohdassa mainitusta asiasta ja 3) että »määräykset nyt noudatettavana olevassa asetuksessa oikeudenkäymisen jär-

[1] Kaksoispäiväyksistä edellinen on Venäjän »vanhan luvun», jälkimmäinen Suomen »uuden luvun» mukainen. Yksinkertaiset päiväykset tarkoittavat uutta lukua.

jestyksestä niissä asioissa, jotka koskevat rikoksia, joita Suomenmaan asukkaat ovat tehneet Venäjällä tahi Venäjän kuvernementtien asujamet Suomessa», pysyivät voimassa senkin jälkeen kun uusi rikoslaki oli pantu täytäntöön ja että Suomen virastot ja virkamiehet olivat velvolliset keisarikunnan asukkaita koskevia päätöksiä antaessaan ja täytäntöön pannessaan »ottamaan lukuun niitä oikeuksia ja erioikeuksia, joita nämät Keisarikunnan lakien mukaan nauttivat».[2]

Julistuskirjan 3 kohta paljastaa, mikä oli »haittain ja vaikeuksien» syvin syy. Venäläiset lakimiehet katsoivat, että Suomen sisäisellä lainsäädännöllä oli yksipuolisesti muutettu kohdassa mainittua yleisvaltakunnalliseen lainsäädäntöön kuuluvaa, Suomessa 2. 7. 1826 voimaansaatettua asetusta. Tämän asetuksen mukaan oli pääsääntönä, että suomalaisten Venäjällä ja venäläisten Suomessa tekemät rikokset tutkittiin ja tuomittiin tekopaikan tuomioistuimessa, ja tätä oli sovellettava myös omaa maanmiestä vastaan toisessa maassa tehtyihin rikoksiin. Asetuksessa säädettiin myös sovellettavasta laista: tuomioiden ja päätösten tuli perustua sen maan lakeihin, jossa tuomio annettiin. Oikeuksiin ja erioikeuksiin puuttuvat tuomiot oli kuitenkin ehdottomasti alistettava keisarin tutkittaviksi ja vahvistettaviksi.[3] Vuoden 1826 asetus oli — kenraalikuvernööri Feodor Heidenin aloitteesta — tosin kyllä rikoslain antamisen yhteydessä annetulla erillisellä julistuksella määrätty jäämään voimaan, mutta vain sikäli kuin siinä olevia käskyjä ei ollut »uuden yleisen lainsäädännön kautta muutettu tahi kumottu».[4]

Rikoslain soveltamisalaa koskevat säännökset puolestaan oli kirjoitettu siten, että Suomen lakia sovellettiin suomalaisen paitsi Suomessa myös »suomalaisessa laivassa» tai Suomea tai suomalaista vastaan Suomen ulkopuolella tekemään rikokseen, ja keisarin määräyksestä suomalaisen muuhunkin Suomen ulkopuolella tekemään rikokseen. Myös siihen,»joka ei ole Suomen kansalainen, mutta tässä maassa tavataan», oli sovellettava Suomen lakia, jos hän oli tehnyt rikoksen Suomessa tai Suomen ulkopuolella suomalaisessa laivassa, ja keisarin määräyksestä myös silloin, jos hän oli tehnyt Suomen ulkopuolella rikoksen suomalaista vastaan. Niistä, jotka olivat Venäjän valtakunnan alamaisia, ei lakiin ollut otettu mitään erityissäännöksiä, joten heidät rinnastettiin kaikkiin muihin, jotka eivät olleet Suomen kansalaisia.[5]

---

[2] AsK 27/1890.

[3] A 2. 7. 1826 1, 9, 14 ja 15 §, Samling af Placater 5 s. 110—115.

[4] AsK 39/1889 s. 114.

[5] RL 1 luku, AsK 39/1889.

Kysymykseen liittyvästä tutkimuksesta

Vanhemmassa suomalaisessa kirjallisuudessa on rikoslain lykkäämiskysymystä seikkaperäisesti selostanut *E.G. Palmén* 1915 — 1917 ilmestyneessä isänsä J.Ph. Palménin elämänkerrassa.[6] Uudempaa tutkimusta asiassa edustavat *Berndt Federleyn* Historisk Tidskriftissä 1969 julkaisema artikkeli[7] sekä saksalaisen historiantutkijan *Robert Schweitzerin* vuonna 1978 ilmestyneessä väitöskirjassaan »Autonomie und Autokratie» esittämä terävä analyysi rikoslain valtiosääntöoikeudellisista implikaatioista; *Schweitzerin* väitöskirjassa on muutoinkin esitetty tuore ja uusia näköaloja avaava kuva varsinkin Aleksanteri III:n ajasta.[8] Venäläisen osapuolen näkökannat on jo 1891 esitetty lykkäämiseen keskeisesti vaikuttaneen muistion laatijan, Venäjän rikoslakikomitean jäsenen N.S. Tagantsevin artikkelissa, joka jo samana vuonna julkaistiin myös Suomessa, ruotsiksi käännettynä.[9]

Federleyn esittämä kuva, että rikoslain lykkäämisen samoin kuin vuonna 1882 vireille tulleen Suomen lakien kodifiointihankkeen taustalla olisi ollut Venäjän viranomaisten suunnitelmallinen hyökkäys Suomea kohtaan, ei uudemman tutkimuksen valossa tunnu uskottavalta.[10] Federleyn käsitys suomalaisten »viattomuudesta» — hänen mukaansa »me elimme omaa elämäämme luottaen keisarin vakuutuksiin ja olimme tottuneet pitämään maata perustuslaillisesti hallittuna valtiona»[11] — kääntyy sitä paitsi itseään vastaan, koska sen mukaan suomalaiset olisivat olleet perin lapsellisia ja saamattomia. *Palmén* jo aikanaan näki syyn suomalaisissakin, mutta korosti venäjän kielen huonon taitamisen merkitystä muiden, olennaisempien kysymysten kustannuksella. *Schweitzerin* antama kuva, jossa otetaan huomioon niin suomalaisten kuin venäläistenkin pyrkimykset, antaakin monipuolisimman kuvan tapahtumista.

Perimmältään lykkäämisen taustalla olivat suomalais-venäläiset näkemys-

---

[6] E. G. Palmén, Till hundraårsminnet af J.Ph. Palmén II. Helsingfors 1915—17, s. 1050—59 ja 1114—28.

[7] Berndt Federley, Storfursdendömet Finlands författningar och de allmänna rikslagarna, HTF 1969 s. 41—61 ja 127—166.

[8] Robert Schweitzer, Autonomie und Autokratie, Giessen 1978, erit. s. 240—256.

[9] N. S. Tagantzeff, Nådiga Manifestet af den 1/13 December 1890 och Finlands Strafflag, Helsingfors 1891. Suomeksi: N. S. Tagatseff, Kaikkeinkorkein Manifesti 1/13 p:ltä joulukuuta 1890 ja Suomen rikoslaki, Tukholma 1912.

[10] Schweitzer passim. Osmo Jussila, Nationalismi ja vallankumous venäläis-suomalaisissa suhteissa 1899—1914, Forssa 1979, s. 27—36. Kodifikaatiohankkeen alkuvaiheista Markku Tyynilä, Lainvalmistelukunta 1884—1964, Vammala 1984, s. 94—120.

[11] M.a. s. 131.

erot Suomen valtiollisesta asemasta. »Suomen valtiota» koskevien käsitysten kehittymisestä on *Osmo Jussila* äskettäin julkaissut tutkimuksen »Maakunnasta valtioksi», jossa hän antaa varsinkin Leo Mechelinin kansainväliselle propagandatyölle 1880 — 1890-lukujen vaihteessa keskeisen tunnustuksen siitä, että käsitys »Suomen valtiosta» levisi maailmalle. *Jussila* kutsuu Suomen asemasta noina aikoina käydyn venäläis-suomalaisen julkisen polemiikin osapuolia »Suomi-syöjiksi» ja »valtiomaakareiksi».[12]

»Suomi-syöjien» ja »valtiomaakarien» kiistalla oli rikoslain lykkäämisessä toissijainen merkitys. Kysymys oli pikemminkin siitä, että rikoslaki samoin kuin A.B. von Weissenbergin johtaman perustuslakien kodifioimiskomitean 1886 valmistunut ehdotus Suomen hallitusmuodoksi nostivat kysymyksen Suomen perustuslaillisesta asemasta viralliselle tasolle. Yhdessä samoihin aikoihin vireille tulleiden posti-, tulli- ja rahalaitosten yhdistämistä koskeneiden kysymysten kanssa nämä johtivat Suomen ja keisarinvallan pitkään vallinneen konsensuksen rikkoutumiseen — tällä kerralla tosin vain väliaikaisesti.

Jos *Federleyn* esittämä käsitys venäläisten virkamiesten suunnitelmallisesta toiminnasta Suomen erikoisaseman hävittämiseksi pitäisi paikkansa, olisi rikoslaki tuskin edennyt vahvistamiseen asti. Itse asiassa kävi niin, että rikoslakiasian saama käänne tuli yllätyksenä paitsi suomalaisille myös keisari Aleksanteri III:lle ja kenraalikuvernööri Heidenille.

Toisaalta eivät myöskään suomalaiset rikoslakimiehet voineet olla tietämättömiä lakiin sisältyvistä riskitekijöistä. Venäjän rikoslakikomitean ehdotus Venäjän rikoslain yleiseksi osaksi oli nimittäin ollut jo 1883 lausunnolla Helsingin yliopistossa, ja lainopillisen tiedekunnan dekaanin professori Jaakko Forsmanin allekirjoittamassa lausunnossa esitettiin muistutuksia niitä säännöksiä vastaan, joissa Suomea käsiteltiin Venäjän osana.[13]

Rikoslaki ja vuosien 1888 — 1891 kriisit

Aleksanteri III:n hallituksen alkuvuodet olivat perustuslaillisen menon aikaa Suomessa. *Schweitzerin* mukaan Aleksanteri III todellisuudessa oli »ehkä Suomen ainoa aito perustuslaillinen monarkki siinä mielessä, että hän hyväksyi luonnollisina mielipide-erot säätyjen kanssa ja lähetti monet ehdotukset koskemattomina takaisin valtiopäiville niin monta kertaa, kunnes ne tulivat hä-

[12] Osmo Jussila, Maakunnasta valtioksi, Juva 1987.

[13] Tagantseff 1912 s. 5—6. Federleyn, m.a. s. 130, mukaan lausunnon konseptia ei löydy yliopiston arkistosta.

nen hyväksyttävissään olevassa muodossa hyväksytyiksi. Hän myös saattoi voimaan aloiteoikeuden ja valtiopäivien kolmivuotiskauden perustuslakielementit, joita vastaan hänen isänsä oli aina hangoitellut.»[14] Tämä tosin koskee vain Suomea: Venäjä oli Aleksanteri III:n vuonna 1881 »toimenpiteistä hallitusjärjestelmän ja yleisen rauhallisuuden suojelemiseksi» antaman säädöksen myötä muuttunut byrokraattiseksi poliisivaltioksi; Suomessa ei vuoden 1881 poikkeuslakia sovellettu.[15]

Keisarin ja Suomen välien säilyessä rikkumattomina oli kenraalikuvernööri Heiden edustanut Suomessa Venäjän viranomaisten näkemyksiä ja pyrkinyt omilla diplomaattisilla ja »pehmeillä» keinoillaan »palauttamaan Suomea Äiti-Venäjän syliin».[16] Heidenin ja senaatin suhteet olivat kuitenkin pysyneet korrekteina, ja suomenmielisten kanssa Heiden tunnetusti oli kiinteässä yhteistoiminnassa.

Aleksanteri III:n hallituksen ja Suomen hallituselinten välille syntyi kuitenkin 1888 — 1891 joukko erimielisyyksiä, jotka saivat aikaan tietynasteisen molemminpuolisen luottamuspulan. Nämä koskivat — paitsi hallitusmuotoehdotusta ja rikoslakia — muun muassa lakien johtolauseen sanamuotoa sekä kysymystä posti-, tulli- ja rahalaitosten yhdistämisestä.

Johtolausekiistassa, jossa sanamuoto »Suomenmaan valtiosäätyjen suostumuksella ja myönnytyksellä» korvattiin formulalla »Suomenmaan säätyjen alamaisesta esityksestä», kävi ilmi, että 1880-luvun loppupuolelle tultaessa olivat näkemykset vallan rajoista kasvaneet erilleen.[17] Johtolausekiistassa oli vielä kysymys enemmän periaatteista, kun taas posti-, tulli- ja rahalaitosasiassa oli kysymys todellisista eturistiriidoista. Postiasiassa päädyttiin kuten tunnettua Suomen postilaitoksen yhdistämiseen Venäjän postilaitokseen; raha- ja tullilaitosasiat taas jäivät loppujen lopuksi sillensä.

Venäjän lehdistössä noina aikoina käynnistettyyn kampanjaan Suomea vastaan on tutkimuksessa kiinnitetty paljon huomiota.[18] Keisarin toimenpiteiden taustalla olivat kuitenkin yhtenäistyvän ja keskittyvän Venäjän valtakunnan vaatimukset, eivät niinkään lehdistön hyökkäykset. Keisarin pyrkimyksenä oli rehabilitoida oma Suomen politiikkansa ja vetää Suomen erikoisasema pois

[14] Schweitzer s. 112—113.

[15] Jussila 1979 s. 27—28.

[16] Heidenin »ohjelmasta» ks. Osmo Jussila, Venäläinen Suomi, Porvoo 1983, s. 86—87.

[17] Jussila 1979 s. 31. Schweitzer s. 112—113. Laajemmin Berndt Federley, Med Finlands ständers bifall och samtycke, HTF 1960 s. 126—152.

[18] Ks. esim. Erkki Sinkko, Venäläis-suomalainen lehdistöpolemiikki 1890—1894, Tampere 1976, passim.

kritiikin tulilinjalta, sen perusteisiin kuitenkaan kajoamatta. Tulos tosin oli sekä Venäjällä että Suomessa toisenlainen kuin tarkoitus.[19]

Posti-, tulli- ja rahalaitosasiassa Aleksanteri III ensimmäisen kerran kunnolla suuttui Suomen senaattiinsa. Kun hän oli saanut marraskuussa 1889 Heideniltä senaatissa näistä kysymyksistä laaditut muistiot, hän lähetti muistiot ministerivaltiosihteeri Ehrnroothille varustettuna omakätisesti kirjoittamallaan saatelapulla, jossa hän kertoi olevansa »hämmästynyt mistä on kysymys, Venäjän valtakunnan osasta vai ulkomaan valtiosta. Mikä se lopultakin on. Kuuluuko Venäjä Suomeen tai onko se sen osa, vai kuuluuko Suomen Suuriruhtinaskunta Venäjän Keisarikuntaan.»[20]

Kun johtolause- sekä posti-, tulli- ja rahalaitoskiistassa oli kysymys venäläisen osapuolen vaatimasta muutoksesta vallitsevaan tilaan, oli rikoslakiasiassa — samoin kuin von Weissenbergin komitean hallitusmuotoehdotuksessa — kysymys suomalaisten ajamista muutoksista; muutoshankkeestahan oli kiistatta kysymys, kun suomalaisten omaksuma tulkinta Suomen valtiollisesta asemasta haluttiin vahvistaa nimenomaisilla lainsäännöksillä.

Rikoslakiasiassa suomalaisten pyrkimykset olivatkin vähällä onnistua, mutta se, että keisari havahtui vasta viime tingassa — tai oikeastaan vasta vähän sen jälkeen — vaikutti vastaavasti dramaattisemmin Suomen Venäjän-suhteisiin. Kirjallisuudessa ei juuri ole kiinnitetty huomiota siihen keskeiseen merkitykseen, joka juuri rikoslakikysymyksellä oli yleisvaltakunnallista lainsäädäntöä koskevien kysymysten esilletulolle ja kehitykselle kohti helmikuun manifestia, jolla keisari Nikolai II vuonna 1899 yksipuolisesti vahvisti yleisvaltakunnallisissa lainsäädäntöasioissa noudatettavan järjestyksen.

Tämän artikkelin puitteissa ei ole mahdollista lähemmin pohtia suomalaisten rikoslakimiesten sekä senaatin ja valtiopäivien motiiveja. Peliä kuitenkin pelattiin melkomoisen suurilla panoksilla, eikä selityksi kelpaa ainakaan se, että otettujen riskien suuruutta ei olisi ymmärretty. Muualla tässä artikkelikokoelmassa pohdittaneen kysymystä siitä, oliko vuoden 1889 rikoslaki jo syntyessään vanhentunut. Rikoslain säännökset Suomen valtioasemasta ainakin olivat reilusti aikaansa edellä.

Rikoslain vaiheet hyväksymisestä lykkäämiseen

Rikoslain valmistelu oli edennyt puhtaasti suomalaisena hankkeena, ilman

[19] Schweitzer s. 227—229. Jussila 1979 s. 31.

[20] Palmén s. 1084. Ruotsink. käännös myös kokoelmassa Poliittisluontoisia asiakirjoja, 4/kansio 3/VA.

yhteyksiä samoihin aikoina käynnissä olleeseen Venäjän rikoslain valmisteluun. Keisari sitä paitsi oli itse 1882 ja 1883 kiirehtinyt hanketta, jouduttuaan armonanomusten kautta jatkuvasti puuttumaan Suomen voimassa olleiden lakien mukaan tuomittuihin drakonisiin rangaistuksiin.[21] Suomen rikoslakiasiantuntijat olivat — kuten edellä on todettu — perillä venäläisistä suunnitelmista, mutta suomalaiset varoivat visusti sitä, että Venäjän viranomaiset olisivat päässeet sekaantumaan Suomen asioihin.

Kuten tunnettua, rikoslakiesitys annettiin sekä vuoden 1885 että 1888 valtiopäiville, koska valiokuntakäsittelyä ei ehditty saattaa loppuun edellisillä valtiopäivillä.[22] Ministerivaltiosihteeri Theodor Bruun venäläisenä lainsäädäntöasiantuntijana[23] havaitsi rikoslakiehdotuksessa piilevät konfliktinaiheet, ja jälkimmäisellä kerralla hän myös pyysi ehdotuksesta Tagantsevin yksityiset kommentit, mutta ei halunnut perustuslakien kodifikaation ollessa vireillä puuttua asian valtiosääntöoikeudelliseen puoleen. Ilmeisesti hän sitä paitsi ei vanhana ja sairaana miehenä enää edes jaksanut ryhtyä tekemään asiasta suurta riitaa; Bruun kuoli syyskuussa 1888. Bruunin epäröintiä osoittaa myös se, että hän tutki ensimmäistä esitystä peräti puoli vuotta ennen sen viemistä Suomen asiain komiteaan ja esittelyyn, mikä viivästytti esityksen antamista vuoden 1885 valtiopäiville.[24]

Suomen asiain komiteassa tehtiin molemmilla kerroilla kenraalikuvernööri Heidenin huomautusten johdosta esitykseen muutamia kosmeettisia korjauksia pyyhkimällä pois kohdat joissa puhuttiin Suomesta ja Venäjästä kahtena valtiona ja muuttamalla valtiopetosta koskevan pykälän (RL 11:2) 2 kohdan sanonta »joku osa Suomesta erottaa tai Venäjästä irti lohkaista» muotoon »joku osa Suomesta Venäjän keisarikunnasta irti lohkaista».[25] Vaikka R.A. Wrede arvosteli muutosta vuoden 1885 valtiopäivillä venäläisiä näkemyksiä edustavana[26], oli se venäläistenkin kantoja silmällä pitäen epäonnistunut, kos-

[21] Federley 1969 s. 127—129. Palmén s. 1052 — 53. Federley pitää v:n 1882 kiirehtimistä ilmauksena Venäjän virkamiesten pyrkimyksistä koordinoida Venäjän ja Suomen rikoslakien valmistelua. Suomen rikoslakihankkeen itsenäinen eteneminen puhuu kuitenkin tätä käsitystä vastaan.

[22] Esitys 36/1885 vp/A III ja 1/1888 vp/A I.

[23] Bruun oli vuodesta 1844 ollut virkamiehenä keisarin oman kanslian II osastossa eli kodifikaatio-osastossa ja lopulta 1872—81 sen apulaisjohtajana ennen tuloaan ministerivaltiosihteerin apulaiseksi ja ministerivaltiosihteeriksi. Keisarin kanslian II osaston tilalle perustettiin 1882 valtakunnanneuvoston kodifikaatio-osasto.

[24] Schweitzer s. 242—243. Ks. myös Palmén s. 1053—54 ja Tagantseff 1912 s. 5—6.

[25] Federley 1969 s. 133. Käsittelystä Suomen asiain komiteassa 1885 Theodor Cederholm, Politiska minnen, Helsingfors 1924, s. 142—145.

[26] Federley 1969 s. 134.

ka nyt sen ulkopuolelle jäi kokonaan osan irtilohkaiseminen varsinaisesta Venäjästä, mihin seikkaan Tagantsev aikanaan lausunnossaan kyllä ymmärsi puuttua.[27]

Rikoslain tultua vuoden 1888 valtiopäivillä hyväksytyksi käynnisti K. Ordin »Moskovskija Vedomostin» Helsingin kirjeessä arvostelun sitä vastaan; hänen mukaansa ei enää ollutkaan puhuttava »civis Romanuksesta» vaan voitiin sanoa »civis Fenniae sum». Ordin kääntyi myös Venäjän oikeusministeriön ja kodifikaatio-osaston puoleen, mutta nämä rauhoittelivat Ordinia sillä, että niille varmasti vielä tulee tilaisuus antaa lausuntonsa Suomen rikoslaista. Kenraalikuvernööri Heiden kuitenkin suhtautui asiaan vakavammin, ja hän sai ministerivaltiosihteeri Ehrnroothin tuella aikaan sen, että Suomen asiain komiteassa lakinippuun lisättiin — Robert Montgomeryn vastustuksesta huolimatta — julistus, jossa nimenomaisesti todettiin, että vuoden 1826 asetus pysyi voimassa.[28]

Muutamaa päivää lakien vahvistamisen jälkeen Ordin kääntyi vielä suoraan keisarin puoleen, ja keisari käskikin palauttamaan jo Helsinkiin lähetetyt asiakirjat Pietariin. Heiden ja Ehrnrooth — kaksi kenraalia — saivat keisarin tämän ärtymyksestä huolimatta taivutelluksi omalle kannalleen, ja asiakirjat olivat jo kuuden päivän kuluttua matkalla takaisin Helsinkiin. *Schweitzerin* mukaan tämä osoittaa, kuinka vähäinen Ordinin suora vaikutus Suomen asioihin oli — »jopa silloin kun hän oli oikeassa».[29]

Kun senaatin plenum 19. 12. 1889 päätti lakien julkaisemisesta, »antamisesta», oli kenraalikuvernööri — senaatin puheenjohtaja — Heiden tavoistaan poiketen henkilökohtaisesti paikalla. Näin myös asetuskokoelmassa 39/1889 julkaistujen lakien allekirjoituksiin tuli nimikirjoitus »F. HEIDEN» suurella painettuna senaattorien nimikirjoitusten yläpuolelle. Tämä nimikirjoitus jäi pysyväksi muistoksi siitä, että Heiden — hänen omalta kannaltaan asiaa arvioiden — oli senaatin plenumissa 19. 12. 1889 väärässä paikassa. Vuosien 1888—1891 kriisien myötä Heiden oli joutunut löytämään paikkansa keisarille uskollisena venäläisenä virkamiehenä, eikä hänen »haksahduksensa» rikoslakiasiassa tietenkään lisännyt hänen suopeuttaan suomalaisten perustuslakitulkintoja kohtaan.

Suomen rikoslain ja siihen liittyvien säädösten ilmestyttyä venäjäksi alkoi Venäjän lehdistössä jälleen arvostelu. Venäjän sensuurin antama julkinen varoitus hiljensi Suomen vastaista kirjoittelua, mutta tässä vaiheessa myös Ve-

[27] Schweitzer s. 253 alav. 1.

[28] M.t. s. 244—245. Lehdistöpolemiikista myös Sinkko s. 52—56.

[29] M.t. s. 246.

näjän viranomaiset ryhtyivät perehtymään asiaan. Tagantsev laati rikoslaista lausunnon, jonka valtakunnanneuvoston kodifikaatio-osasto julkaisi painettuna. Aikaisemmin ei ollut tapahtunut, että Venäjän viranomaiset olisivat ryhtyneet antamaan Suomen lainsäädäntöasioissa lausuntoja ilman keisarin eri määräystä, mutta Tagantsev saattoikin lausunnossaan — Venäjän rikoslain valmisteluun liittyen — pohtia lainsäädäntöjen yhteensovittamisongelmia. Lausunnossaan Tagentsevin oli helppo osoittaa, että suomalaisella lailla oli yksipuolisesti muutettu Venäjän vuoden 1826 säädöstä territoriaaliperiaatteista; Heidenin läpiajama julistus vuoden 1826 lain voimassapysyttämisestä ei muuttanut tätä asiaintilaa. Lausunnossa tietysti kiinnitettiin huomiota myös siihen, että Venäjä rinnastettiin rikoslaissa »ulkomaihin».[30]

Tagantsevin lausunto eteni hitaasti virkatietä; vasta lokakuussa oikeusministeri Nikolai Manassein ja kodifikaatio-osaston päällikkö E.V. Frisch esittelivät sen keisarille. Asiaa käsittelemään asetettiin suomalais-venäläinen sekakomissio, minkä lisäksi se käsiteltiin Heidenin johtamassa konferenssissa, jonka muut osanottajat olivat Manassein, Frisch ja Ehrnrooth; Ehrnroothin tehtäväksi jäi konferenssissa yrittää suojella Suomen säätyjä selittämällä, etteivät ne olleet menettelyllään pyrkineet tarkoituksellisesti aiheuttamaan vahinkoa Venäjälle. Tätä koskevaan pöytäkirjan kohtaan keisari Aleksanteri merkitsi paksulla lyijykynällään huomautuksen: »En usko, että on niin!» (»Ne dumaju, tšto eto tak!»).

Schweitzer esittää tapahtuman perusteella sattuvan tilinpäätöksen:

> »Suomalaisten tsaarin luona nauttiman luottamuksen pääoma, joka oli puolen vuosisadan aikana koottu ja kahden vuosikymmenen ajan tuottanut korkoa, oli nyt tuhlattu muutaman vuoden huolettomalla taloudenpidolla. Suomalaiset käyttivät avoimesti rajoittamatonta lainsäädäntävaltaa kiinnittämättä mitään huomiota Venäjän etuihin.»[31]

Ehrnrooth oli nyt pahassa välikädessä. Rikoslakia oli muutettava, mutta mitään mahdollisuutta asian saattamiseen säätyjen käsiteltäväksi ennen uuden rikoslain voimaantuloa eli vuoden 1891 alkua ei ollut. Tästä syystä hän joutui esittelemään keisarille 1/13. 12. 1890 alussa mainitun manifestin, jolla rikoslain voimaantulo lykättiin.

---

[30] Schweitzer s. 250—254. Ks. myös Palmén s. 1114. Palménin mainitsema venäläisten lakimiesten — myös Tagentsevin — huolenpito siitä, että majesteettirikosten rangaistukset olivat liian lieviä, oli ilmeinen syötti, jolla vakavampi mutta teoreettisempi kritiikki markkinointiin. Ks. niin ikään Federley 1969 s. 136—137, jossa selostetaan myös Robert Montgomeryn Tagantseville kirjoittamaa vastinetta.

[31] M.t. s. 254—255. »Huolettoman taloudenpidon» asemesta olisi tosin nyttemmin — 1989 — kuvaavampaa puhua »poliittisesta kasinopelistä».

Aikalaistietojen mukaan Ehrnrooth oli selittänyt prokuraattori Willy Caloniukselle, että rikoslain lykkääminen oli ainoa keino pelastaa säädyille mahdollisuus myötävaikuttaa rikoslakiin vaadittuihin muutoksiin, jotka muutoin olisi ilman muuta dekretoitu hallinnollista tietä.[32] Jos valinta oli tehtävä kahden pahan välillä, oli lykkääminen toki pienempi paha kuin säätyjen syrjäyttäminen. On nimittäin muistettava, että voimaantuloajankohdan oli määrännyt keisari yksin, ja vaikka jo promulgoidun lain voimaantuloon kajoaminen tulkittiinkin Suomessa lainvastaiseksi, oli se tietenkin pienempi laittomuus kuin säätyjen hyväksymän lain hallinnollinen muuttaminen.

Pohjaa Ehrnroothin arveluille antaa se, että Aleksanteri III oli jyrännyt postilaitosten yhdistämisen läpi yksipuolisesti antamallaan manifestilla. Ja vaikka Aleksanteri III ei olisikaan rikoslakiasiassa mennyt näin pitkälle, olisi Ehrnroothin kieltäytyminen esittelystä vain antanut hänelle itselleen suomalaisten silmissä sankarinkruunun tai marttyyrinsädekehän, koska keisarin päätä hän tuskin enää olisi eronpyynnölläkään pystynyt kääntämään. Lopputulos kuitenkin oli, että rikoslain muutokset tulivat aikanaan säädetyiksi laillisessa järjestyksessä ja säätyjen oikeuksia kunnioittaen.

Kuriositeettina voidaan tässä yhteydessä mainita, että senaatti oli rikoslakihankkeen alkuvaiheissa, toukokuussa 1865, käsitellessään vuosien 1863—64 valtiopäivillä hyväksyttyä vastausta esitykseen, joka koski erinäisten aikaisemmin käytössä olleiden rangaistusten lakkauttamista ja uusien käyttöön ottamista jo ennen uuden rikoslain valmistumista, äänestyksen jälkeen katsonut, että säätyjen esityksestä voitiin lakia rikkomatta poiketa kuolemanrangaistuksen osalta ja antaa asetus muilta osiltaan säätyjen esityksen mukaisena.

Senaatin enemmistö vastusti tuolloin säätyjen hyväksymää kuolemanrangaistuksen poistamista. Yllä mainitun säätyjen oikeuksiin tylysti suhtautuvan kannan äänestivät läpi talousosaston jäsenet Seb. Gripenberg, K. Furuhielm, V.Furuhjelm, Robert Trapp, A.L. Born ja M.W. Nordenheim enemmistön vähemmistön ollessa sitä mieltä, että säätyjen esityksen tuli antaa raueta. Senaatin vähemmistö J.V. Snellman etunenässä vaati säätyjen esityksen hyväksymistä, ja prokuraattori Eugen von Knorring jätti pöytäkirjaan vastalauseensa, koska hän katsoi hyväksytyksi tulleen kannan täydellisesti poikkeavan hallitusmuodon 40 §:stä.[33]

---

[32] Palmén s. 1118.

[33] K. W. Rauhala, Keisarillinen Suomen Senaatti 1809—1909 II, Helsinki 1921, s. 27. 1772 HM 40 § kuului: »Kuningas älköön säätyjen tiedotta ja suostumuksetta tehkö uutta lakia tai vanhaa kumotko». Yllämainituista »säätyjen syrjäyttäjistä» V. Furuhjelm oli liberaali, K. Furuhielm lähellä fennomaaneja ja muut konservatiivisia byrokraatteja.

Keisari Aleksanteri II ei kuitenkaan antanut säätyjen päätöksen vastaista asetusta, vaan määräsi koko asiain raukeamaan. Myöhemminkään ei ollut sattunut, että keisari olisi yksipuolisesti muuttanut säätyjen päätöstä. Senaattikin oli sittemmin oppinut paremmin pitämään kiinni säätyjen oikeuksista.

Heidenin johtaman konferenssin ehdotusten tultua marraskuussa 1890 senaatin tietoon senaatti käsitteli kysymystä 2. 12. 1890 pitämässään salaisessa plenumissa. Vähemmistö (Oscar Gylling, Isak Fellman, N.K. Hornborg, Th. Cederholm, H. Molander ja S. W. von Troil) halusi, että senaatti olisi laillisessa järjestyksessä kääntynyt keisarin puoleen kirjeellä, jossa olisi tuotu julki senaatin syvä huoli ja myös se, että lain lykkääminen voisi pahasti haavoittaa Suomen kansan syvää oikeudentuntoa. Enemmistö (C. Tudeer, Emil Streng, J.G. Sohlman, K.F. Ignatius, S.W. Hougberg, G.Z. Yrjö-Koskinen, August Nybergh — myöhemmin af Nyborg, Fr. Lerche, Sune Björkstén, A.E. Arppe ja J.Ph. Palmén) sen sijaan päätyi ratkaisuun, että oikeusosaston varapuheenjohtaja (Palmén) kääntyisi yksityisellä kirjeellään ministerivaltiosihteerin puoleen. Enemmistön kannalla oli periaatteessa myös G. von Alftan; V. Procopé puolestaan katsoi, ettei senaatin tullut ryhtyä mihinkään toimenpiteisiin, vaan kunkin senaattorin tuli yksityisesti kiinnittää ministerivaltiosihteerin huomiota asiaan. Senaatin kannan mukaan J.Ph. Palmén lähetti kirjeensä Ehrnroothille. Vastausta siihen hän ei saanut, eikä kirje muutenkaan enää voinut vaikuttaa asiaan.[34]

Seuraavaksi senaatti joutuikin päättämään lykkäysmanifestin julkaisemisesta, mikä tapahtui plenumisssa 15. 12. 1890. Kesällä 1890 oli senaatti tehnyt postimanifestin julkaisemispäätöksen enemmittä keskusteluitta ja yksimielisesti.[35] Julkaisemista sinänsä ei kukaan nytkään vastustanut, mutta asiaan liittyvistä toimista ja julkaisemisen tavasta jouduttiin äänestämään.

Senaattorit Gylling, Cederholm, Molander, Streng ja Ignatius katsoivat, että manifesti oli julkaistava ja samalla asetettava senaattorivaliokunta laatimaan tarvittavaa esitysehdotusta, minkä lisäksi keisarille olisi ollut lähetettävä kirjelmä, jossa olisi viitattu siihen, ettei senaatti ollut aikaisemmin saanut lausua käsitystään asiassa, sekä kiinnitetty keisarin huomiota siihen, ettei keisarin ja säätyjen yhdessä säätämää lakia kuten rikoslakia maan perustuslakien mukaan voitu poistaa muutoin kuin samassa järjestyksessä kuin se oli synty-

[34] Palmén s. 1118—25, jossa siteerataan myös J.Ph.P:n kirje Ehrnroothille.

[35] Emil Strengin aikalaismuistiinpano tosin kertoo, että asian esittelijä E. A. Forssell olisi katsonut, ettei manifestia perustuslain vastaisena tullut julkaista, mutta tiedon paikkansapitävyydestä on eri näkemyksiä. Palmén s. 1090, vrt. Erkki K. Osmonsalo, Perustuslaillisen kehityksen kausi, Suomen historian käsikirja II, Porvoo 1949 s. 267—268.

nytkin; Streng ja Ignatius halusivat kuitenkin lykätä keisarille osoitettavan kirjelmän tulevan esityksen alistamisen yhteyteen. Tudeerille, Arppelle ja Procopéllе olisi riittänyt pelkkä julkaiseminen. Enemmistö (Fellman, Hornborg, Björkstén, Hougberg, von Alftan, von Troil ja Palmén) päätyi sen sijaan julkaisemiseen ja valiokunnan asettamiseen.[36]

Kuten äänestyksistä havaitaan, oli senaattorien jako »perustuslaillisiin» ja »myöntyväisyysmiehiin» jo idullaan. Ryhmittymät eivät kuitenkaan olleet mitenkään selvät eivätkä mielipide-erot kovin suuria.[37] Edellä mainituissa ja eräissä muissa vuosien 1890—91 äänestyksissä[38] kuitenkin jo kummittelivat julkaisemiskysymykset, jotka sitten 1899 ja 1900 nousivat kovin keskeisiksi senaatissa, jossa monet 1890-luvun alun miehet silloin vielä olivat mukana.

Lykkäämisestä voimaantuloon

Rikoslain voimaantulon lykkääminen aiheutti suurta julkista huomiota ja huolestuneisuutta Suomessa, ja myös vuoden 1891 valtiopäivillä säätyjen puhemiehet kiinnittivät asiaan huomiota.[39] Suomen asiain komitean jäsenenä ollut vanha liberaalijohtaja, ruotsinmielinen Robert Montgomery pyysi eroa rikoslain lykkäämisen takia; ero myönnettiin samana päivänä kuin lykkäysmanifesti annettiin.[40] Samaa mielipidesuuntaa edustanut prokuraattori A.B. von Weissenberg oli postimanifestin takia eronnut aikaisemmin syksyllä. Montgomeryn vanha ystävä ja puoluetoveri Leo Mechelin oli eronnut jo kesäkuussa. Mechelinin ero ei kuitenkaan, vaikka niin usein mainitaan, ollut protestiero, vaan syynä oli Heidenin antama eroamiskehotus.[41]

---

[36] Palmén s. 1125—27.

[37] Suomenmielisiä yllämainituista olivat Ignatius, Yrjö-Koskinen ja Sohlman, muut olivat ruotsinmielisiä tai byrokraatteja. Kiivaimpia svekomaaneja heistä olivat vanha liberaalijohtaja von Troil sekä von Alftan.

[38] Merkittävä oli äänestys promulgoitaessa asetusta (A 1. 8. 1891, 27/1891). jolla ministerivaltiosihteeri velvoitettiin hankkimaan yleisvaltakunnallisesti merkittävistä säädöksistä Venäjän ao. ministerin lausunto sekä valtiosihteerinviraston ja kenraalikuvernöörinkanslian virat avattiin venäläisille; senaatin plenumptk 1. 8. 1891. Ks. jäljempänä teksti alaviitteen 50 edellä.

[39] Sinkko s. 68. Uuno Tuominen, Suomen kansanedustuslaitoksen historia III, Helsinki 1964, s. 66—68.

[40] Montgomeryn tästä ja aikaisemmasta erosta tarkemmin Berndt Federley, Robert Montgomery och frågan om ministeransvarighet och parlamentarism i Finland på 1880- och 1890-talet, HTF 1963, erit. s. 74—75.

[41] Muodollisena syynä eroamiskehotukseen oli se, että Mechelin oli omin päin kutsu-

Suomen mielialojen rauhoittamiseksi Aleksanteri III antoi kenraalikuvernööri Heidenin ja maamarsalkka V. von Haartmanin aloitteesta 28. 2./12. 3. 1891 ns. rauhoitusreskriptin eli maaliskuun manifestin, jossa keisari selitti puhemiesten huolenilmaisun aiheina olleita toimiaan. Niihin oli ryhdytty, »että saavutettaisiin likempi yhdistys Suuriruhtinaanmaan ja muitten Wenäjän valtakunnan osien välillä». Reskriptissä keisari ilmoitti, etteivät hänen herkeämätön huolenpitonsa Suomen menestyksestä ja kehityksestä sekä monilukuiset todisteet hänen hyväntahtoisuudestaan ja luottamuksestaan Suomen asukkaisiin oikeuttaneet sellaista mielentilaa maassa; syynä huolestumiseen olivat väärät tiedot. Keisari vakuutti Suomen lakien pysyvän voimassa ja kehittyvän. Suomen suhteet keisarikuntaan olivat keisarin mukaan kunnossa, mutta niiden määrittelyn epätarkkuus oli synnyttänyt esille tulleet ongelmat.[42]

Vuoden 1891 valtiopäiville annettiin lykkäysmanifestissa mainittu esitys eräistä muutoksista rikoslakiin ja sen voimaanpanoasetukseen. Säädyt kuitenkin tekivät esitykseen muutoksia, joita keisari ei hyväksynyt, mistä syystä keisari heinäkuussa 1892 jätti säätyjen hyväksymät lakiehdotukset vahvistamatta. Vuoden 1894 valtiopäiville annettiin uusi esitys, johon vuoden 1891 esitykseen verrattuna oli tehty vain vähäisiä muutoksia. Nyt säädyt hyväksyivät esityksen muutoksitta.[43]

Merkille pantavaa on, että vuoden 1891 valtiopäivien valtio-oikeudellisia »parannuksia» tehtäessä vanhasuomalaisten Jaakko Forsman, nuorsuomalaisten Jonas Castrén ja ruotsalaisten R.A. Wrede olivat samassa rintamassa. Tosin Wrede, toinen svekomaanijohtaja V.M. von Born ja Castrén jättivät valiokunnan mietintöön vastalauseensa.[44]

Pietarissa puolestaan Ehrnroothin jälkeen ministerivaltiosihteeriksi tullut Woldemar von Daehn oli huolissaan rikoslain kohtalosta, koska pelättävissä oli myös se vaihtoehto, että keisari vahvistaisi rikoslain muutokset säätyjen vastauksesta poikkeavassa muodossa. Montgomery piti kirjeessään von Daehnille tätä vaihtoehtoa kohtalokkaana ja katsoi, että syntyneessä tilanteessa ainoa vaihtoehto oli välitilan jatkaminen toistaiseksi, jolloin säilytettäisiin »edes laillisuuden varjo».

---

nut Pietarissa 1890 pidetyn vankeinhoitokonferenssin osanottajat vierailulle Suomeen. S. Nordenstreng, L. Mechelin I, Helsingfors 1936, s. 431—440.

[42] AsK 13/1891. Jussila 1979 s. 31. Tuominen s. 66—68. Reskripitin kritiikistä Federley 1969 s. 147—158.

[43] Tuominen s. 239—241.

[44] Pirkko Rommi, Yrjö Koskisen linja, Lahti 1964, s. 105—106.

Noihin aikoihin von Daehnia huolestuttivat suomalaisten mielenilmaisut, häneen itseensä Suomesta kohdistettu painostus sekä tuomarien kapinointi rikoslain lykkäystä vastaan. Kun keisari kesällä 1892 teki päätöksensä rikoslakiasiassa, myönsi von Daehn kirjeessään Yrjö-Koskiselle, että hän oli kärsinyt »eräänlaisen tappion», koska valtiopäivien ehdotusta ei ollut hyväksytty; tämä johtui hänen mukaansa siitä, ettei keisari halunnut tehdä oikeusministeristä »syntipukkia». Toisaalta hän kuitenkin totesi voittaneensa »erikoisen tärkeän pisteen», koska keisari ei ollut oikeusministerin ja kenraalikuvernöörin kehotuksesta huolimatta suostunut julkaisemaan lakia oikeusministerin ehdottamin muutoksin.[45]

Vaatimattoman von Daehnin »erikoisen tärkeä piste» ei koskenut sen suurempaa tai pienempää asiaa kuin säätyjen lainsäädäntövallan säilymistä koskemattomana. Merkille pantavaa on, ettei von Daehn esitellessään asian keisarille sanallakaan viitannut perustuslakeihin, vaan ainoastaan siihen, ettei vuoden 1863 jälkeen yksikään keisari ollut säätylakia vahvistaessaan tehnyt siihen yksipuolisia muutoksia.[46]

Tilanteen laukaissut vuoden 1894 valtiopäivien päätös oli paitsi von Daehnin toivomusten myös Montgomeryn suunnitelmien mukainen.[47] Vanha liberaali ja perustuslaillinen Montgomery oli hänkin kovan paikan tullen kääntynyt — säätyjen lainsäädäntövallan suojelemiseksi — kannattamaan kohtuullista myöntyväisyyttä. Tällainen kohtuullinen myöntyväisyys yhtyneenä kohtuulliseen kiinnipitämiseen Suomen eduista oli itse asiassa ollut hallituskonseljin-senaatin linja alusta alkaen; 1860-luvun liberaalien ja sittemmin vuosisadan vaihteen perustuslaillisten pyrkimyksissä oli kysymys tämän peruslinjan tarkistamisesta.

Hatsinassa 2/14. 4. 1894 antamallaan julistuskirjalla Aleksanteri III ilmoitti samana päivänä vahvistaneensa rikoslain ja sen voimaanpanoasetuksen muutokset ja käski, että rikoslaki ja siihen liittyvät asetukset olivat muutoksineen »heti voimaan astuvat». Senaatti päätti julistuskirjan julkaisemisesta ja muutosasetusten antamisesta plenumissaan 21. 4. 1894. Kenraalikuvernööri Heiden oli jälleen kerran läsnä senaatissa ja allekirjoitti näin myös rikoslain muutokset, millä hän selvästikin tahtoi osoittaa korjanneensa hänelle rikoslakia annettaessa 1889 sattuneen haksahduksen.[48]

[45] M.t. s. 125—129 ja 133.
[46] Schweitzer s. 325.
[47] Rommi s. 156—161.
[48] AsK 17/1894.

Rikoslakijupakan seurauksista

Itse rikoslaille kävi rikoslakijupakassa loppujen lopuksi hyvin, ja soveltamisalaakin koskevat kysymykset tulivat »Suomen» ja »Venäjän Valtakunnan» — termitkin samalla tarkistettiin — kannalta varsin tyydyttävästi järjestetyiksi, vaikkei muutosten hyväksyminen valtiotaan puolustaville suomalaisille mieluista ollutkaan. Sen sijaan jupakan sivuvaikutukset olivat Suomelle vähemmän onnellisia.

Rikoslakiasiassa hangoitellut ja Montgomeryn eron takia vajaalukuiseksi jäänyt Suomen asiain komitea lakkautettiin 1/13. 5. 1891 lokakuun alusta.[49] Myöhemmin samana vuonna, 1. 8. 1891, annettiin asetus, jonka mukaan ministerivaltiosihteerin tuli hankkia keisarikunnan asianomaisen ministerin lausunto lainsäädäntöasioissa, joilla oli yleisvaltakunnallista merkitystä, ja jolla valtiosihteerinviraston ja kenraalikuvernöörinkanslian virat avattiin venäläisille. Lisäksi annettiin 7. 12. 1891 asetus »Venäjän kielen taidon edistämisestä Suomen Suuriruhtinaanmaan virkamiehissä». Nämä asetukset oli senaatti saanut valmistella. Eräissä kohdissa se onnistui kiemurtelemaan irti valmistelukäskykirjeen hankalista määräyksistä, mutta varsinkin kysymyksessä valtiosihteeriviraston ja kenraalikuvernöörinkanslian virkojen avaamisesta venäläisille senaatti kärsi kirvelevän tappion, ja asetuksen julkaisemisen yhteydessä olikin esillä jo myös sellainen kanta, että asetus oli jätettävä julkaisematta ja valmisteltava keisarille valtiopäiväesitys.[50]

Venäjän kielen taidon edistämispyrkimyksiin antoi aiheen paitsi se, että rikoslain venäjänkielinen käännös oli kehno, myös ja varsinkin se, että rauhoitusreskriptin ruotsinkielinen käännös oli suorastaan harhaanjohtava; käännös nimittäin näytti toisin kuin venäjänkielinen alkuteksti tukevan käsitystä Venäjän ja Suomen valtiounionista; tästä syystä reskriptistä jouduttiin julkaisemaan uusi ruotsinnos.[51] Käännöksestä syntyneen hälyn takia ministerivaltiosihteeri Ehrnrooth joutui eroamaan. Valtiosihteerinviraston ensimmäinen toimitussihteeri Alexis Gripenberg, joka lähinnä vastasi ruotsinnoksesta, puolestaan siirrettiin vankeinhoitohallituksen ylijohtajaksi.[52]

Näitä välittömiä seurauksia vakavampia kuitenkin olivat hautumaan jää-

[49] AsK 19/1891 s. 1. Schweitzer s. 343.

[50] AsK 27 ja 39/1891. Senaatin plenumpöytäkirjat 1891 sekä aktit STO KD 151 ja 152/18/1891 ja VSV 1891:13 ja 14/VA.

[51] Schweitzer s. 342—343. Schweitzer arvioi, että valtiosihteerinvirasto oli käännöksellä pyrkinyt järjestämään perustuslaillisia takeita Suomen asemalle.

[52] Federley 1969 s. 160—161.

neet kysymykset. Samaan aikaan 1890, kun Tagantsev ja muut venäläiset juristit käynnistivät Suomen rikoslain arvostelun, valmisteltiin Venäjän valtakunnanneuvoston kodifikaatio-osastossa ja oikeusministeriössä lausuntoja von Weissenbergin komitean hallitusmuotoehdotuksesta; Heiden oli onnistunut saamaan keisarilta määräyksen tällaisten lausuntojen hankkimisesta. Edellisen lausunnon allekirjoitti 1/13. 8. 1890 E.V. Frisch ja jälkimmäisen 11/23. 10. 1890 Nikolai Manassein.[53] Samat miehet pohtivat, kuten muistetaan, Heidenin johtamassa konferenssissa yhdessä Ehrnroothin kanssa toimia, joihin rikoslakiasiassa tuli ryhtyä.

Tämä Heidenin johtama »rikoslakikonferenssi» Pietarissa puolestaan pidettiin limittäin Helsingissä istuneen hallitusmuotoehdotusta käsitelleen Heidenin komission kanssa.[54] Heidenin komissio oli muodostettu senaatin jäsenistä, mutta kun Heiden kutsui sinne asiantuntijoiksi kolme venäläistä virkamiestä, komission työ muodostui suomalaisten ja venäläisten dialogiksi.[55]

Hallitusmuotoasian käsittely jatkui sitten 1892—1893 Venäjän ministerineuvoston presidentin N. H. Bungen johtamassa suomalais-venäläisessä konferenssissa, jossa jälleen olivat mukana rikoslakiasian yhteydessä jo tutuiksi tulleet Manassein ja Frisch. Paljossa konferenssi kuitenkin muodostui Heidenin ja von Daehnin kaksinkamppailuksi. Bungen konferenssi päättyi maaliskuussa 1893 venäläisten ja suomalaisten täydelliseen mielipide-eroon. Venäläisten jäsenten ehdotus koko valtakuntaa ja Suomea sen osana koskevaksi lainsäätämisjärjestykseksi ei kuitenkaan Aleksanteri III:n elinaikana johtanut toimenpiteisiin ja myös Nikolai II torjui 1895 ehdotukset kysymyksen tekemisestä lainsäädäntöasiaksi eli sen käsittelemisestä valtakunnanneuvostossa.[56]

Kysymys yleisvaltakunnallisesta lainsäädännöstä jäi kuitenkin »Damokleen miekkana» — vertaus on von Daehnin — riippumaan Suomen ylle, kunnes se helmikuussa 1899 tipahti. Helmikuun manifestilla toteutettiin Bungen konferenssin venäläisten jäsenten ehdotukset. Aktuaalisena syynä syynä helmikuun manifestin antamiseen oli asevelvollisuuskysymys, ja tunnetusti manifestin mu-

[53] Lausunnot alkuperäisinä sekä painettuina ruotsink. käännöksinä Heidenin komission kansioissa 3 ja 4/VA. Ks. myös von Weissenbergin komitean ehdotukset, »Förslag till Regeringsform för Storfursdendömet Finland...», (KomM 1887:9). Ehdotuksiin liittyy Robert Hermansonin laaja vastalause.

[54] Palmén s. 1117.

[55] Heidenin komission journaali ja pöytäkirjat, KomM 1891:12.

[56] Rommi s. 129—142 ja 174—175. Bungen konferenssin journaalit yms. asiakirjat julkaistuna Adolf Törngren, Till frågan om rikslagstiftningen. En samling aktstycken. Helsingfors 1909, s. 78—142. Aleksanteri III:n kannasta 1893 ja Nikolai II:n 1895 ks. s. 143.

kaista lainsäädäntöjärjestystä sovellettiin — ainoan kerran — vuoden 1901 asevelvollisuuslakia säädettäessä.

Rikoslakikysymys oli vahvana sivuvaikuttajana Suomen perustuslakikysymystä käsiteltäessä. Sen heijastusvaikutukset tuntuivat niin kodifikaatio-osaston ja oikeusministeriön lausunnoissa ja Heidenin komission venäläisten jäsenten kannanotoissa kuin myös — ja varsin vahvana — Bungen konferenssin venäläisten muodostaman enemmistön ehdotuksessa. Tämän yhteyden on kyllä tuonut esille jo *Federley*[57], mutta hän pitääkin sitä osoituksena Venäjän viranomaisten suunnitelmallisesta, jo 1880-luvulla alkaneesta hankkeesta. Jos ja kun tällaista suunnitelmallista hanketta ei ollut, kääntyy asia toisinpäin. Rikoslakihanke havahdutti osaltaan Venäjän viranomaiset.

Rikoslaki toi konkreettisesti esille ne ongelmat, jotka liittyivät Suomen lainsäädännön ja yleisvaltakunnallisen lainsäädännön suhteisiin, ja von Weissenbergin komitean hallitusmuotoehdotuksen venäläis-suomalainen käsittely puolestaan tarjosi Venäjän virkamiehille sopivan forumin pohtia Venäjän edun mukaisia ratkaisuja näihin ongelmiin. Tätä kautta selittyy luontevasti myös se, miksi venäläinen osapuoli Bungen konferenssissa jo heti alkajaiseksi nosti pääkysymykseksi juuri Suomen lainsäädännön ja yleisvaltakunnallisen lainsäädännön suhteet.

Jussila kuvaa helmikuun manifestiin johtanutta kehitystä seuraavasti:

> »Se panos, joka 1899 laukesi, oli viritetty jo paljon aiemmin ja sen ainesosat eivät olleet postia vaan: sotilaskysymys ja yleisvaltakunnallinen lainsäädäntö. Näistä sotilasasia muodosti itse räjähdyspanoksen, helmikuun manifesti sytyttimen.»[58]

Tätä *Jussilan* vertausta voi täydentää toteamuksella, että sytyttimen mekanismit olivat tulleet Suomen rikoslaista syntyneen kärhämän takia hyvin rukatuiksi.

---

[57] Federley 1969 passim.

[58] Jussila 1979 s. 31.

Turhat pykälät

Tutkimuslaitoksen johtaja, valtiotieteen lisensiaatti *Patrik Törnudd*

Vuoden 1889 rikoslakiin otettiin useita rangaistussäännöksiä, joita ei tiettävästi ole kertaakaan sovellettu. Tämä ei välttämättä merkitse että säännös olisi turha. Saattaa olla, ettei esimerkiksi säännös kumouksellisista toimista ystävyydessä olevaa valtiota vastaan (RL 14: 3 ja 11: 2) ole vaikuttanut rikoksia estävästi, mutta jos tällaista tekoa jouduttaisiin tutkimaan, kaivattaisiin varmasti tapaukseen sovellettavaa rikoslain pykälää. Sitä vastoin näyttää vaikeammalta perustella *arpakapulan liikkeelle panemista* (RL 44: 24) tai *pettolapsen esilletuomista* (RL 18: 2) koskevia kriminalisointeja tai vuonna 1931 rikoslain 16 lukuun lisättyä säännöstä toisen pakottamisesta *»nöyryyttävään tekoon sen johdosta, että hän on osallistunut maan puolustamista tai laillisen yhteiskuntajärjestyksen voimassapitämistä tarkoittavaan toimintaan»* (RL 16: 25).

Toiset tämän päivän perspektiivistä kyseenalaiset rikoslain kriminalisoinnit ovat aikoinaan saattaneet olla hyvinkin ahkerassa käytössä. Tähän ryhmään kuuluvat useat ns. moraalirikoksia koskevat säännökset, kuten esimerkiksi vuonna 1948 kumotut *aviorikoksia* koskevat RL 19 luvun säännökset. Myös saman luvun 6 §:n säännöstä *naineena kihlautumisesta* ja *naineen kihlaamisesta* sovellettiin säännöllisesti aina vuonna 1987 tapahtuneeseen kumoamiseen asti. Aivan äskettäinkin on tuomittu rangaistukseen *tietäjäntoimen harjoittamisesta* (RL 42: 8).

Eräät ilmivanhentuneet säännökset kuten esimerkiksi *valtiopetoksen ylistämistä* koskeva säännös (RL 11: 4a 3 kohta) tullaan kumoamaan käynnissä olevan rikoslain kokonaisuudistuksessa. Ei kuitenkaan ole takeita siitä, etteikö kokonaisuudistus taas toisi mukanaan uusia säännöksiä, joiden mielekkyyttä myöhemmät sukupolvet tulevat ihmettelemään.

Tämän kirjoituksen lähtökohtana onkin huoli siitä, miten voitaisiin krimi-

nalisointeja suunniteltaessa välttyä toistamasta aikaisempia erehdyksiä[1]. Perspektiivi on lainsäädäntöpoliittinen. Vaikka tämän päivän arvostusten ja tietämyksen soveltaminen menneisiin ratkaisuihin on tavallaan epäoikeudenmukaista, saattaa se kuitenkin lisätä uusia kriminalisointeja suunniteltaessa tarvittavaa nöyryyttä ja terveellistä epävarmuutta. Jääköön oikeushistorian tutkijoiden tehtäväksi aikoinaan tehtyjen ratkaisujen vaikutteiden ja taustojen tarkka erittely.

Karsimissäännöstö

Kriminalisoinnit syntyvät yleensä eräänlaisen karsimistapahtuman kautta. Sekä kansalaiset että asiantuntijat reagoivat moniin epämiellyttäviin asioihin sponttaanisti »tämä pitäisi säätää rangaistavaksi». Tarkempi harkinta johtaa kuitenkin 99:ssä tapauksessa 100:sta siihen, ettei kriminalisointia sittenkään pidetä oikeana ratkaisuna.

Mitä tähän harkintaan sisältyy? Rikosoikeuskomitea suositteli kriminalisoinnin tarpeellisuutta harkittaessa kolmiportaista seulaa (Rikosoikeuskomitean mietintö 1976, 48—50).

1) Ensin olisi selvitettävä kyseisen menettelyn haitallisuus. Vain pieni murtoosa havaitsemistamme epämiellyttävistä ja ikävistä teoista on niin haitallisia, että vihoviimeisten eli rikosoikeuden keinojen suuntaaminen niihin tulee kysymykseen.

2) Toinen karsintaporras perustuu teon moitittavuuteen. Sinänsä varsin haitallistenkin tekojen taustana saattaa olla hyväksyttävä tavoite tai ymmärrettävä motiivi. Tai sitten tekijän yhteiskuntavastaisen tahdon intensiteetti on muuten niin vähäinen, etteivät moittiminen ja rankaiseminen tule kysymykseen.

3) Kolmantena ja viimeisenä karsintakriteerinä komitea suositteli ko. kriminalisoinnin kokonaisvaltaista oikeuspoliittista arviointia, jossa pyrittäisiin ottamaan huomioon kaikki kriminalisoimisesta aiheutuvat hyödyt ja haitat, lainvalvonta- ja laintulkintaproblematiikkaa myöten. Hyötyjä arvioitaessa pi-

[1] Vaikka turha kasuistiikka on rajattu varsinaisen tehtävänasettelun ulkopuolelle, on syytä todeta että nimenomaan syntetisointimahdollisuuksien laiminlyöminen on ollut ja on merkittävä turhien säännösten selitys. Jo 1894 rasitettiin rikoslakia mm. *telegraafi-laivaa* koskevilla monisanaisilla säännöksillä (RL 34: 12). 1980-luvulla onnistuttiin kuitenkin torjumaan paineet tietokonerikosluvun luomiseksi rikoslakiin ja asia hoidettiin sensijaan pääasiassa olemassaolevien säännösten täydentämisellä ja järkevällä tulkinnalla. Miten mahdetaan sadan vuoden kuluttua arvioida jo Rikosoikeuskomiteassa alkanutta työsyrjintä/syrjintä -säännöksiä koskenutta kiistaa?

täisi osata ottaa huomioon kokemusten ja tutkimusten tarjoama tieto kriminalisoinnin rajallisista vaikutuksista epäsuoratkin vaikutukset huomioon ottaen. Haittoihin kuuluvat myös kriminalisoinnin epäonnistuneesta kohdentamisesta aiheutuvat haitat. On hyvin tavallista, että vaikka tiedetään joihinkin toimintoihin liittyvän rangaistusta ansaitsevaa menettelyä, osoittautuu liian vaikeaksi muotoilla sitä koskeva säännös lainvalvontajärjestelyineen sellaiseksi, että se rikosoikeusjärjestelmämme edellyttämällä tarkkuudella vetäisi rajan rangaistuksen ansaitsevan ja sitä ansaitsemattoman käyttäytymisen välillä.

Tällaisten seulontakriteerien muotoileminen heijastaa tervettä epäluuloa pyrkimyksiin reagoida yhteiskunnallisiin ongelmiin rangaistussäännöksillä.[2] Täydennettynä oivalluksella, että jokainen yhteiskunta pystyy omaksumaan ja ylläpitämään vain rajatun määrän kriminalisointeja, seulontakriteerien olisi pitänyt johtaa määrätietoisempaan dekriminalisointiin kuin mitä komitean itsensä laatima runkosuunnitelma ja rikoslakiprojektin siihen nojautuva lainvalmistelu ilmaisevat. Kokonaisuudistusta on aiheellisesti moitittu siitä, että se liian monella alalla näyttää pikemminkin johtavan kriminalisoidun alueen laajentamiseen kuin sen supistumiseen.

Mitkä ovat sitten ne kriminalisointien paisumiseen johtavat paineet ja mekanismit, joita vastaan eivät edes periaatetason hyvät tarkoitukset ja nimenomaiset periaatteet näytä tarjoavan suojaa?

Turhuuden lajit

Symboliset kriminalisoinnit muodostavat erään merkittävän turhuuden lajin. Tyypillinen symbolinen kriminalisointi ei niinkään tähtää jonkin vahingollisen käyttäytymismuodon torjumiseen kuin lainsäätäjän arvomaailman näkyvään manifestoimiseen. Lainsäädäntötapahtumassa on silloin runsaasti ilmaisullisia piirteitä. Koetaan arvona sinänsä pystyä rikoslakiin otetun kriminalisoinnin kautta lausumaan että »tätä arvojärjestelmää pidämme tärkeänä». Ilmaisullisiin toimiin liittyy tavallisesti aina myös välineellisyyttäkin. Voidaan

[2] Rikosoikeuskomitean tavassa hahmottaa lainvalmistelutehtäviä on ehkä nähtävissä juuri sellaista uusien oikeushyvien etsimistä, jota *Hassemer* (1989) pitää eräänä syynä huolestuttavasti lisääntyneisiin symbolisiin lainsäädäntötoimiin rikosoikeuden alalla. Hänen havaintonsa rikoslainsäädännön viime aikojen harhaiskuista Länsi-Saksassa ovat suurelta osalta oikeaan osuvia, mutta rikosoikeuskomitean suosittama ehdotetun kriminalisoinnin hyötyjen ja haittojen viileä vastakkain punnitseminen tuntuu kyllä realistisemmalta keinolta torjua turhia kriminalisointeja kuin Hassemerin neuvo välttää abstraktisia vaarantamisrikoksia.

epäilemättä järkeillä että esimerkiksi valtiopetoksen ylistämisen tai lipun ja vaakunan häpäisemisen kriminalisointi epäsuorasti voisi hieman tukea kansallisia arvoja sekä, ennen kaikkea, suojata niiden kansalaisten tunteita, jotka kokevat tällaista toimintaa syvästi loukkaavana.

Mahdollisten välineellisten tavoitteiden tiedostaminen johtaa kuitenkin yleensä kriminalisointitarpeen uudelleen hamottamiseen. Jos vuoden 1889 rikoslakiin otettu säännös *Jumalan pyhän sanan* pilkkaamisesta (vuonna 1970 kumottu RL 10 luvun 2 §) ei tähtää opinkappaleiden tai uskonnon suojaamiseen vaan kansalaisten uskonnollisten tunteiden suojaamiseen, tunnusmerkistön rajauksia joudutaan tarkistamaan, niin kuin varovaisesti tehtiinkin vuoden 1970 uudistuksessa. Rikosoikeuskomiteassa ei pidetty tarpeellisena ottaa uuteen rikoslakiin erityistä uskontorikoslukua.

Kun rikoslakiprojekti vuonna 1989 ehdottaa sekä *vieraan valtion valtakunnanvaakunan* (RL 14: 4 2 mom.) että *Suomen vaakunan* (RL 16: 16) häpäisemisen dekriminalisoimista, taustalla on osittain oivallus vaakunan vähentyneestä merkityksestä kulttuurissamme (lipun häpäiseminen olisi edelleen rangaistavaa, joskin ainoastaan rikoslain ulkopuolisen säännöksen kautta). Ehdotuksen takana ei ollut vaakunan tai lipun edustamien arvojen väheksymistä. Vaikka mainitunlainen häpäiseminen epäilemättä on hyvien tapojen vastaista, eikä sen silminnäkijöille aiheuttama mielipaha ole merkityksetön, johtaa edellä selostetun kolmiportaisen seulan käyttö kuitenkin siihen johtopäätökseen, ettei vaakunan häpäisemistä koskevien kriminalisointien säilyttämiselle ole riittäviä perusteita[3].

Koulutustason nousu on merkinnyt välineellisyyden painottumista ajattelussamme. Oivalletaan entistä paremmin että spontaanireaktio usein johtaa toimenpiteisiin, joita myöhemmin kadutaan. Sen vuoksi tänä päivänä tuskin kukaan ottaisi vakavasti ehdotusta että sinänsä ensiarvoisen tärkeänä pidetyn ympäristönsuojelun vähättelyn tai pilkkaamisen tulisi johtaa rangaistukseen. Niukkoja paheksumis- ja rankaisemisvoimavaroja käytetään tehokkaammin, jos ne suunnataan todella vaarallisiin ja vahingollisiin käyttäytymismuotoihin. Vaikka voitaisiinkin järkeillä, että ympäristönsuojelun pilkkaaminen voisi epäsuorasti edistää vahingollista ympäristön saastuttamista, syy-yhteys ei ole niin voimakas, että se painaisi vaakakupissa enemmän kuin kriminalisoimisesta aiheutuvat haitat.

Jos 1889 rikoslain laatijat olisivat soveltaneet edellä hahmoteltua ajatus-

[3] Rikoslakiprojektin perustelut ovat kylläkin verrattain niukkasanaisia. *Lång* (1964) on kiinnittänyt huomiota lainsäätäjän haluttomuuteen laajasti perustella muuttuneisiin oikeuskäsityksiin liittyviä rikoslain muutosehdotuksia.

mallia ja jos heillä olisi ollut se tietämys faktisista syysuhteista mikä meillä tänään on, olisivatko säännökset *sapatin rikkomisesta* (vuonna 1970 kumottu RL 41: 6), *haureuden harjoittamisesta samaa sukupuolta olevan kanssa* (vuonna 1971 kumottu RL 20: 12 1 mom.), *eläimeen sekaantumisesta* (vuonna 1971 kumottu RL 20: 12 2 mom.), *aviorikoksesta* (RL 19: 1 ja 2) yms. säännökset jääneet syntymättä? Tähän kysymykseen ei voida antaa vastausta ellei vielä oteta huomioon sitä, miten tärkeäksi arvo koettiin. Vaikka eläimeen sekaantumiskiellon taustana joskus olisi ollut myös todellinen huoli sekasikiöiden syntymisestä, painavampana perusteena lienee aina ollut spontaanireaktio luonnottomana ja epämiellyttävänä pidettyä asiaa kohtaan. Vaikka keskustelu tänään käydään korkeammalla tasolla, voi tänäkin päivänä nähdä esimerkiksi geeniteknologiakeskustelussa ajatusmallin »se kuulostaa niin epämiellyttävältä, että se pitäisi säätää rangaistavaksi».

Koska symbolisten kriminalisointien kannattajat saattavat kokea saavansa tukea opista rikosoikeusjärjestelmän moraalia ohjaavasta vaikutuksesta, lienee syytä tässä yhteydessä nimenomaisesti varottaa virhepäättelystä, jonka mukaan sosiaalisen funktion paikallistamisesta voitaisiin johtaa toimenpidesuositus. Osittain vastareaktiona yksipuolista rangaistusten ankaruuden korostamista vastaan on viime vuosikymmeninä erityisesti kriminologien taholta muistutettu siitä vanhasta oivalluksesta; että yleisestävyys toimii järjestelmähakuisesti. Rikosoikeudellinen järjestelmä kaikkine osatekijöineen — rangaistavien tekojen luettelointi rikoslaissa, kiinnijoutuminen, kuulustelut, oikeudenkäynti, tuomitseminen, täytäntöönpano jne. — ylläpitää kokonaisvaltaisesti lainkuuliaisuutta. Se että rikoslaki eräässä mielessä toimii »syntiluettelona» ei kuitenkaan tarkoita, että kaikkien syntien luettelointi rikoslaissa olisi suotavaa!

Ilmaisullisten motiivien ylikorostuminen on epäilemättä tärkein turhien kriminalisointien selitys. Sen rinnalla voidaan kuitenkin luetella joukko muita selityksiä. Lainsäätäjän erheellinen käsitys rikosoikeudellisten keinojen tehokkuudesta liittyy paitsi useimpiin symbolisiin kriminalisointeihin myös aitoon harkintaan perustuneisiin säännöksiin. Jos rikoslain vuonna 1968 kumottu 43 luvun 6 § todella olisi tehokkaasti poistanut *julkisella paikalla tapahtuvan juopumuksen* tai jos huoruuskriminalisoinnit olisivat pitäneet Suomen kansan sukupuolisiveellisessä kurissa ja nuhteessa, ei ehkä olisi koettu välttämättömäksi kumota niitä?

Epärealistiset käsitykset saattavat myös kokea kriminalisoinnin kohteena olevan ilmiön faktisia vaikutuksia. Vuonna 1983 rikoslakiin lisätty säännös *väkivaltakuvauksen levittämisestä* selittyy siten osittain harhaisilla käsityksillä tällaisten kuvausten vaikutuksista väkivaltarikollisuuteen (vrt. *Törnudd* 1988, 45).

Lainsäädäntötapahtumaan vaikuttivat kuitenkin keskeisesti ilmaisulliset motiivit sekä eri tahojen poliittinen ja lainsäädäntöpoliittinen laskelmointi. Säännöstä valmistelleessa oikeusministeriön työryhmässä otaksuttiin mm. — kuten myöhemmin nähtiin erheellisesti — että säännöksellä voitaisiin estää suurempana pahana pidettyä sensuurimääräysten tiukentamista. Osittain samat syyt selittävät vanhentuneiden epäsiveellisiä julkaisuja koskevien säännösten säilymisen rikoslainsäädännössämme[4].

Useat tämän päivän näkökulmasta oudot rikoslain säännökset ovat jääneet lakiin, koska lainsäätäjä tai lainvalmistelusta vastaavat viranomaiset eivät ole ottaneet huomioon yhteiskunnan muuttumista eivätkä ole uskaltaneet puuttua edeltäneiden sukupolvien aikana eri yhteiskunnan laitoksille tai kulttuurimuodoille annettuun rikosoikeudelliseen suojaan. Vuoden 1889 rikoslakiin sisällytettiin joukko säännöksiä, jotka ulottivat rikosoikeudellisen suojan evankelisluterilaisen kirkon sisäisiin asioihin. Uskonnonvapaus taattiin vuoden 1918 hallitusmuodossa sekä vuoden 1922 uskontovapauslaissa, mutta vasta vuonna 1970 kumottiin esimerkiksi säännös *harhaopin suosimisesta* (RL 41: 3) tai kielto *käyttää sopimattomia keinoja jonkin käännyttämisessä evankelis-luterilaisesta uskosta toiseen uskontoon* (RL 10: 5). Rikoslain vuonna 1977 kumotun 23 luvun *kaksintaistelua* koskevat säännökset edustivat jo vuonna 1889 sellaista häviävää tapakulttuuria, joka ei välttämättä olisi kaivannut rikoslain privilegioivien säännösten tukea[5]. »Keisaria ja Suuriruhtinasta» suojaavien erityissäännösten poistamisella ei myöskään ole pidetty kiirettä — tosin niistä ei ole ollut suurta haittaakaan.

Tämän päivän rikosoikeuden opiskelijoita hymyilyttävät voimassaolevan RL 18 luvun sukuoikeuksia koskevat rikokset *pettolapsen esilletuomisineen.* Suvun asema on nopeasti muuttunut. Vielä viime vuosisadalla yksilön yhteis-

[4] Jos jättää sivuun lasten suojaamiseksi tarvittavat erityissäännökset, pornografiaa koskevat rangaistuspaineet heijastanevat tänä päivänä enemmän ilmaisullisia kuin välineellisiä tavoitteita. Eräät naisliikkeen ääriryhmät ovat vaatineet rankaisemista vedoten naista loukkaaviin elementteihin kaikessa pornografiassa, sen asteesta ja luonteesta riippumatta. Toiset naisliikkeen edustajat ovat pitäneet vaatimusta perusteettomana ja epäjohdonmukaisena (vrt. *Anttila* 1988). Vaikka hyväksyttäisiinkin väite tasa-arvopolitiikan kannalta kielteisistä vaikutuksista, tästä ei kuitenkaan vielä seuraa että muut edellä luetellut kriminalisoinnin kynnykset olisi ylitetty tai että kriminalisointi edistäisi tasa-arvopolitiikkaa. Ongelmanasettelu muistuttaa tältä osin edellä kuvattua, valtiopetoksen ylistämistä tai kuviteltua ympäristönsuojeluarvojen pilkkaamista koskevaa kontrollipoliittista kysymyksenasettelua.

[5] *Serlachius* (1924) kuvaa osuvasti kaksintaistelusäännösten etäisyyttä suomalaisesta tapakulttuurista: »Mitä sitävastoin kaksintaistelu on, siitä ei rahvaalla meillä ole hämärää aavistustakaan, ja sivistynyt luokkakaan tuskin tietää siitä muuta, kuin minkä se on joko romaaneista tahi jokapäiväisestä sanomalehdistöstä lukenut.»

kunnallinen asema ja identiteetti määräytyivät keskeisesti hänen sukuasemastaan ja koska silloin ei ollut tämän päivän tasolle yltävää väestörekisteröintijärjestelmää, ehkä sukuoikeusrikosten sijoittamista vuoden 1889 rikoslain omaksi luvukseen on pidettävä hyvinkin luonnollisena asiana.

Kuitenkin herää hienoinen epäilys: missä määrin silloinkaan todella esiintyi — muualla kuin kaunokirjallisuudessa — lasten tahallisia vaihtamisia ja vilpillisiä sukuaseman tavoittelijoita? Toisena selityksenä sille, että useiden maiden rikoslaissa löytyy suurin piirtein samantapaisia säännöksiä sukuoikeusrikoksista lieneekin se, että lakeja valmisteltaessa on tapana hyödyntää olemassaolevia malleja. Liiallinen taipumus kansainväliseen konformismiin tarpeellisuudeltaan kyseenalaisia kriminalisointeja arvioitaessa muodostaakin taustatekijän usealle turhalle rikoslain säännökselle.

Epäilemättä myös kaksintaistelua, homoseksuaalisuutta, eläimeen sekaantumista, naisen suostumuksella tapahtuvaa *enleveerausta* (RL 25: 8) tai *maan hallitusta halventavien lausuntojen* (RL 16: 24) kriminalisoimiselle löytyy ulkomaisia esikuvia. Suomalaisten lainvalmistelijoiden ylikunnioittava suhtautuminen ulkomaisiin esikuviin on tullut esille lukuisissa tämän vuosisadan uudistuksissa. Oman lukunsa muodostavat kansainväliset sopimukset, joiden sisältöön ja laatuun ei aina ole suhtauduttu riittävän kriittisesti kriminalisointeja koskevia säännöksiä valmisteltaessa, hyväksyttäessä ja Suomen lainsäädäntöön sisällytettäessä. Eräs esimerkki: vaikka tällaisten sopimustekstien valmistelijat esimerkiksi olisivatkin (oman maansa tapoja noudattaen) liittäneet jokaiseen kriminalisointia koskevaan säännökseen vaatimuksen valmistelun ja salaliiton kriminalisoimisesta, täytyy olla mahdollista mukauttaa sopimus Suomen oikeusjärjestykseen siten että tämäntyyppisessä asiassa noudatamme omaa oikeustraditiotamme, joka pääsääntöisesti sulkee pois valmistelun ja salaliiton kriminalisoinnin (vrt. HE 1958: 49,2).

Ongelmaksi muodostuu myös se, että vaikka kansainväliset sopimustekstit, kuten kaikki normisto, ovat laatimisajan käsityksiin ja prioriteetteihin sidotut, ei ole olemassa koneistoa, jolla aikoinaan tehtyjen sopimusten yksityiskohtia voitaisiin joustavasti muuttaa uusia olosuhteita vastaaviksi. Jos dekriminalisointi on vaikeaa kansallisessa lainsäädännössä niin vielä vaikeampaa on kuvitella esimerkiksi YK:n raskaan koneiston käynnistämistä niissä merkeissä. Vaatimus jonkin käyttäytymismuodon kriminalisoimisesta jää siten helposti — olkoon sitten kyse pornografiasta tai sotapropagandasta — ikuisiksi ajoiksi kansainvälisiin sopimusasiakirjoihin. Eräissä tapauksissa voidaan tosin nimenomaisesti todeta että sopimuksen tarkoittama kriminalisointi on saavuttanut desuetudo-tilan, kuten kansainvälisen oikeuden asiantuntija, profes-

sori M. C. Bassiouni huomauttaa kommentoidessaan epäsiveellisiä julkaisuja koskevia kansainvälisiä sopimuksia (*Bassiouni* 1987, 165). Vakuuttaako tämä lausunto lakikirjamme toimittajaa, joka, ehkä pieteettisyistä, rikosoikeuden alan kansainvälisiä sopimuksia koskevista voimaansaattamissäädöksistä on painoksesta toiseen valinnut vuoden 1923 Geneven sopimuksen sisällytettäväksi lakikirjaamme?

Kun lakia ei voida muuttaa

On aina helpompaa kerätä poliittisia pisteitä kriminalisointeja lisäämällä kuin niitä poistamalla. Sen vuoksi muuttuneita oikeuskäsityksiä vastaamattomia, tehottomia tai muuten epäonnistuneita rangaistussäännöksiä ei hevin poisteta rikoslainsäädännöstä, ellei poistamista voida liittää johonkin muuhun uudistukseen.

Eräissä maissa kirjoitettu laki sisältää siten todella vanhentuneita säännöksiä, joille ei ole viitsitty tehdä mitään: tuomioistuimet yksinkertaisesti jättävät vanhentuneet säännökset soveltamatta. Suomen rikosoikeusjärjestelmän perinteinen lakisidonnaisuus vaikeuttaa tämän strategian soveltamista meillä.

Oikeusjärjestyksen vastaista olisi epäilemättä rangaistuksen tuomitseminen ilmeisen vanhentuneen rangaistussäännöksen — kuten esimerkiksi vasta vuonna 1974 kumottujen 13 luvun majesteettirikossäännösten — perusteella. Mutta esimerkiksi sapattirikosta koskevaa kriminalisointia sovellettiin vielä säännöksen kumoamista edeltäneinä vuosina. Arvailujen varaan jää, miten tuomioistuin olisi menetellyt, jos ennen vuonna 1977 tapahtunutta kaksintaisteluluvun kumoamista oikeudenkäynnissä nimenomaisesti olisi vaadittu jonkin luvun säännöksen soveltamista tai jos tämän päivän tuomioistuimessa syyttäjä vetoaisi 16 luvun »nöyryyttämissäännökseen».

Kun Rikosoikeuskomiteassa suunniteltiin rikoslain yleisten oppien siirtämistä kirjoitettuun lakiin, myös ajatus desuetudo-problematiikan huomioon ottamisesta oli esillä (Rikosoikeuskomitean mietintö 1976, 100—101). Aivan helppoa ei liene kuitenkaan yksinomaisesti tätä problematiikkaa koskevan normin muotoileminen. On ehkä luontevampaa ottaa asia huomioon jossakin yleisemmässä, Tuomarinohjeiden hengen mukaisesti tapauskohtaista oikeudenmukaisuutta ja kohtuutta painottavassa säännöksessä. Aina ei ole kysymys säännöksen soveltamatta jättämisestä. Muuttuneita olosuhteita ja käsityksiä tulee myös pystyä kohtuullisessa määrin ottamaan huomioon lieventävänä asianhaarana rangaistusta mitattaessa.

Lähteet

Anttila, Inkeri: Laki ja pornografia. Teoksessa Osmo Kontula y.m. (toim.): Tietoiseksi. Preesens-sarja, Sexpo r.y:n julkaisuja. Helsinki 1988, 43—49.

Bassiouni, M. C.: A Draft International Criminal Code and Draft Statute for an International Criminal Tribunal. Martinus Nijhoff Publishers. Dordrecht 1987.

Hallituksen esitys Eduskunnalle joukkotuhontana pidettävän rikoksen ehkäisemistä ja rankaisemista koskevan yleissopimuksen eräiden säännösten hyväksymisestä. Vuoden 1958 valtiopäivät N:o 49. Helsinki 1959.

Hassemer, Winfried: Symbolisches Strafrecht und Rechtsgüterschutz. Helsingissä 25. 5. 1989 pidetyn vierailuluennon käsikirjoitus, 18+6 sivua.

Lång, K-J.: Om motiveringar för kriminalisering. Sosiologia 3/1964, 138—142.

Serlachius, Allan: Suomen rikosoikeuden oppikirja. Toinen osa. Helsinki 1924.

Törnudd, Patrik: Väkivalta Suomessa eilen ja tänään. Teoksessa J. Kytömäki & S. Paananen (toim.): Televisio ja väkivalta — suomalaisia näkökulmia. Oy Yleisradio Ab. Helsinki 1988.

Rikosoikeudellisen seuraamusjärjestelmän 100 vuotta

Professori *Terttu Utriainen*

Tällä hetkellä rikosoikeus voidaan jakaa kolmeen osaan: 1. yleisiin oppeihin, 2. seuraamusjärjestelmään ja 3. erityisen osan tunnusmerkistöihin. Aina ei ole ollut kuitenkaan näin:

Aluksi oli vain joukko kasuistisia tunnusmerkistöjä, joihin rangaistukset liitettiin. Vuoden 1734 laissa rikosoikeudelliset säännökset jaettiin jo kahteen kaareen, joista »Pahategon Kaari» sisälsi yksittäiset rikostunnusmerkistöt ja »Rangaistus Kaari» rangaistuksia ja niiden täytäntöönpanoa koskevat määräykset. Klassisena aikana 1800-luvulla rikoslait jaettiin puolestaan yleisiin oppeihin ja erityiseen osaan. Yleinen osa sisälsi rikosoikeuden ns. yleiset opit ja rangaistukset ja erityinen osa yksittäiset rikostunnusmerkistöt. Tämän mukaisesti Suomen vuoden 1889 rikoslakikin jakaantui kahtia lukujen 1—9 käsitellessä rikosta ja rangaistusta koskevat säännökset ja lukujen 10—44 sisältäessä yksittäiset rikostunnusmerkistöt. Rangaistusten täytäntöönpanosta säädettiin erillisessä asetuksessa, joka annettiin samanaikaisesti rikoslain kanssa 19. 12. 1889.

Yksi rikosoikeudellisen järjestelmän tutkimisen ja kehittämisen vaikeuksista liittyy siihen, että rikosoikeuden yleiset opit, seuraamusjärjestelmä ja erityisen osan tunnusmerkistöt ovat kehittyneet eri aikoina. Yleiset opit ovat olleet sidoksissa kriminaalipoliittisiin päämääriin ja käsitteistön kehitykseen, kun taas yksittäiset rikostunnusmerkistöt ovat syntyneet kulloinkin haitallisiksi koettuja käyttäytymismuotoja kriminalisoitaessa.

Rikosoikeudellisella seuraamusjärjestelmällä eli lähinnä rangaistuksilla on siten oma historiansa, joka noudattaa omaa logiikkaansa. Tämän mukaisesti on ymmärrettävää, että rikoksen yleisiin oppeihin kuuluva käsitehistoria esi-

tetään yleensä omana kokonaisuutenaan erillään rangaistusten historiasta. Näin teki myös rikosoikeuden professori *Jaakko Forsman* luennoidessaan rikoslain säätämisen jälkeen yleisiä oppeja 1800-luvun lopussa. Forsman käsitteli yleisissä opeissaan aluksi rikoskäsitteen kehityshistorian rangaistusteorioineen. Rangaistuskeinojen historiallisen kehityksen hän esitti seuraamuksia käsittelevän jakson alussa. — (Forsman, Jaakko, Anteckningar enligt professor Jaakko Forsmans föreläsningar öfver straffrättens allmänna läror med särskild hänsyn till strafflagen af den 19 december 1889, s. 1—53 ja 293—356. Andra upplagan. Helsingfors 1900.)

Koska rikosoikeus koostuu kolmesta eri kokonaisuudesta: yleisistä opeista, seuraamusjärjestelmästä ja erityisen osan tunnusmerkistöistä, siihen sisältyy myös tästä syystä sisäisiä jännitteitä. Rikosoikeuden yleiset opit saattavat käsitteellisesti kehittyä hyvinkin pitkälle samanaikaisesti, kun yksittäiset tunnusmerkistöt voivat olla kovastikin ajastaan jäljessä. Vastaavasti tilanne saattaa olla sellainen, että erityisen osan tunnusmerkistöt kuvastavat jo tietokoneaikaa, mutta rangaistukset julmuudellaan ilmentävät menneitä vuosisatoja.

Vuoden 1889 rikoslain klassiset ratkaisut

Kuten tunnettua Suomen vuoden 1889 rikoslaki rakentui klassisen rikosoikeuskoulukunnan opeille. — (Utriainen, Terttu, Syyllisyys muuttuvana käsitteenä, s. 45—49. Vammala 1984.) Rangaistus oli reaktio rikosta vastaan. Samalla se oli olemukseltaan rikollisen tahtoon suunnattua pakkoa. Rangaistus kohdistui siten sekä ulkoiseen rikolliseen tekoon että rikoksentekijän tahtoon. Forsman ilmaisi tämän lyhyesti sanomalla, että »Straffet är en reaktion mot bråttet och till sitt väsen ett tvång mot den brottsliga viljan.» (Forsman 1900 s. 290) Klassinen rikosoikeudellinen ajattelu ei siten lähtenyt ainoastaan tunnusmerkistön mukaisen teon formaalisesta rankaisemisesta, vaan siihen kuului rikoksen näkeminen yhteiskunnan vastaisena tekona ja rangaistuksen määritteleminen reaktioksi tästä teosta. Lisäksi rangaistuksella oli sisältö: sillä haluttiin vaikuttaa rikoksentekijän tahtoon. Individualismia korostaneille klassikoille massoille suunnattavat normaalirangaistukset olivat vieraita.

Vuoden 1875 rikoslakiehdotuksessa yleisiksi rangaistuksiksi ehdotettiin kuolemanrangaistusta, kuritushuonetta, vankeutta, arestia ja sakkoa. Kuritushuoneen pituudeksi ehdotettiin 6 kk—15 vuotta, vankeuden pituudeksi 3 vrk—5 vuotta ja arestin pituudeksi 1—50 vrk. — (Förslag till strafflag för Storfurstendömet Finland, s. 4—8. Helsingfors 1875.) Vuoden 1884 rikoslakiehdotukses-

sa rikoslain 2 luvun yleisiksi rangaistuslajeiksi ehdotettiin edelleen kuolemanrangaistusta, kuritushuonetta, vankeutta, arestia ja sakkoa. Myös yleiset asteikot säilyivät ennallaan. — (Ehdotukset Suomen Suuriruhtinaanmaan Rikoslaiksi, s. 3—10. Helsingissä 1884.)

Lopullisesta rikoslaista yleisistä rangaistuslajeista aresti putosi pois. Asteikoissa tapahtui myös muutoksia siten, että kuritushuoneen yleiseksi asteikoksi tuli 6 kk—12 vuotta ja vankeuden yleiseksi asteikoksi 14 vrk—4 vuotta (19. 12. 1889/39 RL 2: 1—3).

On mielenkiintoista huomata, että klassisen rikosoikeuskoulukunnan rangaistusvalikoima oli myös vapausrangaistusten osalta laajempi kuin esimerkiksi tällä hetkellä. Rikoslakiehdotuksissa oli kolmenlajista vapausrangaistusta: kuritushuonetta, vankeutta ja arestia. Aresti sijoittui ankaruudeltaan sakon ja vankeuden väliin. Paitsi että vapausrangaistusten lajivalikoima oli suurempi kuin tällä hetkellä, vapausrangaistus oli täytäntöönpanon osalta sisällöltään eriytetty progressiivijärjestelmän mukaiseksi. Ajatuksena oli, että vangin annettiin omalla työllään edetä läpi erilaisten rangaistusasteiden ja siten itse osallistua moraaliseen kohoamiseensa ja valmistaa itseään ansaitsemaansa vapauteen.

1800-luvun klassisessa rikosoikeusajattelussa lähdettiin tekorikosoikeudesta. Mutta toisin kuin esimerkiksi Suomessa 1970-luvulta alkaen vallinneessa liberalistisessa suuntauksessa, klassikot katsoivat, että tuomioistuimelle on annettava mahdollisuus valita erilaisia rangaistuslajeja myös vapausrangaistusten tullessa kysymykseen. Vastaavasti rangaistuksen täytäntöönpano oli eriytetty progressiivijärjestelmän mukaisesti. Täytäntöönpanojärjestelmän toimivuudesta voidaan olla tietysti monta mieltä, mutta perusajatus oli oikea: rangaistuksen täytäntöönpano on eriytettävä siten, että rikoksentekijän oma toiminta ja persoonallisuus otetaan huomioon. — (Ks. Forsman 1900 s. 332—333.)

Erityisestävyyden korostaminen

Klassinen rikosoikeuskoulukunta onnistui 1800-luvun lopussa melko hyvin. Esimerkiksi 1900-luvun alussa Suomen vankiluku oli väkilukuun suhteutettuna suunnilleen samalla tasolla kuin tälläkin hetkellä. — (Aho, Timo—Karsikas, Vuokko, Vankien taustaan ja vankilukuun liittyviä tilastoja 1881—1978. Kuvio 2)

Sosiologisen koulukunnan erityisestävyyttä korostava suuntaus vaikutti kuitenkin 1900-luvulla suomalaiseenkin kriminaalipolitiikkaan. Erityisestävyydelle

rakentuneet lait ehdollisesta rangaistustuomiosta (1918), nuorista rikoksentekijöistä (1940) ja vaarallisten rikoksenuusijain eristämisestä (1932) muuttivat rangaistusten tuomitsemisperusteet.

Rikosoikeudellisen ajattelun kannalta oli kuitenkin oleellisempaa se, että rikos käsitteenä typistettiin tunnusmerkistön mukaiseksi vääryydeksi. Rangaistuksen määräytymisen osalta oleellinen ero klassiseen koulukuntaan oli siinä, ettei rangaistuksen määräytymiskriteereitä haettu enää ensi sijassa rikollisesta teosta, vaan rikos käsitteenä ja rangaistuksen määrääminen eriytettiin toisistaan. Legaliteettiperiaatteen mukaisesti rikosoikeudellinen koneisto käynnistyi tunnusmerkistön mukaisen teon tekemisellä. Rikosoikeus oli tekorikosoikeutta tältä osin, mutta rangaistuksen määrääminen tapahtui myös rikoksen tekijän tyypistä tehtävän analyysin perusteella. — (Utriainen 1984 s. 67—74; Utriainen, Terttu, Rikosten rangaistukset ja muut seuraamukset, s. 21—23. Mänttä 1989.)

Liberalistinen suuntaus

Erityisestävyydelle rakentunut suunta joutui 1960-luvun loppupuolella Suomessa voimakkaan kritiikin kohteeksi. Erityisesti arvosteltiin pakkolaitoskäytäntöä, mutta samalla myös vanhentunutta seksuaalilainsäädäntöä.

Syntyneen kritiikin tuloksena toteutettiin vuosina 1969—76 useita merkittäviä rikosoikeudellisia lainsäädäntöhankkeita. Uudistukset eivät olleet pelkästään teknisiä lainsäädäntömuutoksia, vaan uudella lainsäädännöllä vaikutettiin suoraan rikosoikeudellisen päätöksentekoon siten, että tuhansia ihmisiä koskettaneet päätökset saivat oleellisesti toisen sisällön kuin aikaisemmin: sakon muuntorangaistusta suorittavien määrää laskettiin radikaalisti (1969), tuhannet laittomat abortit poistuivat (1971), pakkolaitokseen eristettyjen määrä laskettiin lähes olemattomiin (1971) ja ehdollisen rangaistuksen käyttöalaa laajennettiin (1976).

On huomattava, että suurin osa vuosina 1969—76 toteutetuista muutoksista koski seuraamusjärjestelmää eli rangaistusten määräytymiskriteereitä. Uudistukset toteutettiin korostamalla klassiseen tapaan rangaistuksen yleisestävyyttä, legaliteettiperiaatetta ja rangaistusten ennustettavuutta. Muutamassa vuodessa oli saavutettu ne päämäärät, jotka näillä argumenteilla oli saavutettavissa. Nämä samat argumentit, joilla vuosina 1969—76 päästiin huomattaviin rikosoikeudellisiin uudistuksiin, voivat kuitenkin kääntyä myös itseään vastaan, kehityksen jarruksi:

— On muistettava, että 1960-luvun loppupuolella Suomessa syntynyt liberalistinen suuntaus poikkeaa 1800-luvun klassisesta rikosoikeuskoulukunnasta siinä mielessä, että -60 luvun suuntaus syntyi reaktiona erityisestävää suuntausta kohtaan. Liberalisteilla ei ole ollut samanlaista kokonaisvaltaista käsitystä ihmisestä, valtiosta ja rikosoikeuden tehtävästä kuin 1800-luvun klassikoilla, joiden ihmiskäsitys ja yhteiskuntakuva pohjautui kokonaisvaltaiseen ja idealistiseen yhteiskuntafilosofiaan.

Vaarana onkin, että tekorikosoikeutta, ennustettavuutta ja normaalirangaistusajattelua kuvastava suuntaus formalisoituu itsetarkoitukseksi, jossa unohdetaan se, että rikosoikeudessa on aina perimmältään kysymys ristiriitatilanteen ratkaisemisesta, ei niinkään normaalirangaistuksen löytämisestä.

Myös lainvalmistelu voi vinoutua siten, että lainvalmistelijat kuvittelevat Suomen jonkinlaiseksi keskusjohdetuksi valtioksi, jossa rikosoikeudelliseen ihannetilaan päästään siten, että muutamat rikosoikeuden asiantuntijat päättävät rangaistusasteikoista ja tekoon perustuvista normaalirangaistuksista, jotka lainsäädännön kautta vahvistetaan ja tuomioistuimille järjestetyissä koulutustilaisuuksissa opetetaan. Toinen harha voi toteutua korkeimman oikeuden alkaessa antaa kapea-alaisesti tekoon perustuvia normaalirangaistuksia ennakkopäätöksinä.

Nämä kuvitelmat voivat toimia ainoastaan niin kauan, kunnes joku kysyy: Kuka normaalirangaistuksista tosiasiassa päättää? Mihin ne perustuvat? Jolleivat ne toimi yleisestävästi tai erityisestävästi tai jolleivat ne ratkaise yhteiskunnallisia ristiriitatilanteita, niin miksi niitä ylipäätään tuomitaan? Vai pitääkö rikosoikeudellinen koneisto vain itseään niiden avulla käynnissä?

Rikosoikeudellisten seuraamusten tavoitteet

Rikosoikeudellinen järjestelmä on yhä institutionalisoitunut pakkojärjestelmä, joka toteuttaa yhteiskunnan sille asettamia tehtäviä. Oikeudelliset instituutiot eivät siten ole olemassa itsensä vuoksi.

Vaikka rikosoikeudellinen päätöksenteko onkin lakiin sidottua legalistista päätöksentekoa, rikosoikeudessa on aina perimmältään kysymys yhteiskunnallisten ristiriitatilanteiden ratkaisemisesta. Tämän vuoksi rikosoikeudellistenkin päätösten tulisi olla materiaaliselta sisällöltään sellaisia, että ne tiettyjen arvoja valtapäämäärien ohella edistävät ristiriitatilanteiden laukeamista ja purkamista, eivätkä aiheuta toiminnallaan ainakaan enempiä ristiriitoja. Viranomaiskoneistolle, jollainen rikosoikeudellinen päätöksentekokoneistokin on, tulee

kuitenkin lainsäädännöllä antaa myös todellista valtaa ja mahdollisuuksia rikostilanteiden käsittelemiseksi.

Klassinen rikosoikeus legaliteettiperiaatteellaan kiinnitti huomiota ennen kaikkea siihen, että oikeusturvan nimissä tuomioistuinten ja täytäntöönpanoviranomaisten valtaa tuli lainsäädännöllä rajata. Tällä hetkellä tilanne voitaisiin kääntää kuitenkin siinä mielessä päinvastaiseksi, että tuomioistuimille sekä poliisi- ja syyttäjäviranomaisille annettaisiin positiivista valtaa ratkaista erilaisia ristiriitatilanteita käyttämättä rikosoikeuden perinteisiä keinoja eli vapaus- ja sakkorangaistuksia. Tähän suuntaan rikoslain uudistuksessa onkin liikahdettu toimenpiteistäluopumissäännöksiä uudistettaessa (1989 vp. — HE n:o 79).

Rikosoikeudelliseen päätöksentekojärjestelmään kuuluvien instituutioiden asemaa tullaan tulevaisuudessa tarkastelemaan siltä kannalta, miten hyvin ne tuottavat sellaisia päätöksiä, joita yhteiskunnan taholta pidetään suotavina. Tuomioistuinten on tulevaisuudessa yhä vaikeampi nojata toimintaansa pelkästään hallitusmuodosta johdettuun auktoriteettiin. Rikosoikeuden kannalta kysymys on myös koko rikosoikeudellisen järjestelmän uskottavuudesta ja tulevaisuudesta. Sovittelujärjestelmän syntyminen on jo eräs merkki siitä, ettei muodollinen rikosoikeudellinen päätöksenteko sanktioineen ole tuottanut tyydyttäviä tuloksia.

Sellaisessa tilanteessa, jolloin budjettivaroin rahoitettu järjestelmä toimii muodollisesti yhä hyvin, vaikka sen toimintaan ollaan tyytymättömiä, on kaksi mahdollisuutta: Järjestelmää voidaan korjata siten, että se jälleen pystyy tuottamaan sellaisia tuloksia, joita siltä odotetaan. Muussa tapauksessa se jää toisarvoiseksi päätöksentekijäksi. Yhteiskunnan vaatimat ratkaisut siirtyvät silloin aikaa myöten sellaisille uusille instituutioille ja ratkaisuforumeille, jotka pystyvät paremmin tuottamaan sellaisia päätöksiä, joita tarvitaan.

Tulevaisuudessa rikosoikeuden kehittäminen edellyttää, että nimenomaan seuraamusjärjestelmää ja päätöksentekomekanismeja kehitetään. Erityisesti tuomioistuinten ja sosiaaliviranomaisten keskinäiseen työnjakoon ja yhteistyöhön on kiinnitettävä huomiota. Ihmisten kannalta on usein täysin sattumanvaraista, mitkä viranomaiset heidän asioitaan ongelmatilanteissa käsittelevät. Tuomioistuimilla, sosiaali- ja lääkintöviranomaisilla on usein kuitenkin yhteiset asiakkaat. Rikosoikeuden kannalta tällainen tilanne on ratkaistavissa joko siten, että oikeusviranomaiset ja hallintoviranomaiset työskentelevät yhdessä tai siten, että sosiaalitapaukset siirretään kokonaan rikosoikeudellisesta järjestelmästä pois sosiaali- ja terveydenhuoltosektorille.

G. W. F. Hegelin ja K. G. Ehrströmin rangaistusteorian ykseydestä eroavuudessaan

Oikeustieteen lisensiaatti *Markus Wahlberg*

1. Tämän kirjoituksen tarkoitus on paikantaa *K. G. Ehrströmin* rangaistusteoreettisen parannusidealismin perustava ykseys ja ero suhteessa *Hegelin sovitusoppiin.*[1] Seuraavassa lyhyessä esityksessä ei ole mahdollista tarkastella lähemmin rangaistuksen käsitteen *loogisia* ja *systemaattisia* yhteyksiä *Hegelin* kokonaisjärjestelmän kannalta. Ymmärrettävää lienee toisaalta myös se, etten voi tarkemmin selvitellä *Ehrströmin* teorian muodostumiseen vaikuttaneiden *saksalaisten hegelistien* ja K. Mittermaierin ynnä muiden näkemyksiä.[2]

Monet kirjoittajat ovat jo aiemmin esittäneet tulkintansa *Ehrströmin* rangaistusteorian luonteesta.[3] En käy tässä tiivistetyssä esityksessä kiistelemään noiden tulkintojen oikeutuksesta. Menetelmäni onkin yksinkertainen. Keskityn lukemaan hänen julkaistua rangaistusteoreettista pääteostaan *Om principen för fängelsestraffets ordnande* asettamalla samalla sen keskeiset rangaistusteoreettiset kehittelyt kontrastiin vastaavien *Hegelin Oikeusfilosofian* kohtien kanssa. Näin kirjoitukseni ei edes pyri olemaan tarkemmin erittelevästi aatehistoriallinen, vaan menetelmäni on vain luonnehtivasti kuvaava ja arvosteleva filosofisen kokonaistulkinnan puitteissa.

[1] Kursivoidut korostukset jatkossa suorissa sitaateissa olevan tekstin osalta ovat Hegelin ja vastaavasti Ehrströmin omia, muutoin artikkelin kirjoittajan.

[2] Tässä Ehrströmin kehitysvaiheessa saksalaisen rikosoikeusteorian hegelisteistä ensisijaiseksi vaikuttajaksi nousee R. C. Köstlin. Voitaneen sanoa, että Köstlinin ohella moraalifilosofi J. U. Wirth on toinen keskeinen henkilö, jonka teoretisoinnin kritiikin kautta Ehrström päätyy omintakeiseen ratkaisuunsa. Ks. Ehrström, Om principen för fängelsestraffets ordnande, s. 50—68.

[3] Ehrströmin rangaistusteoreettisia katsomuksia ovat muun ohella käsitelleet Blomstedt (1964), s. 433—446, Myhrberg (1976), s. 17—18, Klami (1977), s. 90—97, Utriainen (1984), s. 27—31 ja Backman (1985), s. 54—55.

Rangaistus on totuttu *Hegelin sovitusopissa* näkemään pelkäksi oikeudenmukaiseksi hyvitykseksi, jota se hänen perusasettamuksensa mukaan olemukseltaan onkin. Mutta täten rangaistuksen justifikaatioon olennaisesti kuuluva kriittinen moraaliaspekti on jäänyt paljolti syrjään. *Hegel* oli kuitenkin myös hyvin syvällinen *moraalikriitikko*. Siksi tuon esiin kirjoitukseni lopussa joitakin mielestäni kiinnostavia Oikeusfilosofiaan sisältyviä moraalisuuden käsitteen aspekteja. Osittain myös tästä johtuu se, että yhtäältä varsinainen rikosoikeusteoreettinen ja toisaalta oikeusfilosofisesti systemaattinen analyysi jäävät seuraavassa pakostakin vähemmälle.

2. Teoksensa alussa *Ehrström* kiteyttää hyvin hegeliläisesti teemansa — vankeusrangaistuksen järjestämisen periaatteen — käsitteellisen johtamisen olennaiset premissit. Peruslähtökohta hänellä on se sinänsä empiirinen tosiasia, että *vankeusrangaistus* on vähitellen alkanut nousta *keskeiseksi,* jopa muut vapausrangaistukset syrjäyttäväksi rangaistustavaksi.[4] Tämän *Ehrströmin* lähtökohdan *hegeliläinen idealismi* korostuu eritoten siinä, että oikeudellisen rankaisemisen uudelleenhahmotuksen prosessin syy ei viime kädessä kuitenkaan piile muuttuneissa yhteiskuntasuhteissa eikä edes yleisesti korkeammassa sivistystasossa sinänsä, vaan syvällisempi syy tuohon muutokseen on parempi näkemys ihmistahdosta.[5] Hyvin kauniisti ja hyvin hegeliläisesti *Ehrström* kirjoittaa: »*Tunne itsesi* on syvämielinen arvoitus, jonka ratkaisuun ihmissuku on vuosisatojen saatossa pyrkinyt. Sukupolvi sukupolvelta on antanut osansa arvoituksen ratkaisemiseksi ja kiskaissut verhon toisensa jälkeen sfinksin kasvoilta. Siksi nämä kasvot myös näyttäytyvät meille selvempinä kuin esi-isämme saivat niitä katsella.»[6] Täten on *Ehrströmin* mukaan opittu kiinnittämään aiempaa tarkempaa huomiota ihmisen *sisäiseen puoleen* myös sikäli kuin se on ilmennyt rikoksesta ja tullut rangaistuksen vaikutuksen alaiseksi. Yhtäältä siis rikollisen *tarkoitus* on tullut yhä enemmän huomioon otetuksi rikoksen määrityksessä, ja toisaalta rikollista on häntä rangaistaessa alettu pitää yhä enenevässä määrin *järkevänä olentona.* Toisin sanoen syyllisyyskysymys on noussut korostuneemmin ja tietoisemmin esille, ja vastaavasti rangaistuksen on annet-

[4] Mts. 1—4.

[5] Rangaistustapojen muutoksen ja ylipäänsä rangaistusten lieventymisprosessin empiiristen syiden yleistyksenä, ks. Kekkonen—Ylikangas, Vapausrangaistuksen valtakausi, s. 47—67, erit. s. 62.

[6] Mts. 2. Vrt. OiFi, 343 §, jossa Hegel vastaavasti toteaa: »Tähän kuuluu kysymys ihmissuvun täydellistymisen mahdollisuudesta ja kasvatuksesta. Ne, jotka ovat puolustaneet tuota mahdollisuutta, ovat aavistaneet jotakin hengen luonteesta eli sen, että hengen luonteella on 'tunne itsesi' lakina, ja koska henki ymmärtää olemisensa, niin tällä on korkeampi hahmo kuin se, mikä muodosti sen pelkän olemisen.»

tu enenevässä määrin vedota rikollisen ymmärrykseen. Ja siksi vankeusrangaistus on alkanut syrjäyttää muita rangaistuskeinoja, sillä juuri vankila antaa rankaisuvallalle mahdollisuuden vaikuttaa pääasiassa rikollisen sieluun eikä vain tilaisuutta hänen ruumiinsa hallintaan ja alistamiseen. Mutta, *Ehrström* edelleen toteaa, tämä jää vain *mahdollisuudeksi* sikäli kuin vankeusrangaistus perustuu pelkkään rangaistuspakkoon.

Todellisuutta tuosta sieluun vaikuttamisen mahdollisuudesta tulee vasta kun vankeus rangaistustapana järjestetään niin, että se vetoaa *rikollisen harkintaan ja omaantuntoon.*[7]

Ehrströmin hegeliläisyys on edeltävissä perusteluissa mitä ilmeisintä tietoisuuden kehityksen historiallisen *fenomenologian aspektista,* ja tämän syyllisyystietoisuuden ja rangaistushengen hahmottumiskehityksen hän sitten »konkretisoi» teoksensa alkupuolella melko valikoidulla historiankatsauksella eri kansojen lakikoonnoksista aina Mooseksen laista ja kreikkalais-roomalaisesta antiikista Corpus Jurikseen ja germaaniheimojen oikeuskirjojen kautta Carolinaan sekä uskonpuhdistuksen myötä erinäisiin vuoden 1734 lakia edeltäneisiin säädöksiin. Siten *Ehrströmin* näistä ja vielä vuoden 1734 lain säännöksistäkin havaitsema puutteellinen syyllisyystietoisuus toimii negatiivisesti »empiirisenä» taustaperusteluna hänen omalle *parannusidealistiselle* rangaistuskäsitteen kehittelylleen.[8]

Sen tarkemmin tuota syyllisyystietoisuuden ja rangaistushengen historiallista fenomenologiaa kommentoimatta riittäköötässä *Ehrströmin* oman hengen siitä tekemät *johtopäätökset:*

> i) Kansat eivät »lapsuudentilassaan» ymmärtäneet rikokseen sisältyvää syyllisyyskäsitettä vaan sen sijasta pelkän ulkoisen kausaaliyhteyden tahdon ja käsilläolevan loukkauksen välillä.[9] Kun sitten syyllisyyskäsite vähitellen tiedostuu, sitä ei vielä eroteta laadullisiin määrityksiin (dolukseen ja culpaan), vaan rikollisen tahtoa pidetään absoluuttisesti pahana, luonnonmahteihin sidottuna käsilläolevan oikeudenloukkauksen aiheuttajana; ja vastaavasti rangaistus saa tämän vuoksi muotoja, joilla pyritään pelon kautta pitämään niin rikollisen kuin muidenkin yhtä epävapaat tahdot erillään noista luonnonmahteihin liittyvistä loukkauksista.
>
> ii) Syyllisyyden laadun määritysten sitten vähitellen tiedostuessa, syntyy heti myös käsitys, että rikollisen tahdon pitää voida palata paran-

[7] Mts. 3.

[8] Ks. mts. 3—22.

[9] Tuon »lapsuudentilan» osalta vrt. yleisesti Hegelin luonnontilan ulkoisen väkivallan määritystä suhteessa sivistyksen formaalisen yleisyyden muotoon porvarillisessa kansalaisyhteiskunnassa, OiFi 93 ja 187 §:t.

nuksen kautta normaaliin tilaansa, ja tämä mielikuva tuottaa uusia rangaistusmuotoja, jotka ovat omiaan mahdollistamaan parannuksen itse rangaistuksen toimeenpanossa — vapausrangaistukset, ja näiden joukossa myös vankeusrangaistuksen.

iii) Mutta tämä mielikuva on aluksi vielä hämärä ja rangaistuksen varhaisemman, pelottavaa vaikutusta koskevan näkemyksen sekoittama. Vasta vähitellen tämä käsitys rangaistuksen parantavasta vaikutuksesta tiedostuu tarkemmin samassa suhteessa kuin syyllisyysasteet (syyllisyyden määrälliset määritykset) moninaistuvat. Mutta parannuskäsitys ei lähesty varmuutta ennen kuin rikollisen tahto on tullut laajojen psykologisten tutkimusten kohteeksi, tutkimusten, jotka osoittavat syyllisyyden esiintymismahdollisuuksien tavattoman runsauden. Ja vastaavasti vankeusrangaistuksen käyttö yleistyy sitä enemmän, mitä pitemmälle päädytään syyllisyysasteiden käsittämisessä, vaikka vankeusrangaistuksen järjestäminen parannuskäsitystä vastaavaksi ei toteudu, eikä voikaan toteutua, ennen kuin ihmistahdon ymmärtäminen on edennyt niin pitkälle, että ajatus rikollisen sisäisen puolen tarkemmasta pyskologisesta huomioon otosta käy välttämättä esiin hänen tahtoaan koskevasta tarkentuneesta näkemyksestä.[10]

Nykytutkimuksen valossa tällainen historiallinen fenomenologisointi »selittävästi» yleistävine johtopäätöksineen on tietenkin puutteellista siksi, että se jää olennaisesti pelkän kuvauksen tasolle. Sen tarkoitus onkin pääasiassa omien näkemysten idealistisen justifikaation tukemisessa historiallisiin esimerkkeihin nojautuen.[11] Mutta kirjoitukseni aiheen eli rangaistuksen moraalisen oikeuttamisen kannalta juuri tuo eettistä justifikaatiota koskeva puoli on olennaista, ja siksi mielenkiintoisempaa kuin noiden *Ehrströmin* huikeiden historiallisten yleistysten analysointi ja kritiikki on se, miten hän jo teoksensa alussa ilmaisee *justifikatorisen perusintentionsa.* Nimittäin pääsyy siihen, että on alettu kiinnittää tarkempaa huomiota vankeusrangaistuksen järjestämiseen, ei hänen mukaansa tosiaankaan piile reaalisten yhteiskuntasuhteiden muutoksessa eikä edes tuossa tietoisuuden historiallisessa fenomenologiassa sinänsä vaan siinä, »että rangaistuksen käsite on tuottanut inhimilliseen tietoisuuteen uusia määrityksiä, jotka ovat siitä aiemmin puuttuneet, ja joita siinä ei myöskään ole voinut olla, mutta jotka heti esiin käytyään ovat kehkeyttäneet järjen välttämättömyydellä ensin itse vankeusrangaistuksen ja sitten sen järjestämisen mainittuun tarkoitukseen.»[12]

[10] Mts. 22—23.

[11] Ehrströmin poikkeuksellisen intellektuaalisen terävyyden ja moraalisen rehellisyyden kunniaksi on mainittava, että hän tämän omalta näkökannaltaan tiedostaa ja tunnustaa. Ks. mts. 21—22 vrt:na s. 93.

[12] Eli parannustarkoitukseen, mts. 3.

3. Jos edeltävä syyllisyystietoisuuden ja rangaistushengen historiallinen yleiskatsaus johtopäätöksineen vastasi rikosoikeudellisena sovelluksena tavallaan *Hegelin* itsensä *fenomenologista* tietoisuuden kokemuksen tiedettä, niin nyt *Ehrströmin* esitys saa uuden hegeliläisen ulottuvuuden: *käsite kehittyy* eli kehittelee määrityksiään ikään kuin itsestään edeten järjen välttämättömyyden mukaisesti, ja tätä kehityskulkua sivistynytkin tietoisuus ikään kuin vain sivusta tarkastelee. *Hegel* itse kirjoittaa tästä: »Kutsun *dialektiikaksi* käsitteen liikkeelle panevaa alkuperustetta, joka ei vain hälvennä vaan myös tuottaa yleisen eriytymiset... Käsitteen korkeampi dialektiikka ei ole vain estecn ja vastakohdan määritystä, vaan käsittämistä ja tuottamista niistä edeten *positiivinen* sisältö ja tulos. Vain täten käsitteen dialektiikka on *kehittelyä* ja immanenttia edistystä, ja näin tämä dialektiikka *ei* ole subjektiivisen ajattelun *ulkoista* työtä, vaan sisällön *oma sielu,* joka kehkeyttää orgaanisesti oksansa ja hedelmänsä. Tätä idean kehitystä, järkensä omana toimivuutena, ajattelu subjektiivisena puolena vain tarkastelee asettamatta siihen omia lisiään.»[13]

Mutta mitä tämä *Hegelin* ja *Ehrströmin* nykyisestä lukijasta ehkä mystiseltä vaikuttava *käsitteen kehittely* voi tarkoittaa? Se tarkoittaa mahdollisimman yksinkertaisesti ilmaistuna sitä, että niin *Hegel* kuin *Ehrströmkin* pyrkivät justifioimaan, eli perustelemaan käsitteellisesti ja *oikeuttamaan eettisesti,* rangaistuksen käytön heidän mielestään järkevän porvarillisen yhteiskunnan elintoimintoja vastaavaksi. Mutta olkoonpa heidän »käsitteen kehittelynsä» rangaistusten yleisen lieventymisprosessin »selityksenä» suurelta osalta pelkkää ideologiaa, niin tämä ei suinkaan vähennä heidän historiallista merkitystään aikansa ja maittensa sivistyneen porvariston ja virkamiehistön edusmiehinä ja suunnannäyttäjinä. Päinvastoin. *Hegel* välillisesti filosofiansa tavattoman suosion ja eri alojen *sovellusten* kautta, ja *Ehrström* välittömästi Suomen 1800-luvun loppupuolen rangaistussäännösten modernisoinnin ja vankilauudistuksen *teoreetikkona ja praktikkona* sekä vuoden 1889 rikoslain hahmottajana ja »esivalmistelijana» ovat kumpikin varmasti vaikuttaneet rangaistuskäytännön lieventymiseen — mitenkä tuota vaikutusta sitten ylipäänsä mittaammekaan. Eri asia on se, että kummankin — erityisesti tietenkin *Hegelin* — *aikasidonnaisia näkemyksiä* voi tuon »käsitteen kehittelyn» absoluuttisuuden vaatimuksen vuoksi helposti käyttää justifioimaan asioita, jotka reaalisen, lopultakin paljolti noista käsitteistä riippumattoman kehityksen vuoksi eivät enää tällaista »käsitteen välttämättömyyttä» kaipaa.[14]

---

[13] OiFi 31 §.

[14] Esim. modernissa anglo-saksisessa rangaistusfilosofisessa keskustelussa viitataan

Osittain myös edellä sanotun vuoksi en ryhdy tässä erittelemään *Ehrströmin* polemiikkia, eli tuon käsitteen kehittelyn *negatiivisesti hälventävää* puolta, oman aikansa eri rangaistusteorioita vastaan.[15] Kuvaankin seuraavassa vain tuon *Ehrströmiin* dialektiikan *positiivisen* tuloksen *Hegelin* rikoksen ja rangaistuksen käsitteenmääritysten taustaa vasten.

4. *Hegel* määrittelee rikoksen seuraavasti: »Vapaan harjoittama ensimmäinen pakko voimankäyttönä, joka loukkaa vapauden läsnäoloa *konkreettisessa* merkityksessään, oikeutta oikeutena, on *rikos — negatiivisesti ääretön arvostelma* täydessä merkityksessään.»[16]

Tämä varsin hämärältä tuntuva määritelmä tulee ymmärrettävämmäksi muistettaessa, että *oikeus* tarkoittaa *Hegelin* mukaan mitä tahansa läsnäoloa, johon sisältyy *vapauden määritys* sinänsä.[17] Ihminen on vapaa toimija periaatteessa aina ja kaikkialla sinänsä. Toisin sanoen hänellä on oikeuden aluksi »abstraktisesti» eli potentiaalisesti sinänsä takaama vapauspiiri, joka on aina ihmisessä ja ihmiselle läsnä, ja tässä mielessä hänen vapautensa on periaatteessa sinänsä »ääretön». Tietenkin tuo vapauspiiri on läsnäolevana, ja tässä merkityksessä konkreettisesti reaalisena, aina myös jotenkin sekä aistimellisempiirisesti että normatiivisesti rajoitettu, negatiivinen. Mutta tämän negatiivisuuden empiirinen puoli ei ole nyt ratkaisevaa. Siksi on *Hegelin* mukaan mielekästä sanoa, että vapaan toimijan tuohon toisen vapaan toimijan vapauspiiriin puuttuminen on *pakkoa negatiivisesti* äärettömänä arvostelmana.[18]

---

melko useastikin johonkin yhteyksistään irroitettuun Hegelin lausumaan tarkoituksena tukea omaa argumentaatiota.

[15] Tämä negatiivinen dialektiikka kattaa teoksen 97 sivusta miltei puolet.

[16] OiFi 95 §.

[17] OiFi 29 §.

[18] Hegel kutsuu rikosta negatiivisesti äärettömänä arvostelmana jopa »järjenvastaiseksi» tai »mielettömäksi» (widersinnig), ja rinnastaa sen sellaisiin arvostelmiin kuten »henki ei ole punainen, keltainen etc.» Ks. tark. Wissenschaft der Logik 2, s. 324—326, jossa Hegel nimittää rikosta »oikeelliseksi siksi, että se on todellinen toimi, mutta koska se yhdistyy siveellisyyteen, joka muodostaa toimen yleisen alueen, läpikotaisen negatiivisesti, niin se on järjenvastainen.» Hegelin edeltävä esimerkki on huono, sillä eihän henki ole pelkkä luonnonolio, ja »punaisesta hengestä» puhuminen on melko metaforista kielenkäyttöä. Nyt kuitenkin se, mitä Hegel rikoksen yhteydessä tuolla järjenvastaisuudella tarkoittaa, on aivan toisenluonteista. Nimittäin negatiivisesti äärettömänä arvostelmana rikos on pikemminkin verrannollinen arvostelmaan »ruusu ei ole kukka», jossa kielletään ruusulta loogisessa mielessä suku, siis sen »kukkaisuus» intensionaalisesti täysin abstraktisena kvaliteettina, joka ei ole välittömästi aistittavissa vaan aina myös ajattelun tuote. Vastaavasti rikos Hegelin mukaan kieltää periaatteessa kaikilta, siis sekä uhrilta että muilta ja jopa tekijältä itseltäänkin oikeuskelpoisuuden. Rikos on kyllä Hegelin terminologian mukaan »oikeellinen». Tämä tarkoittaa, että se on toimena todellinen siten, että siitä voi esittää väitteen, joka on jo-

Tällainen arvostelma väittää siis periaatteessa sen, ettei loukatulla ole lainkaan oikeuksia, ei minkäänlaista vapauden läsnäoloa, ja näin hän olisi pelkkien kieltojen eli pelkän voimankäytön kohde. Täten *Hegel* katsoo, että vapaan toimijan toista kohtaan harjoittama pelkkä voimankäyttö loukkaa juuri vastavuoroisesti yleistäen kaikkien vapauden läsnäoloa eli vapauden yleistä, *ääretöntä puolta.* Rikollinen siis periaatteessa kieltää ja kiistää kaikkien muiden ja myös itsensä oikeuskelpoisuuden.[19]

Nyt on ehkä ymmärrettävämpää miksi *Hegel* lausuu vastaavasti rangaistuksen abstraktista käsitettä määrittäessään, että vaikka oikeudenloukkaus on kohdistunut *sinänsä olevaan tahtoon* (ja täten yhtä hyvin tähän loukkaajan kuin loukatunkin sekä kaikkien tahtoon), niin sillä ei ole tässä sinänsä olevassa tahdossa sellaisenaan mitään positiivista olemassaoloa yhtä vähän kuin pelkässä aikaansaannoksessaan.[20] Nimittäin rikoksessa rikollisen erityinen tahto on kyllä ulkoistunut yksityiseksi läsnäolevaksi teoksi myös ruumiillisessa ja aineellisessa merkityksessä. Kuuluuhan mitä henkisimpiinkin rikoksiin — vaikkapa jumalanpilkkaan — aina joitakin ruumiinliikkeitä ja muutoinkin aineellisesti välittyviä prosesseja, ja näin on asia myös laiminlyöntirikoksissa, joissa on kyse puuttuvista ruumiinliikkeistä, eli niistä, jotka lain mukaan vaaditaan. Mutta olisi absurdia sälyttää *Hegelin* syyksi väite, että hänen mukaansa nämä läsnäolevat teot ja poissaolevat tekemättömyydet voisi jotenkin jälkeenpäin ruumiillisessa ja aineellisessa merkityksessä *kumota* ja *hävittää*, kuten OiFi 97 §:n mukaan rikokselle siitä rangaistaessa tapahtuu. Toimintarikostenkin yhteydessä tämä olisi melko kummallista kielenkäyttöä; tehtyä kun ei saa tekemättömäksi, ja laiminlyöntirikosten ruumiillisesta ja aineellisesta »kumoamisesta» puhuminen tuntuu suorastaan mielettömältä. Miten voi kumota ja hävittää sen

---

ko tosi tai epätosi. Toisin sanoen meillä voi olla oikea tai väärä mielikuva jostakin ulkoisesta ruumiinliikkeestä eli teosta oikeudenmukaisena tai oikeudenvastaisena toimena. Mutta tämä on empiirisen lainsoveltamisen ja tulkinnan asia. Filosofisesti rikos onkin »järjenvastainen» suhteessa OiFi:n osassa »siveellisyys» esityksensä saaneeseen »järkivaltioon» oikeuden idean viimekätisenä eettisenä perusteluna.

[19] OiFi 95 §. Hegel ei tietenkään tässä väitä, että jokaisella rikollisella olisi aina tai edes useimmiten tekonsa tietoisena tarkoituksena tuo oikeuskelpoisuuden kieltäminen. Esim. vain kostomurhan yhteydessä oikeuskelpoisuuden kieltäminen tuntuu luontaiselta perusmotiivilta, ja tässäkin vain uhriin kohdistuvana. Nimittäin pitäisi olla kyse melkomoisesta murhamiehestä, jos murhaaja tahtoisi tietoisesti kiistää ja kieltää maailman kaikkien ihmisten oikeuskelpoisuuden. Sitäkin suuremmalla syyllä tämä argumentti pätee esim. pikkuvarkaiden näpistysten, tuottamusrikosten etc. osalta. Kyse onkin vain ylipäätään rikoksen käsitteestä, sen yleisestä puolesta kaikesta erityisestä ja aistimellisesti yksityisestä abstrahoituna.

[20] OiFi 99 §.

ruumiillisen ja aineellisen liikeprosessin, jota ei koskaan ulkonaisesti tapahtunut?

Hegel ei siis suinkaan väitä, että rikos olisi rikollisen erityisen tahdon aikaansaannoksena positiivisesti olemassa ulkoisena tekona, eli tapahtumana ja sen tuloksena, ruumiillisessa ja aineellisessa merkityksessään. Päinvastoin tällaisena teko on rikollisen erityistä tahtoa vallinneen oikeustilan kannalta *negatiivisesti olemassaolevana,* jonka hyvitysmuoto on vahingonkorvaus pelkkänä aineellisen vahingon korvaamisena tai jo tässäkin *ideaalisena* vahingonkorvauksena arvon mukaan, mikäli välitöntä aineellista hyvitystä ei voi tapahtua.[21] Tuo rikollisen erityisen tahdon positiivinen eli reaalinen olemassaolo tarkoittaakin mahdollisimman lyhyesti luonnehdittuna seuraavaa: Spekulatiivisessa logiikassa, jonka oikeusfilosofinen sovellus koko Oikeusfilosofia on, *käsitteen* suhde erityiseen puoleensa, *reaalisuuteensa,* ei ole aistitiedon tapaan suhdetta johonkin käsitteelle vieraaseen ja ulkonaiseen. Tämän vuoksi monipuolinen erityinen ja yksityinen reaalisuus on tiedostettu vasta kun tämä erityinen puoli on johdettu käsitteestä. Tällöin oikeusfilosofisesti määrittyvien rikoksen ja rangaistuksen kategorioiden yhteydessä *käsite* eli yleinen puoli merkitsee »konkretisoituneena» viime kädessä oikeudellistunutta *valtiota* erityisen puolen yleisenä *substanssina,* joka on juuri erityisten tahtojen kautta samalla järkevöitynyt porvarillisen perherakenteen, kansalaisyhteiskunnan ja erityisten yksilöiden moraaliratkaisujen sekä valtion virkakoneiston välityksin kaikenkattavaksi »siveelliseksi» *kokonaissubjektiksi.* Ja juuri tämä kokonaissubjekti orgaaniensa välityksellä kumoaa tuon rikollisen positiivisen tai pikemminkin sellaiseksi pyrkivän erityisen tahdon, joka muutoin tulisi voimaan, ja palauttaa oikeuden yleisyyden ja pätevyyden kaikkien erityisten tahtojen vapautena.[22]

5. Kontrastiksi kirjoitukseni loppujaksoille kuvaan seuraavassa ensin *Ehrströmin* oman rikoksen ja rangaistuksen *käsitteenmäärityksen* pääpiirteissään

[21] OiFi 98 §.

[22] Tuon kumoamisen tehokkuus riippuu tietenkin aistimellis-praktisesta empiriasta, minkä Hegelkin varsin syvällisesti tiedostaa ja ilmaisee. Toisaalta Hegel mitä jyrkimmin hylkää materiaalisen talion rangaistuksen oikeudenmukaisuuden kriteerinä. Nimittäin jos rikoksesta rangaistusta määrättäessä pitäydytään niiden »täysin abstraktiseen, spesifiseen vastaavuuteen, niin ei synny vain ylikäymätön vaikeus määrittää rangaistukset (erityisesti, kun vielä psykologia tuo mukaan aistiyllykkeiden suuruuden ja tähän liittyvän — miten halutaankin: joko pahan tahdon aistiyllykkeitä suuremman voimakkuuden tai myös ylipäätään tahdon vapauden niitä pienemmän voiman). Lisäksi on erittäin helppo esittää hyvitys rangaistuksen absurdiutena (varkaus varkaudesta, ryöstö ryöstöstä, silmä silmästä, hammas hampaasta, minkä yhteydessä tekijän voi erityisesti kuvitella yksisilmäiseksi tai hampaattomaksi).» OiFi, 100 §.

sellaisena kuin hän sen teoksessaan esittää Hegel-tulkintaansa nojautuen, ja luonnehdin sitten tätä kokonaisuutta muutamasta tarkennetusta näkökulmasta.

Ehrströmin rikoksen määritelmä »täydellisessä» ilmauksessaan kuuluu: *rikos* on *»positiivisen lain rangaistavaksi julistama ja syyntakeiselle ihmiselle voimakkuudeltaan ja laajuudeltaan syyksi luettava toimi, jolla substantiaalista oikeutta loukataan jossakin lajiltaan ja suuruudeltaan määritetyssä olemassaolossa.»*[23]

Toimen välittämiin faktoreihin eriteltynä rikokseen sisältyy näin:

> i) *vapaa tahto*, joka tietää valtion asettamasta substantiaalisesta oikeudesta, mutta joka kuitenkin jossakin laadultaan ja määrältään määritetyssä mitassa antautuu vääryyteen (eli hankki itselleen mitaltaan määritetyn syyllisyyden) — rikoksen *subjektiivinen puoli* eli faktori.
>
> ii) *loukkaus*, joka kohdistuu valtion asettamaan substantiaaliseen oikeuteen jossakin sen laadullisesti ja määrällisesti määritetyssä läsnäolossa — rikoksen *objektiivinen puoli* eli faktori.[24]

Nyt *Ehrström* edelleen toteaa, että *rangaistus* taas vastaavasti on — Hegelin opetuksen mukaan — *rikoksen kumoaminen*. Siksi, ja jotta tuo kumoaminen olisi rangaistuksena täydellinen, sen on ulotuttava toimeenpanon välityksellä kumpaankin faktoriin. Mutta rangaistus on lisäksi yleisen tahdon reaktio rikollisen mielivaltaista tahtoa vastaan, ja tätä yleistä tahtoa edustaa valtion alueella juuri valtio (vuorovaikutuksessa yhteiskuntaan), joka on ulkoisessa läsnäolossaan *äärellisen vaihtelujen* alainen. Siksi juuri rikosoikeudellinen rangaistus saa määrityksen olla riippuvaista *valtion käsityksestä* siitä, mikä on oikeaa. Ja tämä määritys on *Ehrströmin* mukaan *differentia specifica* rankaisemiselle valtion vaikutuspiirissä vastaten rikosoikeudellisen väärinteon edellä mainittua erottavaa määritystä olla »positiivisen lain rangaistavaksi julistama toimi».

Täten rikoksen kumpaakin faktoria vastaavasti saadaan rikosoikeudelliselle rangaistukselle seuraavat, toimeenpanon välittämät, faktorit:

> i) Rikollisen *oikeudenvastaisen tahdon kumoaminen* samassa laadullisesti ja määrällisesti määritetyssä mitassa, jossa hän, valtion käsityksen mukaan, on antautunut vääryyteen (hankkinut itselleen syyllisyyden) — rangaistuksen *subjektiivinen puoli* eli faktori.
>
> ii) Käsilläolevan *oikeudenloukkauksen kumoaminen* sen laadullisen

[23] Mts. 69. Asian monimutkaisuuden vuoksi en voi tässä perustella sitä, miksi käännän edellä termin 'handling' toimeksi enkä teoksi.

[24] Mts. 69.

ja määrällisen mitan mukaan, jossa valtio käsittää sen loukkaukseksi — rangaistuksen *objektiivinen puoli* eli faktori.[25]

Ehrström päätyi teoksessaan rikoksen ja rangaistuksen *objektiivisen* faktorin muotoiluun nimenomaan — kuten hän itsekin useasti korostaa — *Hegelin opin perustalta.* Siksi on syytä esittää hänen oppimestariltaan omaksumansa määritykset kokonaisuudessaan.

Ehrströmin Hegel-tulkinnassa *oikeuden olemus* on se, että yleinen, järkevä tahto antaa itselleen ulkoisen olemassaolon. Tässä ulkoisessa *läsnäolossa* (kunkin ja kaikkien oikeuksissa), ja vain siinä, yleiseen tahtoon voi käydä käsiksi tai sitä loukata. Vain ulkoisessa läsnäolossaan yleinen tahto voi joutua pakon alaiseksi. Nimittäin sinänsä yleinen tahto (oikeus, laki) on loukkaamattomissa oleva, ja yksityisen tahdon järkevyys perustuu sen vastaavuuteen yleisen tahdon kanssa. Mikäli siis yksityinen tahto mielivaltaisesti loukkaa yleistä tahtoa, niin se asettuu *ristiriitaan* oman itsensä kanssa, ja näin yksityisen harjoittama pakko eli *rikos* tuhoaa itsensä käsitteessään *järjettömänä*. Tämä taas tulee julki siinä, että pakko eli rikos kumotaan toisella pakolla eli rangaistuksella. Juuri järjen välttämättömänä reaktiona järjettömyyttä (mielivaltaa) vastaan, eli rikoksen negaationa, rangaistus on oma järkevä päämääränsä, ja oikeuden palautuksena se on täten myös oikeudenmukainen. Tämän vuoksi myös *rikollinen*, jota rangaistaan, päätyy rangaistuksessa oikeuteensa, sillä järkevänä olentona myös hän *tunnustaa järjen* vaatimuksen, että järjetön on kumottava; ja rikollista rankaisemalla häntä kohdellaan siis sen lain mukaan, jonka hän on itse mielivaltaisen toimensa eli rikoksensa kautta omalle itselleen asettanut. Täten häntä *kunnioitetaan* ajattelevana olentona, sinä, joka on tiennyt, mitä on tehnyt.

Kun nyt yleistä tahtoa voi loukata vain sen ulkoisessa läsnäolossa eli kunkin ja kaikkien oikeuksissa, ja tämä läsnäolo erottuu laadullisiin ja määrällisiin määrityksiin, niin myös rikoksen objektiivinen puoli saa vastaavanlaiset määritykset. Tarkasteltuna vain puuttumisena pelkkään ulkoiseen läsnäoloon rikos on vahingoittamista, jonka korvaaminen tapahtuu siviilioikeudellisena vahingonkorvauksena, mikäli tämä voi tapahtua.[26] Mutta käsitettynä yleisen tahdon loukkaukseksi olemuksessaan on rikoksen positiivinen läsnäolo — jo edellä kuvattuun tapaan — vain rikollisen mielivaltainen tahto, jonka kumoaminen tapahtuu rangaistuspakon kautta. Ja koska rikos erottuu laadullisiin ja

[25] Mts. 69—70.

[26] Siis luontaisesti aineellisena korvauksena, ja jollei tämä ole mahdollista, niin arvon mukaan rahassa. Ehrström ei vielä myöhemmän tuotantonsa tapaan lainkaan erota omaksi ryhmäkseen korvausta »kivusta ja särystä».

määrällisiin määrityksiin, ja sen kumoaminen on käsitteeltään pakkoa pakkoa vastaan eli loukkauksen loukkausta, niin tästä *kumoamisesta tulee hyvitystä.* Hyvitys käsitteen perustavana identtisyytenä ei kuitenkaan ole loukkausten — rikoksen ja rangaistuksen — spesifistä yhtäläisyyttä, vaan yhtäläisyyttä niiden välisen arvon mukaan. Ja lopuksi *Ehrström* tältä osin[27] ensin toteaa, ettei ajatuksesta voi johtaa tämän arvon tarkempaa määritystä, vaan se riippuu kulttuuriolosuhteista ja lainsäätäjän viisaudesta, ja sitten hän lainaa seuraavan asiaa koskevan passuksen OiFi:n 101 §:stä: »Rikoksen ja sen kumoamisen laadullinen ja määrällinen ominaislaatu lankeaa nyt ulkonaisuuden alueelle, jossa yksikään absoluuttinen määritys ei ole mahdollinen; absoluuttinen määritys pysyy *äärellisyyden kentässä* vain vaatimuksena, jota ymmärryksen on yhä tarkemmin rajattava, ja tämä on erittäin tärkeää, mutta se jatkuu äärettömään ja sallii vain toistuvan *likipitäistymisen.*»[28]

Tämä *Ehrströmin* Hegel-tulkinta on luonteeltaan varsin oivallista *Hegelin* tekstin *ruotsinnosta.*[29] Tulkinta on kuitenkin niin tiivis, että *Hegelin* rangaistusteorian varsinainen *omintakeisuus* tulee vain puutteellisesti esille. Tämä taas vaikuttaa vastavuoroisesti siihen, että tulkitsija ohittaa *Hegelin* itsensä kehittelemän *subjektivismin moraalikritiikin* muutamalla lauseella rikoksen ja rangaistuksen subjektiivista puolta myöhemmin kehitellessään.

Nimittäin *Hegelin* abstraktisessa oikeudessa esityksensä saaneessa rangaistuksen *hyvitysteoriassa* voi erottaa viisi aspektia: 1) tehty rikos on ainoa peruste rankaisemisen oikeudelle, 2) tehty rikos on myös ainoa peruste velvollisuudelle rangaista, 3) rangaistuksen on vastattava arvon mukaan rikosta, 4) rangaistus kumoaa rikoksen ja 5) rangaistus on rikollisen oikeus.[30]

Jokainen johdonmukainen retributivisti eli hyvitysteorian kannattaja on periaatteessa yhtä mieltä kolmesta ensimmäisestä kohdasta: vain laissa tarkemmin määritetty teko oikeuttaa rankaisemaan, ja vain siinä määritetty teko myös — eräin poikkeuksin — velvoittaa rankaisemaan, ja lisäksi rangaistuksen on oltava »oikeudenmukaisessa» suhteessa rikokseen. Sitä vastoin neljäs ja viides kohta ovat *Hegelin* abstraktisen oikeuden rangaistusteorian *erityistunto-*

---

[27] Mts. 46—48.

[28] Edeltävän argumentoinnin taustana, ks. tark. OiFi 90—101 §:t, erit. 90, 93, 97, 99 ja 100 §:t.

[29] Ehrström oli Snellmanin henkilökohtainen tuttava ja oppilas, joten hänen Hegel-esityksensä adekvaattisuuden välittäjänä voi sanoa olleen tuon ajan Hegel-reseption erään kärkihahmon.

[30] Vrt. seuraavaa esitystä Primoratzin teokseen, Banquos Geist, s. 71 ss., jossa tekijä käy keskustelua kohtien 4) ja 5) osalta lähinnä anglo-saksisia Hegel-tulkintoja kritisoiden.

merkit, jotka sisältävät samalla sinänsä eli potentiaalisesti rangaistuksen moraalisen ja eettisen oikeuttamisen aspektit.

Edellä olen lyhyesti luonnehtinut sen, mitä rangaistus rikoksen kumoamisena merkitsee. Tämän ja kuuluisan teesinsä rangaistuksesta rikollisen oikeutensa *Hegel* kiteyttää OiFi:n 100 §:ssä: »Loukkaus, joka rikollista kohtaa, ei ole vain *sinänsä* oikeudenmukainen — oikeudenmukaisena se on samalla hänen *sinänsä* oleva tahtonsa, hänen vapautensa läsnäolo, hänen *oikeutensa* — vaan loukkaus on myös *oikeus rikollisessa* itsessään eli *asetettuna* hänen *läsäolevassa* tahdossaan, hänen toimessaan. Nimittäin hänen toimessaan *järkevän olennon* toimintana piilee se, että se on jotain yleistä, eli sen kautta on asetettu laki, jonka rikollinen on siinä tunnustanut itselleen, ja jonka alaiseksi rikollisen siis *hänen* oikeutensa alaisena saa subsumoida.»

Hegel siis väittää, että loukkaus eli rangaistus, joka rikollista kohtaa, on samalla rikollisen sinänsä olevaa tahtoa, eli hänen *oikeutensa* hänen vapautensa läsnäolona. Tämä on edellä mainitun kumoamisteesin toisinto, ja siihen sisältyy *potentiaalisesti* käsitteenä koko *Oikeusfilosofian järjestelmän* ihmisten keskeisen kanssakäymisen *perustelu* siveellisesti eli eettisesti *oikeudenmukaiseksi!* Toisin sanoen *Hegel* vaatii rikolliselta sopeutumista eli sovittumista viime kädessä *idean mukaisesti* järkevän siveellisyyden — perheen, kansalaisyhteiskunnan ja valtion — perusrakenteisiin ja toimintoihin.

Nyt voi tietenkin kriittisesti kysyä, onko eettisesti oikeudenmukaista vaatia yleensä kurjalistoon kuuluvalta keskimääräisrikolliselta sopeutumista ja sovittumista tähän järkivaltion »oikeudenmukaiseen» eli oikeuden »ideanmukaiseen» toimivuuteen — rikolliselta, joka useimmiten ei siitä kovinkaan paljon tiedä eikä myöskään ole tavallisesti antanut mitään nimenomaista »suostumusta» rankaisemiselleen. *Hegelin* vastaus on kuitenkin tässä suhteessa yksioikoinen, sillä järkivaltion velvollisuuksiin mutta myös oikeuksiin on alistuttava: »...*valtiossa,* järkikäsitteen *objektiivisuutena, oikeudellisen syyksilukemisen* ei ole jäätävä siihen, mitä yksilö pitää järkensä mukaisena tai sen vastaisena... Tässä objektiivisessa kentässä näkemyksen oikeus on pätevä tietona *laillisesta* tai *laittomasta,* eli tietona *voimassaolevasta* oikeudesta, ja rajoittuu lähimpään merkitykseensä, nimittäin *tietoon* sen *tuntemisena,* mikä on laillista ja sikäli velvoittavaa.»[31]

[31] OiFi 132 §. Tämä laillisen järkivaltion oikeus ei tarkoita yhdenkään Hegelin aikaisen valtion positiivista oikeutta empiirisenä tosiasiana, eli »wie es eigentlich gewesen», vaan porvarillisesti ideologisoituneen valtion perustoimintoja filosofisena, tulevaisuuden kannalta paljolti suljettuna yleistyksenä. OiFi 129 §:ssä Hegel puhuu tuon järkivaltion »hyvyydestä» jopa »maailman absoluuttisena tarkoitusperänä». — Myös siis oikeuksiin on alistuttava,

Nyt *Ehrström* tulkitsee aivan *oikein Hegeliä* siinä, että abstraktisessa oikeudessa tuo edellä mainittu »kumoaminen» antaa rangaistuksen käsitteelle vain *objektiivisen puolen*, eli siinä määritetään vain *rangaistuspakko*, joka eriytyy rikosta vastaten laadullisiin ja määrällisiin määrityksiin. Mutta yksityisen rikollisen kannalta tämä merkitsee myös sitä, että hänellä on *kansalaisena eettinen* oikeus vaatia järkivaltion idean mukaan itselleen eriytyneitä ja tarkkoja määrityksiä häntä rangaistaessa, ja nimenomaan tässä merkityksessä on mielestäni järkevää puhua rangaistuksesta *rikollisen oikeutena*.[32]

Ehrström ei puolestaan ilmaise asiaa näin eksplisiittisesti, mutta se käy esiin hänen kirjoittaessaan *Hegelin* antavan juuri »siveellisyyden» alueella positiiviselle laille ja lainrikkomiselle paikkansa *kansalaisyhteiskunnassa*. Tässä tulee nimittäin rangaistuksen määräämisessä mukaan yhteiskunnan loukkauksen arvosta johtama käsitys rikoksen vaarallisuudesta, mikä vaikuttaa konkreettisen rangaistuksen mittaan. Itse pääasian kannalta tämä ei *Ehrströmin* mukaan muuta *Hegelin* teoriaa rikoksen ja rangaistuksen yleisestä käsitteestä, mutta antaa kummallekin uuden määrityksen siten, että ne ovat mitaltaan riippuvaisia *yhteiskunnan vääryyttä* koskevasta näkemyksestä: »Siten *rikosoikeudellisen* (kansalais)rangaistuksen *spesifinen* määritys saa tässä oikeutensa ja vaikuttaa *objektiiviselta kannalta* rikoksen ja rangaistuksen väliseen konkreettiseen suhteeseen, nimittäin huomioon ottaen niiden yhtäläisyyden *arvoltaan*.»[33]

Ehrström puhuu tässä hyvin paljastavasti ja täysin *Hegelin systeemiä* vastaavasti rikosoikeudellisesta rangaistuksesta (det kriminella straffet) kansalaisrangaistuksena (det borgerliga straffet). *Oikeusfilosofian* järjestelmässä kansalaisyhteiskunta eli porvarillinen yhteiskunta näet yhdistyy käsitteellisesti va-

---

mikä saattaa tuntua varsinkin rangaistuksen oikeuden osalta kummalliselta: onko mieltä puhua oikeudesta, jota ei voi välttää? Käsitykseni mukaan rangaistuksen oikeuteen alistumisesta puhuminen on mielekästä vain Oikeusfilosofian eettisen ulottuvuuden kokonaisyhteyden kannalta, jonka yksityiskohtainen erittely jää tässä kirjoituksessa luonnollisesti suorittamatta.

[32] Siitä, kuinka tarkasti rangaistusarvon voi objektiiviselta puoleltaan empiirisesti lainsäädännössä määrätä, ja siitä, miten rikoksista objektiivisesti on rangaistava, Hegel esittää vain joitakin yleisiä huomautuksia jättäen asian positiivisen oikeuden empiriaa koskevana kysymyksenä oikeusdogmatiikan ja praktisen päätöksenteon huoleksi. Toisaalta Hegel kyllä kehittelee aikansa reaaliseen empiriaan nähden varsin edistyksellisiä lakien tarkkuuteen, päätösten ennustettavuuteen, oikeudenkäyntimenettelyyn etc. liittyviä modernin oikeusvaltion perusmäärityksiä, jotka tässä on sivuutettava vain mainitsemalla. Ks. tark. OiFi:n »Kansalaisyhteiskunnan» keskimmäistä jaksoa »Oikeudenhoito».

[33] Mts. 49. Die bürgerliche Gesellschaft eli det borgerliga samhället on traditionaalisesti suomennettu »kansalaisyhteiskunnaksi». Hegelin ja Ehrströmin yleisideologian kannalta termin voisi perustellusti suomentaa myös »porvarilliseksi yhteiskunnaksi». Ks. tark. Manninen, Erilaiset 'valtion' käsitteet Hegelillä, Dialektiikan ydin, erit. s. 73—75.

listuksen individualistiseen luonnonoikeuteen ja Ranskan vallankumoukseen ja muodostaa tuon järjestelmän »siveellisen» ideaalivaltion ulkoisen, reaalisen ilmiön. Kansalaisyhteiskunta on pelkkä ulkoinen pakkotarpeen yhteenliittymä eli valtio sellaisena kuin sen käsittää kansalaisten vielä kokonaisvaltaiseen tarkasteluun yltämätön »ymmärryksen» tietokyky. Kansalaisyhteiskunta koostuukin periaatteessa vain erillisten, yksilöllisiä tarpeitaan tyydyttävien ja tarkoituksiaan toteuttavien yksilöiden järjestelyistä olemassaolonsa, turvallisuutensa ja hyvinvointinsa takaamiseksi.[34] Ja näin kokonaisuutena vasta modernien talousmekanismien reaalisuuden ja kansalaisyhteiskunnan pakkotarpeen laillisten järjestelyiden kautta välittynyt yleinen tahto sovittuu yksilöiden erityisten tahtojen sivistymisen (Bildung) myötä sinänsä ja itselleen järkeviksi laeiksi ja instituutioiksi.[35] Tämän vuoksi myös rikos — oltuaan abstraktisesti oikeudellisena pelkkää »loukkausta» ylipäätään — paljastuu vasta kansalaisyhteiskunnan pätevässä oikeustodellisuudessa varsinaiseksi oikeudenloukkaukseksi: »Koska omaisuudella ja persoonallisuudella on kansalaisyhteiskunnassa laillinen tunnustus ja pätevyys, niin *rikos* ei ole enää vain jonkin *subjektiivisesti äärettömän* loukkausta vaan *yleisen* asian, jolla on sinänsä vakiintunut ja vahva olemassaolo.»[36]

Omaisuus on *Hegelin* mukaan jo kyllä abstraktisesti oikeudellisenakin aina sinänsä eli *meille* modernissa oikeustodellisuudessa eläville ja toimiville persoonallisuuksille yksityisomaisuutta, meille oikeuskelpoisille persoonille, jotka olemme myös enemmän tai vähemmän individualistisesti egoistisia tarveja moraalisubjekteja, ja jotka osallistumme lisäksi valtiokansalaisina enemmän tai vähemmän tietoisesti ja välillisesti »yleisestä asiasta» eli perustuslaista, muista säädöksistä ja määräyksistä päättämiseen. Mutta vasta porvarillisessa kansalaisyhteiskunnassa yleisellä asialla voi hegeliläisessä ideaalitilanteessa sanoa olevan »sinänsä vakiintuneen olemassaolon» modernin oikeustodellisuuden ajatuksellisesti legitimoituna pätevyytenä. Ja »vahvaksi» tätä olemassaoloa voi mielestäni sanoa, mikäli subjektit — sekä yksityisinä että viranomaisina — sen itselleen ja toisilleen tehokkaasti ja hyväksyvästi päivittäisissä poliittisissa ja

[34] Ks. erit. OiFi 183 ja 189 §:t.

[35] Siveellisyyden viimekätistä »idean» mukaista todellistajaa edustaa porvarillisen yhteiskunnan itsekkäistä pyyteistä vapautunut, yleisen intressin toteuttava järkivaltio: porvarillisen kansalaisyhteiskunnan sivistys kyllä vapauttaa, mutta vain abstraktisesti yksityishenkilöiden kannalta, kun taas siveellisyys konkreettisen vapauden todellisuutena sitoo, mutta takaa samalla mahdollisuuden aktiiviseen osallistumiseen valtiolliseen toimintaan — tosin luonnollisesti vain niille, jotka jo ovat yksityisomaisuutensa ja yksityisten tavoitteidensa toteuttamisen kautta tarpeeksi »sivistyneitä».

[36] OiFi 218 §.

juridisissa päätöksissään, tapakäytännöissään ja moraaliratkaisuissaan uusintavat.[37]

Näin tulkiten on ymmärrettävää, miksi rikos ei *Hegelin* mukaan enää ole modernin oikeustodellisuuden pätevyydessä ja empiirisessä reaalisuudessa vain »jonkin subjektiivisesti äärettömän» loukkausta. Nimittäin abstraktinen oikeuspersoona eli oikeuskelpoinen henkilö oli kyllä kaikista yhteyksistään irrallaankin »sinänsä» ajatuksellisesti »ääretön» ihmissubjekti, mutta kansalaisyhteiskunnan sivistyksen välityksellä — tavallaan tarpeidensa, viettiensä ja halujensa sublimoimisen kautta — hän on kehittynyt myös potentiaalisena rikollisena *täysipätöiseksi* ja vapaaksi porvarilliseksi *subjektiksi* itselleen, tiedostanut siis itsensä myös individuaaliseksi, enemmän tai vähemmän potentiaaliseksi rikoksentekijäksi.[38] Siksi vastaavasti käsitteen yleisen puolen eli ideaalisen oikeustodellisuuden pätevyyden — oikeudenmukaisen muodon — kannalta ei modernissa rangaistuksessakaan enää pidä olla kyse »luonnontilan» muodon mukaisesta subjektiivisesta ja sattumanvaraisesta kostosta, joka »lankeaa etenevästi äärettömään ja periytyy rajoittamattomasti sukupolvilta toisille.»[39] Mutta myös oikeuden voimassaolon tehokkuuden eli »olemassaolon vahvuuden» kannalta rikoksen ja rangaistuksen käsite saa ikään kuin vasta nyt uusia määrityksiä, koska rikoksesta, alunperin vain »loukkaukseksi» määritettynä, tulee kansalaisyhteiskunnassa porvarillisen oikeustodellisuuden »yleistä asiaa» uhkaava yhteiskuntavaarallinen teko: »Siten toimen *yhteiskuntavaarallisuuden* näkökanta tulee esiin. Mutta toisaalta omasta itsestään varmaksi tullut yhteiskunnan mahti vähentää loukkauksen ulkonaista *merkitsevyyttä* ja saa siksi aikaan lieventymistä rikoksen rankaisemisessa.»[40] Mutta kuten myös *Ehrström* edellä mainitsee, tämä ei kuitenkaan muuta itse rikoksen ja rangaistuksen *käsitettä*. Rikos on edelleenkin loukkaus ja rangaistus loukkauksen loukkaus, ne-

[37] Vrt. Aarnio, Oikeussäännösten tulkinnasta, s. 42—43.

[38] Tietenkin tässä on kyse käsitteellisestä argumentista eikä suinkaan empiirisestä väitteestä. Toisessa yhteydessä Hegel esittääkin asian seuraavasti: »Rikos ja mielenvikaisuus ovat äärimmäisyyksiä, jotka ihmishengen on ylipäätään voitettava kehityskulussaan. Mutta ne eivät kuitenkaan ilmene jokaisessa ihmisessä äärimmäisyyksinä vaan vain rajoittuneisuuksien, erehdysten, typeryyksien ja ei-rikollisen syyllisyyden hahmoissa.» Enzyklopädie 3, s. 163.

[39] OiFi 102 §. Pätevyyden osalta ks. tark. Hegelin positiivisen oikeuden määritelmää, OiFi 3 §, jossa hän muun ohella lausuu oikeuden olevan ylipäänsä positiivista »sen muodon kautta, että sillä on pätevyys valtiossa.» Tältä kannalta kyse on yksinkertaisesti ilmaistuna oikeuden abstraktisesta muotopätevyydestä: modernin oikeusvaltion sääntöjä, siis myös rikoslakia, on noudatettava, mikäli säännöt on — sekä teoreettisesti että praktisesti — asetettu asianmukaisessa järjestyksessä.

[40] OiFi 218 §.

gaation negaatio. Nimittäin *Hegelin* mukaan se, että kaikkia muita loukataan yhtä yhteiskunnan jäsentä loukattaessa, ei muuta rikoksen luonnetta käsitteensä kannalta vaan ulkoisen *olemassaolon* puolelta loukkauksena, joka ei koske enää vain välittömästi loukatun läsnäoloa, vaan nyt »kansalaisyhteiskunnan käsitystä ja tietoisuutta.»[41]

Nyt tämä yhteiskuntavaarallisuuden kvaliteetti »ymmärretään vasta seurausten kiertotien kautta» sen sijaan, että se oivallettaisiin »asian käsitteestä», ja tämä kvaliteetti tai sen suuruus vaihtelee kansalaisyhteiskunnan tilan mukaan. Siksi *Hegelin* mukaan on toisinaan oikeata määrätä muutaman kolikon tai nauriin varkaudesta kuolemanrangaistus ja toisinaan sata tai monenkertaisemmastakin varkaudesta jokin lievä rangaistus. Ja hän päättää tämän »dialektisesti» todella joustavan argumenttinsa toteamalla, että vaikka vaarallisuus kansalaisyhteiskunnalle näyttää tekevän rikokset raskaammiksi, niin päinvastoin juuri tuon yhteiskuntavaarallisuuden huomioon ottaminen on etupäässä *lieventänyt* rikoksesta rankaisemista:

»Siksi rangaistussäännöstö on ensi sijassa aikansa kansalaisyhteiskunnan tilan tuote.»[42]

Kaikkiaan *Hegel* pyrkii selittämään tuota rangaistusten lievenemisprosessia todeten, että mikäli yhteiskunta on vielä häilyvä, niin rangaistusten kautta täytyy asettaa esimerkkejä toisille varoitukseksi, sillä rangaistus on vain esimerkki rikoksen esimerkkiä vastaan. Mutta sinänsä kiinteässä yhteiskunnassa rikoksen asetettuna oleminen on niin heikko, että tämän mukaisesti, siis lievemmin, on mitattava myös rikoksen asetettuna olemisen kumoaminen, eli rangaistus. Siksi ankarat rangaistukset eivät ole mitään *sinänsä ja itselleen epäoikeudenmukaista,* vaan ne ovat suhteessa ajan oloihin: »Rikoskoonnos ei voi päteä kaikkia aikoja varten, ja rikokset ovat näennäisolemassaoloja, jotka voivat saada osakseen enemmän tai vähemmän paheksuntaa.»[43]

Pidetäänpä tätä *Hegelin* — yhtä hyvin kuin *Ehrströminkin* — selitystä rangaistusten lieventymisprosessin perussyystä »näkemyksien kehityksineen» kuin-

[41] Sama.

[42] OiFi 96 ja 218 §:t. Ehrström, mts. 86—87, toistaa nämä perustelut paljolti samanlaisina painottaen kuitenkin »vaarantamiskohteena» enemmäkin valtiota kuin kansalaisyhteiskuntaa.

[43] OiFi 218 §:n Zusatz. »Näennäisolemassaoloja» rikokset ovat juuri aiemmin kuvatun »järjenvastaisuutensa» vuoksi. Rikokset toki ilmenevät ja näyttäytyvät reaalisessa empiriassa, ihmisten päivittäisessä kanssakäymisessä. Mutta niiden näyttäytyminen eli niiden käsitteen ilmeneminen on oikeudenvastaisena olemassaolona juuri oikeuden kannalta »näennäistä», ja oikeus näyttää rikoksille, eli empiirisesti tietenkin ennen kaikkea rikollisille, niiden luonteen »kumoutuvina näennäisyyksinä».

ka idealistisena tahansa, niin tärkeintä tässä on kuitenkin huomata, että nämä perustelut tuntuvat olevan *ristiriidassa Oikeusfilosofian* abstraktisen oikeuden rangaistusteoreettisen *hyvitysopin kanssa.* Nimittäin seuraahan sen myöntämisestä, että rikoksen laadullinen ja määrällinen määrittyneisyys tulee rangaistaessa huomioon otettavaksi rikoksen yhteiskuntavaarallisuuden luonteena ja asteena, väistämättä, ettei rangaistus ole niinkään hyvittävää negaation negaatiota loukatun oikeudenmukaisuuden palauttamiseksi. Pikemminkin rangaistus näyttäisi tässä välineeltä utilitaristisen päämäärien toteuttamiseksi. Kärjistäen: rangaistuksen kautta asetetaan »esimerkki toisille varoitukseksi», jotta rangaistusuhat toimisivat mahdollisimman tehokkaasti — vieläpä niin utilitaristisesti, että naurisvaras roikkuisi toisinaan hirressä muiden pelottamiseksi, kun taas toisinaan satakertainen ammattivaras voisi selvitä jatkuvasti pelkällä paheksuvalla nuhtelulla (lievä rangaistus), jos tämän nuhtelun katsottaisiin aina joka varkauskerran jälkeen vahvan »yhteiskunnan tilan mukaan» riittävän.

Ja tottakai *myös Hegel* on *utilitaristi:* »Erilaiset näkökohdat, jotka kuuluvat rangaistukseen ilmiöinä ja rangaistuksen suhteeseen erityiseen tajuntaan sekä koskevat seurauksia mieltämisen kannalta (pelottaa, parantaa etc.), ovat toki olennaisina tarkastelukohteina paikallaan, nimittäin varsinkin pelkän rangaistuksen *tavan* suhteen.»[44] Mutta kuten aiemmin on jo käynyt selville, tällaisten utilitarististen tai relatiivisten päämäärien huomioon ottaminen edellyttää hänen mukaansa rangaistuksen käytön hyvitysopillista rajaamista siten, että rangaistus olisi »sinänsä ja itselleen oikeudenmukainen». Ja: »Tässä selvittelyssä päädytään yksinomaan siihen, että rikos on kumottava, nimittäin ei siksi, että se tuottaa jonkin *pahan,* vaan koska se on oikeuden loukkaus oikeutena, ja sitten siihen, millainen on se rikoksen *olemassaolo,* joka on kumottava.»[45] Ja koska tuon olemassaolon eli »totuudellisen pahan» oivaltaminen ja poisraivaaminen on mainitun §:n mukaan olennainen kysymys, niin on syytä tarkastella hieman lähemmin, missä tuo »paha» sekä *Hegelin* että *Ehrströmin* näkemyksen mukaan piilee, ja miten siihen on reagoitava.

6. *Ehrström* oivaltaa kaikkiaan varsin syvällisesti *Hegelin* absoluuttiseen hyvitysoppiinsa yhdistämien relatiivisten, rangaistusta ilmiöinä koskevien kehittelyjen *ristiriitaisuuden.* Hän toteaakin varsin kärjekkäästi, että mikäli »rangaistuksen pitää olla sinänsä ja itselleen oikeudenmukainen», niin tämä edellyttää myös konkreettisessa rangaistustoiminnassa sitä, että rangaistuksen tulee vastata olemustaan. Ja juuri siksi ei rangaistuksen yhteydestä erityiseen ta-

[44] OiFi 99 §.
[45] Sama.

juntaan pitäisi voida johtaa mitään rangaistuksen käsitteelle *ulkoisia tarkoituksia*, vaan näiden relatiivisten tarkoitusten olisi käytävä esiin rangaistuksen omasta olemuksesta. Toki *Ehrström* myös lieventää tätä Hegel-kritiikkiään yleisellä huomautuksella »äärettömän suuresta merkityksestä, jonka oppi rangaistuksesta on saanut Hegelin terävän deduktion kautta», mutta hänen yleisenä johtopäätöksenään on kuitenkin se, että *Hegelin rangaistuksen käsitteestä puuttuu subjektiivinen mitta*, jolla valtion puuttuminen rikollisen sisäiseen puoleen tulisi määritetyksi asianmukaisiin rajoihinsa.[46]

Tältä kannalta *Ehrström* ensinnäkin toteaa, että rikoksen subjektiivisen puolen negaationa vastaavan rangaistuksen subjektiivisen puolen ei pidä kumota muuta kuin itse syyllisyys. Mutta syyllisyys on olemassa vain vapaan tahdon tuotteena, koska vain sen kautta, »että tahto tietää toimensa vääryyden, tuosta toimesta tulee *syyksiluettava* eli syntyy syyllisyys.» Tämän vuoksi mitään syyllisyyttä ei ole olemassa ennen *vapautta eli syyntakeisuutta*. Ja vastaavasti mitään syyksilukemista ei voi tapahtua ilman syyllisyyttä eli ilman sitä, että toimen voi palauttaa johonkin tahtoon, joka on »antautunut juuri *tähän* ja synnyttänyt juuri *tämän* vääryyden, jonka käsilläoleva rikos sisältää.»[47] Täten vain yksityisen rikoksentekijän syyllisyys voi tulla rangaistuksen subjektiiviseen puoleen sisältyvän kumoamisen kohteeksi, sillä muutoin tuo kumoaminen eli rangaistus ulottuisi myös muuhun kuin käsilläolevaan rikokseen, ja rikoksentekijää pidettäisiin näin epävapaana, syyntakeettomana olentona.[48]

Nyt *Hegel* itse voisi kritisoida puolestaan *Ehrströmiä* ainakin vajavaisesta filosofiansa tuntemisesta ja esittelystä. Nimittäin täysin edellä lausuttua vastaavasti asia esitetään OiFi:n 117 §:ssä, jonka mukaan vapaasti toimivalla tahdolla on välittömään läsnäolooon suunnatussa päämäärässään *mielikuva* läsnäolevista *seikoista*. Siten tahto eli tahtova subjekti on kyllä tämän edellytyksensä vuoksi *äärellinen* ja subjektien kohteena oleva ilmiö tälle *satunnainen*, joten tuo kohteellinen ilmiö voi sisältää tekona itsessään muuta kuin mitä oli tahtovan subjektin mielikuvassa. Mutta tahdon oikeus on tunnustaa *»teossaan toimekseen* vain se ja olla *vastuussa* vain siitä, minkä tiesi tekonsa edellytyk-

[46] Mts. 50 vrt:na s. 62 ja s. 65.

[47] Ks. tark. mts. 66—68. Ehrström kehittelee oman ratkaisunsa etupäässä J. U. Wirthin ja C. R. Köstlinin näkemyksiä tältä osin arvostellen. Mutta koska hän katsoo myös Hegelin rangaistuskäsitteestä puuttuvan subjektiivisen mitan kokonaan, niin hänen kritiikkinsä voi välillisesti katsoa kohdistuvan itse Hegelin teorian puutteellisuuteen.

[48] Mts. 66. Sivumennen huomautettakoon, että osallisuusopista Ehrström tyytyy tässä vain lyhyeen mainintaan. Myöhemmiin luennoillaan hän kyllä käsitteli rikosoikeuden yleisiä oppeja varsin laajasti ja perusteellisesti. Ko. luentokäsikirjoituksia säilytetään Helsingin yliopiston käsikirjoituskokoelmassa.

siksi päämäärässään.» Ja tätä Hegel kutsuu samassa kohtaa *tietämisen oikeudeksi.*[49]

Tällä hegeliläisellä perusasettamuksella onkin varsin ratkaiseva merkitys *Ehrströmin* oman rangaistusteoreettisen *pääajatuksen* kehittelemisen kannalta. Nimittäin *Ehrström* toteaa välittömästi edeltävään argumenttiinsa liittyen, että mikäli *pelotus* sisältyy rangaistuksen subjektiiviseen puoleen, niin jo edellä mainitusta syystä se ei voi koskea muita kuin *rikoksentekijää.* Ja lisäksi, koska rangaistus sisältää rikoksen kumoamisen, niin tämä edellyttää, että rikos on edeltävä ja rangaistus siitä seuraava, kun taas *pelotus* koskee jotain *tulevaa*, ja näin »kumoaminen edeltäisi sitä, mikä pitää kumota; ja tämä olisi kohtuutonta».[50]

Pelotuksesta ei siis löydy moraalista justifikaatioperustetta rangaistuksen käytölle.[51] Toisaalta pelkkä abstraktisesti oikeudellinen hyvitys ei voi *Ehrströmin* mukaan olla *moraalisesti* riittävä peruste rankaisemiselle, sillä onhan rangaistuksen justifikaatiossa kyse »käsitteen kehittelystä» eikä — hegeliläisesti ilmaisten — vain subjektiivisesti äärettömän »loukkauksen loukkauksen», siis pelkän koston valtiovälitteisestä rajoittamisesta sinänsä. Aikansa poikana *Ehrström* kehitteleekin rangaistukseen aina liittyvälle kärsimykselle ja »terrorille» moraalisen oikeutuksen yksilön parantumismahdollisuuden todellistamispyrkimyksestä, *parannusperiaatteesta.*[52]

[49] Lyhyesti palautettakoon mieliin vain se, että tätä tietämisen oikeutta voi laajemmasta aspektista eli Hegelin systeemin kannalta pitää varsin varteenotettavana eettisenä oikeutena, sillä jotta rangaistus olisi eettisesti justifioitavissa, tulee lakitekstien ja muiden säädösten olla selviä ja yksinkertaisia, prejudikaattien helposti saatavissa ja ymmärrettävissä etc.

[50] Mts. 66—67. Vrt. OiFi:n 99 §:n Zusatz, jossa puolestaan Hegel Feuerbachin yleisestävää rangaistusuhka-teoriaa kritisoidessaan ei tyydy toteamaan vain pelotusperusteen justifikatorista »kohtuuttomuutta» vaan lausuu, että uhkaamalla ihminen oletetaan epävapaaksi ja häntä tahdotaan pakottaa pahan mielikuvan kautta. Mutta oikeudella ja oikeudenmukaisuudella on oltava paikkansa vapaudessa ja tahdossa eikä epävapaudessa, jonka puoleen uhka kääntyy. Ja rangaistuksen perusteleminen tällä tavoin olisi samaa »kuin kohotettaisiin keppi koiraa vastaan», eikä ihmistä kohdeltaisi hänen kunniansa ja vapautensa mukaisesti, ihmisen, joka uhasta huolimatta tai pikemminkin juuri siitä johtuen saattaa yhtä hyvin nousta kapinaan tuota uhkaa vastaan. Siksi psykologinen pakko voi Hegelin mukaan liittyä vain rikoksen käsitteen laadullisiin ja määrällisiin eroavuuksiin ilmiönä, ei rikoksen itsensä »luonteeseen» eli käsitteeseen.

[51] Toisinaan, esim. mts. 27 ja s. 89, Ehrström puhuu pelotuksesta jopa »terrorismina».

[52] Parannusperiaate oli 1800-luvun puolenvälin tienoilla jälleen vilkkaan keskustelun kohteena. Tässä mielessä, vaikka Ehrström asialle omintakaisen perustelun esittääkin, myös häneen sopivat OiFi:n Esipuheen, s. 26, viisaat, joskin hieman salaperäiset sanat: »Käsittää

Nimittäin *Ehrströmin* mukaan juuri *parannus* sisältää jo läsnäolevan *syyllisyyden kumoamisen*. Täten se ei ole ristiriidassa rangaistuksen käsitteen kanssa, käsitteen, joka on juuri edeltävän ja edellytetyn positiivisen oikeuden negaation, eli rikoksen, negaatio — rangaistus. Ja juuri yksilön moraalin kannalta parannus on ainoa keino, jolla syyllisyys on kokonaan hävitettävissä. Sillä niin kauan kuin rikollisen toimi piinaa häntä sisäisesti eikä hän saa omantunnonrauhaa tuon yksilöidyn teon osalta, niin kauan syyllisyys on vielä jäljellä. Siksi rikoksen subjektiivista puolta ei myöskään ole kokonaan kumottu, eikä rangaistus siten ole täyttynyt, ennen kuin omantunnonrauha on toteutunut juuri kyseessä olevan syyllisyyden suhteen. Mutta tämä taas voi *Ehrströmin* mukaan tapahtua vain yhtä tietä eli *katumuksen* kautta, katumuksen, joka ilmaisee itsensä ja ulkoistuu parannuksessa: »Sillä vain sisäinen rauha, joka syntyy parannuksen aikomuksesta ja tietoisuudesta, että on pysynyt tuolle päätökselleen uskollisena, voi sammuttaa omantunnon syyttävän äänen, ja siten hävittää syyllisyyden.»[53]

Toki on niin, että rangaistuksen objektiivisen puolen, rangaistuspakon, luomuksista jäävät vielä vankilan muurit jäljelle sulkeutuen jokaisen yksityisen rikollisen ympärille, ja pakko vielä jatkuvasti vallitsee myös vankilan *ulkoisessa järjestyksessä*. Mutta — esittää *Ehrström* parannuksen todellistamisvaatimuksenaan — tiedostettaessa rikollisen katumuksen ulkoistuminen parannuksena, pitää kaiken rangaistuksen subjektiivisen puolen parannustehtävää vaikeuttavan vähitellen hävitä, ja näin parannusperiaate »rikollisen hyvänä henkenä samalla avaa *kristillisellä* vakavuudella ja lempeydellä hänelle tien sovitukseen omantuntonsa kanssa.»[54]

7. Tämän *Ehrströmin parannusidealismin* ja yhtäältä tuon ajan rangaistuskäytännön reaalisuuden sekä toisaalta *Hegelin kokonaisjärjestelmän* vertailu ansaitsee oman esityksensä. Siksi ennen kummankin teoreetikon näkemysten dialektista yleisluonnehdintaa esittelen vielä vain *Ehrströmin* rangaistuksen *mittaamiselle* kehittelemät faktorit yksityiskohtaisemmin.[55]

---

se, mikä on, on filosofian tehtävä, sillä se, mikä on, on järki. Olkoon miten tahansa, niin jokainen yksilö on aikansa poika; siten myös filosofia on aikansa ajatuksin käsitettynä. On yhtä typerää kuvitella, että jokin filosofia yltäisi läsnäolevan maailmansa ulkopuolelle, kuin että yksilö ylittäisi aikansa, hyppäisi Rhodoksen yli.»

[53] Mts. 67.

[54] Mts. 78.

[55] Ehrström, mts. 84—89. Kuten Ehrström useasti korostaa, nämä säännöt ovat luonteeltaan todella yleisiä ja se, miten rangaistusmitta kulloinkin in concreto määritetään, riippuu yhteiskunnan historiallisesta kehitysvaiheesta, sivistystasosta, doktriinista sekä lainsäätäjien ja tuomareiden »viisaudesta».

Positiivis-oikeudellisen rikoksen kumoamisena ja rikoksentekijän syyllisyyden hävittämisenä rangaistusmittaan kuuluvat seuraavat faktorit:

a) objektiivisesti laadullinen,
b) objektiivisesti määrällinen,
c) subjektiivisesti laadullinen ja
d) subjektiivisesti määrällinen.

Näistä laadulliset faktorit määrittävät rangaistusmitan kvaliteetin eli rangaistuslajit ja määrälliset vastaavasti kvantiteetin eli rangaistusasteet.[56]

Yhtäältä siis:

a) Rangaistuksen *objektiivisen* puolen mukaan rangaistukset saavat määrityksen mukautua siihen mittaan, jossa valtio käsittää käsilläolevan *oikeudenloukkauksen loukkaukseksi.* Tämä merkitsee toisin sanoen sitä, että rangaistuspakon pitää — valtion käsityksen mukaan — vastata arvoltaan pakkoa, joka rikokseen sisältyy; ja koska sekä rikoksen pakottava luonne että rangaistuspakko kohdistuvat oikeuksiin, niin rikoksentekijän oikeuksiin puututaan näin sitä vastaten, miten hän on loukannut valtion yleistä tahtoa. Tämä vastaavuus konkretisoidaan asettamalla käytettävissä olevat rangaistuskeinot — kuolemanrangaistus, ruumiinrangaistus, vapausrangaistus, häpeärangaistus ja varallisuusrangaistus — *laadulliseen rangaistusasteikkoon* siten, että ne valtion käsityksen mukaan kukin vastaavat arvoltaan jotakin kvaliteettia oikeudenloukkausten joukossa, jotka vastaavasti järjestetään laadulliseksi rikosasteikoksi.[57]

[56] Olen seuraavassa muuttanut Ehrströmin näiden faktorien omaa käsittelyjärjestystä. Utriainen, mts. 28—29, luonnehtii objektiivisesti laadullista faktoria siten, että tällöin valtio määräisi tekojen kriminalisoimisesta tai niiden sallittavuudesta ja objektiivisesti määrällistä faktoria toteamalla Ehrströmin tarkoittavan tällä rikoslain erityiseen osaan sisältyviä rangaistusasteikkoja. Subjektiivisesti laadullisen faktorin Utriainen taas tulkitsee niin, että kriminalisoinnin yhteydessä lainsäädäntötoimin toiset teot määrätään rangaistaviksi tahallisina ja toiset tuottamuksellisina ja subjektiivisesti määrällisen faktorin siten, että Ehrström tarkoittaisi tällä rikoksentekijän tahallisuuden tai tuottamuksen asteen määräämistä, esimerkiksi asteitusta tavallinen/törkeä tuottamus, itse tuomioistuinprosessissa.

[57] Todettakoon tässä vain lyhyesti, että Ehrström esiintyy muutoin mitä kiivaimpana kuolemanrangaistuksen, ruumiinrangaistusten ja häpeärangaistusten vastustajana. Ks. tark. mts. 92 sekä alaviitteessä 3 mainittua Myhrbergin artikkelia. Tässä taas näiden rangaituslajien esiinotto selittyy edellä kuvatun rangaistustietoisuuden kehityksen historiallisen fenomenologian aspektista: se, ovatko nämäkin rangaistustavat »oikeudenmukaisia» riippuu kansalaisyhteiskunnan sivistyksen ja valtion kehitysasteesta sekä päätöksentekijöiden viisaudesta. Voi sanoa, että ehrströmiläisessä järkivaltiossa ne ovat ilman muuta »epäoikeudenmukaisia» eettisen vaatimuksen merkityksessä. Hegel'puolestaan hyväksyy kuolemanrangaistuksen mutta vain murhan osalta, ja hänen perustelunsa tälle on todella käsitteellinen: koska

Lisäksi:

b) rangaistuksen *objektiiviselta* puolelta *rangaistusaste* puolestaan saa määrityksen mukautua mittaan, jossa laadullinen oikeudenloukkaus, valtion käsityksen mukaan, on määrällisesti käsillä. Siten a) -kohdassa määritetyn rangaistuslajin pitää määrällisesti mukautua laadullisesti määritetyn oikeudenloukkauksen kvantiteettiin eli sen pitää vastata — valtion käsityksen mukaan — annetun *loukkauksen suuruutta.* Ja täten saadaan toisiaan vastaavasti määrälliset rikos- ja rangaistusasteikot.

Toisaalta:

c) Rangaistuksen *subjektiiviselta* puolelta *rangaistuslaji* saa määrityksen mukautua siihen laadulliseen mittaan, jossa syyllisyys, valtion käsityksen mukaan, on käsillä. Tämä toisin sanoen merkitsee sitä, että rangaistuslajien pitää saada rikoksentekijän syyllisyyden hävittämistarkoituksen kannalta se *voimakkuus*, joka valtion käsityksen mukaan vastaa rikoksesta ilmenevää syyllisyyttä. Ja koska *syyllisyys* eriytyy *laadullisesti dolukseen ja culpaan,* niin tahallisten rikosten osalta rangaistuslajin on suuntauduttava voimakkaammin rikoksen hävittämiseen parannuksen kautta kuin tuottamuksellisten rikosten rankaisemisessa.[58]

Viimein:

d) Rangaistuksen *subjektiiviselta* puolelta *rangaistusaste* taas saa määrityksen mukautua siihen mittaan, jossa laadullisesti määritetty syyllisyys (dolus tai culpa) on valtion käsityksen mukaan käsillä. Tämä sisältää sen, että c) -kohdassa voimakkuudeltaan määritetyn parannusintention pitää *laajuudeltaan* vastata astetta, jossa tahallisuus ja tuottamus valtion käsityksen mukaan ilmenevät.[59]

Yleisenä yhteenvetona *Ehrström* esittää mainituista faktoreista historialliseen syyllisyystietoisuuden ja rangaistushengen fenomenologiaansa nojautuen, että rangaistuksen *objektiivisella puolella* on ollut aina »meidän päiviimme» *hallitseva* asema konkreettisen rangaistuksen määrittämisessä. Toki konkreet-

---

elämä on ihmisen koko läsnäolon ala, niin sen harkitusta riistämisestä rankaiseminen ei voi perustua arvoon, jota rangaistusta varten ei ole olemassa, vaan elämän lopettamista vastaten jälleen vain elämän poisottoon. Toisaalta Hegel kyllä tyytyväisenä toteaa, että hänen aikansa länsimaisissa, osittain järkeistyneissä empiirisissä valtioissa myös kuolemanrangaistuksen käyttö on reaalisesti vähentynyt, OiFi 101 §:n Zusatz.

[58] Hegel puolestaan ei erottele rikoksia varsinaisesti tahallisiin ja tuottamuksellisiin. Toisaalta hänellä kyllä esiintyy eräänlainen tahallisia rikoksia lievemmin rangaistavien vaarantamisrikosten tyyppi, mutta tämän vaarantamisvastuun rajat ovat hyvin epämääräiset. Ks. OiFi 116 § ja Larenz, Hegels Zurechnungslehre, s. 103—105.

[59] Myös Hegel erottaa esim. dolus indirectuksen determinatuksesta, OiFi 119 §. Mutta muutoin hänen näkemyksensä jää tässä suhteessa paljolti eriytymättömäksi.

tisen eli empiirisen valtion vaihteleva käsitys on vaikuttanut myös rangaistuksen subjektiivisen puolen mittamäärityksiin. Näin on asia ollut lähinnä rikoskäsityksen osalta, mutta koska rangaistus on rikoksen kumoaminen, niin myös jokainen muutos syyllisyyskäsityksessä on välttämättä vaikuttanut rangaistuskäsitykseen. Kuitenkin vasta kun syyllisyys näyttäytyi tietoisuudelle äärettömänä sarjana syyllisyysasteita, niin myös rangaistuksen subjektiivinen puoli saattoi saada tehtäväkseen hävittää ne kaikki. Ja tämä on tullut mahdolliseksi »vasta meidän aikanamme» ja ainoastaan korkeimman eli sivistyneimmän syyllisyyskäsityksen toimesta, joten vasta *Ehrströmin aikana* ja vain siellä, missä tuo *sivistynein käsitys* on »kyennyt saattamaan itsensä voimaan» on rangaistuksen subjektiivinen puoli päätynyt täydelliseen tasapainoon objektiivisen kanssa.

Tätä ennen objektiivisella puolella on tietenkin ollut ylivalta ja näin sitä suuremmassa määrin, mitä hämärämmin syyllisyys on ymmärretty ja mitä vaarallisemmaksi oikeudenloukkaus on katsottu: »Mutta objektiivisen puolen periaate on *pakko* ja pakko saa aikaan *pelotuksen*. Tämä on siten syy siihen, että rangaistuksen päämääräksi tai tarkoitukseksi (ändamål) on katsottu rikoksista pelottaminen». Toisaalta kyllä syyllisyyden mittamääritysten käsittämisen myötä täytyi ensin syntyä se näkemys, että syyllisyys on voitava hävittää, ja tästä johtui jo varhain »pelotusterrorismia» vastaan noussut protesti, jonka mukaan rangaistuksen päämääränä on *parantaa*. Mutta »vasta nykyisin, kun jokainen syyllisyysaste on alettu nähdä hävitettävissä olevaksi, kuulee puhuttavan, että rangaistuksen *päätarkoitus* olisi parantaminen.»[60]

Tarkemmin enää palaamatta edeltävien mittamääritysten varsin dialektisen joustavaan sovellukseen ja perusteluun, asetan *Ehrströmin* ja *Hegelin* perustavat formuloinnit yksinkertaisesti *vastakkain* niitä totaalisuutena luonnehtien.[61]

Mainittujen faktorien perusteella määritettynä ja mitattuna rangaistus on *Ehrströmin* mukaan *oikeudenmukainen*, koska se kumoamalla sekä oikeudenloukkauksen että rikoksentekijän syyllisyyden,

> i) ei vain täysin tyydytä valtiossa ja rikoksentekijän omassa *olemuksessa* sisäistyvää *järjen vaatimusta* siitä, että vääryys on kumottava,
> ii) vaan myös *palauttaa* laissa ilmaistun, rikoksen kautta kyseenalaistetun *oikeuden ylivallan eli herruuden* (herravälde).[62]

Miten nyt tämä kokonaisuus, jota *Ehrström* nimittää *rangaistuksen oikeus-*

[60] Mts. 88—89.
[61] Ehrströmin osalta ks. erit. myös mts. 89—94.
[62] Mts. 94.

perusteeksi, eroaa *Hegelin* »sinänsä ja itselleen oikeudenmukaisen» rankaisemisen teoriasta? Yksinkertainen vastaus kuuluu, ettei perusteeltaan mitenkään, vaan teoriat ovat tässä suhteessa suorastaan *sisällöllisesti identtisiä*. Nimittäin OiFi 220 §:ssä *Hegel* ensinnäkin toteaa, että oikeus rikosta vastaan koston muodossa, jossa se hänen abstraktisesti oikeudellisen hyvitysteoriansa kannalta aina pohjimmiltaan on, ei ole tällaisena oikeudenmukaista *olemassaolossaan*. Toisin sanoen koston »oikeudenmukaisuus» on kyllä sisällöllisesti hyvityksenä *sinänsä* oikeata, eli rikolliselle tulee käydä niin kuin hän on tehnyt, mutta muodon mukaan tuo hyvitys on aiemmin esitetyllä tavalla subjektiivisen tahdon toimi ja tässä mielessä laadultaan ja määrältään hyvin sattumanvaraisesti oikeudenmukaista.

Nyt kuitenkin porvarillisen kansalaisyhteiskunnan sivistyksen ja moraalisuuden sekä valtion ideaalisen eettisyyden läpäisemänä rangaistuksesta on tullut myös *itselleen* oikeudenmukaista, sillä loukatun osapuolen sijaan rankaisijaksi astuu loukattu yleisyys, jolla on tuomioistuimessa sille kuuluva todellisuutensa, ja joka ottaa asiakseen rikoksien tutkimisen ja tuomitsemisen.[63] Siksi rankaiseminen lakkaa olemasta pelkkää subjektiivisesti sattumanvaraista hyvitystä kostamalla ja muuttuu *oikeuden totuudelliseksi sovitukseksi oman itsensä kanssa* eli varsinaiseksi rangaistukseksi modernin oikeusvaltion puitteissa.

Tämä taas merkitsee saman §:n mukaan:

> i) *objektiivisessa* suhteessa rikoksen kumoamisen kautta oman itsensä *palauttavan* ja siten *pätevänä todellistavan* lain sovitusta, ja
> ii) *subjektiivisessa* suhteessa *rikoksentekijän* itsensä tietämän ja hänelle ja *hänen suojakseen pätevän* lain sovitusta.

Näillä perusteilla pantaessa tuo laki täytäntöön rikoksentekijä *Hegelin* mukaan *itse* tuntee tai löytää »siitä täten oikeudenmukaisuuden tyydyttämisen eli vain *oman* tekonsa.»

Nämä formuloinnit eroavat toisistaan siinä, että *Ehrström* puhuu ii) -kohdassaan *oikeuden ylivallan palauttamisesta* ja *Hegel* taas i) -kohdassaan oman itsensä palauttavan ja *pätevänä todellistavan lain* sovituksesta. Sisällöltään kyse on kuitenkin samasta asiasta. Nimittäin on huomattava, että laki palauttaa *oman itsensä* oikeuden idean eli itsensä todellistavan käsitteen mu-

[63] Tilanpuutteen vuoksi Hegelin kansalaisyhteiskunnan ja valtion käsitteiden välitys lainsäädännön, tuomitsemisen ja rangaistusten täytäntöönpanon ykseyden kannalta ei voi tässä enää tulla tarkemmin käsiteltäväksi. Huomattakoon vain, että hän puhuu edellä yleisen puolen todellisuudesta, jota vastaa nyt yksityisten kansalaisten sivistyneesti välittynyt olemassaolo, ei pelkkä aistimellinen tai »primitiivinen» läsnäolo tai pelkkä annettuna oleminen vain »subjektiivisena» käsilläolona.

kaan, idean, jossa sovittuu *kansalaisyhteiskunnan* ristiriitaisesti egoistiset *omat* intressit *valtion itsensä* sivistyneen eettisesti toteutuvan päätöksenteon kautta. Ja tästä oikeuden pätevyydestä voi mielestäni hyvinkin sanoa, että siinä palautetaan totaalisuutena myös rikoksen, eli empiirisesti tietenkin kulloistenkin rikollisten, kyseenalaistama oikeuden herruus tai ylivalta.

Mutta toisaalta, koska kyse on myös *rikoksentekijän omasta itseydestä* potentiaalisesti äärettömän järkevänä, täysipätöisenä porvarillisena yksityishenkilönä ja ideaalisesti valtion toimintaan osallistuvana päättäjänä, niin lienee yhdentekevää ilmaistaanko hänen rankaisemisensa oikeus *Ehrströmin* teorian i) -kohdan sanoin niin, että siinä tyydyttyy niin *valtioon* kuin itse *rikoksentekijäänkin* sisäistyvä *järjen vaatimus*, vaiko *Hegelin* teorian ii) -kohdan mukaan siten, että rangaistuksessa on kyse *rikoksentekijän itsensä tietämän* ja hänelle *hänen suojanaan pätevän* lain sovituksesta. Nimittäin tuohon suojaavaan järkeen rikoksentekijän on joka tapauksessa sovittauduttava jo ennakolta, ja mikäli hän ei näin tee, niin rangaistus osoittaa hänelle hänen paremman minänsä sovituksen järkivaltion puitteissa todellistuvan ideaalisesti äärettömän »hyvän» eli viime kädessä *maailman absoluuttisen tarkoitusperän* kanssa.

Reaaliselta kannalta asia on tietenkin niin, että yhtä hyvin *Hegelin* kuin *Ehrströminkin* ajan rangaistuskäytännön kokonaisuuden puitteissa tämä »oikeuden palauttava sovitus» oli, ja vielä meidänkin aikanamme on, vain *teoreettinen ja eettinen ideaali*. Mutta myös jostain ideaalisestahan rangaistuksen eli kärsimyksen ja pahan justifikaatiossa on aina oltava kysymys, vaikka reaalinen paha ei tietenkään pelkillä ajatuksilla totaalisuudessaan tässäkään suhteessa reaalisesti hyväksi muutu. Kirjoitukseni teeman kannalta mielenkiintoisinta on kuitenkin *Ehrströmin justifikaation Hegelistä eroava differentia specifica*, josta lopuksi pyrin sanomaan olennaisen.

8. *Ehrström* siis väittää kehitelleensä ja historiallisesti perustelleensa rangaistuksen käsitteen rikoksen oikeudenmukaisena kumoamisena, jonka *oikeusperuste* ideaalisesti eettisessä järkivaltiossa on juuri tuo edellä kuvattu sekä valtion että rikoksentekijän järjen tyydyttäminen ja loukatun oikeudenmukaisuuden palauttaminen. Toisaalta hän kritisoi jopa oppimestariaan *Hegeliä* siitä, ettei tämä kyennyt johtamaan rangaistuksen justifikaation myös aina kuuluvia relatiivisia päämääriä itse rangaistuksen *käsitteestä*, tai kuten *Ehrström* usein asian ilmaisee: rangaistuksen *olemuksesta*. Tästä johdettuna taas rangaistuksen päämäärä eli tarkoitus, ei voi olla muuta kuin se, minkä järki osoittaa sen käsitteen mukaan olevan. Ja täten rangaistus on *Ehrströmin mukaan keino*

i) mielivaltaan kiintyneen *massan pelottamiseksi,*
ii) rikoksentekijän *parantamiseksi*, ja siten
iii) *valtion turvallisuuden takaamiseksi.*

Näin rangaistus täyttää myös relatiivisissa teorioissa sille annetut, vaikkakin toisin nimitetyt tarkoitukset: yleis- ja erityisestävyyden, pelotuksen uhan tai varoituksen kautta, rikoksentekijän parannuksen, hänen sovittamisensa yhteiskuntaan, intellektuaalisen vahingon kumoamisen etc.[64]

Tietenkään *relatiivisissa teorioissa* ei myöskään ole kyetty mainittuun käsitteestä johtamiseen, koska niissä on lähdetty olettamuksesta, että *valtio* olisi *turvallisuuslaitos* jäseniään varten. Ja *Ehrströmille* hegeliläisenä valtio absoluuttisesti ideaalisena ei toki voi olla mikään yksilöiden pelkkien utilitaristisen päämäärien toteuttamisen takuulaitos, vaan sellaisena on pikemminkin porvarillinen *kansalaisyhteiskunta* valtion reaalisesti ilmenevien pakkotarpeen laillisten järjestelyjen vaikutuspiirinä. Tässä on mielestäni myös syy siihen, miksi *Ehrström* kohottaa *parannuksen* rangaistuksen »olemuksesta» johdetuksi *päätarkoitukseksi*.[65] Nimittäin kansalaisyhteiskunnan reaalisesti oikeudellisessa empiriassa pelotus, tai modernimmin ilmaistuna negatiivinen yleispreventio, on kyllä välttämätöntä lainkuuliaisuuden ylläpitämiseksi.[66] Mutta *Ehrström* johtaa käsitteestä, eli selväkielellä ilmaistuna, *pitää eettisesti oikeudenmukaisempana* pyrkiä rikoksentekijän parantamiseen, koska hän tiedostaa aikansa rikollisten olemattomat vaikutusmahdollisuudet itse järkivaltion päätöksentekoon. Ja moraalisen perusteen hän löytää tälle siitä, että varsinkin ideaalisen järkivaltion rikosoikeusteorialle, mutta ehkäpä myös yhteiskunnan ohuen yläkerroksen poliittisesta päätöksenteosta vastaavalle eliitille, on kehittynyt »parantunut näkemys syyllisyyden äärettömistä asteista».

Kirjoituksessani aiemmin kuvatulla tavalla myös *Hegel* katsoo *pelotuksen* rikollisuuden ehkäisyn välttämättömäksi empiiriseksi keinoksi, joka saa merkityksensä ennen kaikkea rankaisemisen *tavan* yhteydessä. Toisaalta hän pitää parannustakin kyllä aitona rangaistuksen justifikaatioperusteena rangaistustavan suhteen, mutta katsoo sen empiirisesti vain rangaistuksen satunnaiseksi seuraukseksi. Ja juuri tässä *Ehrström* eroaa Hegelin teoriasta. Nimittäin hänen mukaansa rangaistuksen pitää *todellisesti ja totuudellisesti hävittää* ne mielikuvat, jotka ovat tehneet rikollisen oikeudellisen mielenlaadun tehottomaksi tai jopa kumonneet sen kokonaan. Siksi ainoa keino todella eettiselle ja myös reaalisesti tehokkaalle rangaistukselle on vankilaolojen järjestäminen siten, että ne ideaalisesti mahdollistavat ja myös reaalisesti todellistavat rikok-

[64] Mts. 94.

[65] Mts. 89.

[66] Hegelin selityksen tälle voi taas katsoa sisältyvän siihen, ettei edes porvarillisestikaan sivistynyt kansalaisyhteiskunta pääse täysin eroon talousmekanismiinsa kuuluvasta »luonnontilan jäänteestä». OiFi 200 §.

sentekijän aidon katumuksen ja siten myös ulkoisen käyttäytymisen pysyvän parannuksen.[67]

Nähdäkseni nimenomaan tästä syystä *Ehrström* kritisoi relatiivisten teorioiden kannattajia siitä, etteivät he ole kysyneet itseltään kuuluuko vaiko eikö *parannusintentio* kuulu rangaistuksen *olemukseen*; ja kun relatiivisissa teorioissa on siten annettu tuohon intentioon sisältyvän *hyvän* toisinaan liittyä rangaistukseen ja toisinaan taas näin ei ole menetelty, niin relatiivisten teorioiden kannattajat ovat itse asiassa ymmärtäneet rangaistuksen käsitteen välillä laajemmaksi ja välillä suppeammaksi.[68]

Voidaanko *Ehrströmiä* nyt pitää *sinänsä* eli meidän nykyisen vankeusrangaistuksen vaikutuksia koskevan tietomme kannalta pelkkänä *idealistina*, joka ikään kuin väkisin haluaa nähdä traditionaalisesti kristillisen katumuksen ja parannuksen vankeusrangaistuksen »olemukseen kuuluvana» tai ylipäänsä rangaistuksen »käsitteestä» johdettavissa olevana? Perusteeltaan tähän kysymykseen on mielestäni vastattava myöntävästi, mikä johtuu kiteytetysti ilmaistuna siitä, että hän pyrkii rankaisemisen aitoon moraaliseen justifikaatioon vastakohtana pelkälle raakaan pelotukseen, eristämiseen ja hyötypoliittiseen kansalaisyhteiskunnan suojeluun perustuvalle utilitarismille.

Tämän vuoksi on suorastaan ironista, että *hegeliläistä Ehrströmiä* voisi tuon parannusidealismin osalta *kritisoida itse Hegel*, jota taas yleisessä tietoisuudessa pidetään mitä »epäempiirisimpänä», metafyysisenä idealistina.

Hegel olisi nimittäin vastustanut parannuksen »kehittelemistä» rangaistuksen päätarkoitukseksi yksinkertaisesti siksi, että myös rikollisen »*omatunto* ilmaisee subjektiivisen itsetajunnan absoluuttisen oikeutuksen, nimittäin oikeutuksen tietää *itsessään* ja omasta *itsestään* sen, mikä on oikeus ja velvollisuus ja olla tunnustamatta muuta kuin minkä omatunto tietää hyväksi samalla väittäen, että se minkä omatunto täten tietää ja tahtoo on *totuudessa* oikeus ja velvollisuus.»[69] Tämän vuoksi — vaikka rikoksentekijä on toki rangaistuksen-

[67] Sen todistaminen, että Ehrström myös reaalisesti uskoo tuon parannusmahdollisuuden välittömään todellistamiseen ja parannuksen tehokkuuteen laajemmalti kuin harvinaisissa yksityistapauksissa, vaatisi hänen kehittelyjensä yksityiskohtaisemman analyysin ja esittelyn. Tässä riittäköön viittaus mielestäni paljon puhuvaan kohtaan hänen teoksestaan, s. 31—32, jossa hän Steltzerin kannan suorastaan innostuneen tuntuisesti hyväksyen kritisoi ns. juridista eli vain formaalisesti ulkoisessa käyttäytymisessä ilmenevää parannusta. Steltzerin argumentti taas on lyhykäisesti ilmaistuna se, ettei oikeudenmukainen käyttäytyminen pelosta ole parempaa eikä turvallisempaa kuin kammioonsa eristetyn nunnan siveys. Siksi valtioviisauskin vaatii, että rangaistus parantaisi mahdollisimman materiaalisesti.

[68] Mts. 38.

[69] OiFi 137 §.

sa ansainnut — *Hegel* olisi pitänyt parannusintention johtamista rangaistuksen »käsitteestä» tai »olemuksesta» suorastaan *rikoksentekijän oikeuksia loukkaavana*, sillä saman kohdan mukaan myös rikollisen omatunto on »pyhäkkö, johon puuttuminen olisi *ilkityö*».[70]

Rikollinen on tehnyt tekonsa, saanut aikaan pahaa ja kärsimystä. Häntä rangaistaan eli hänelle aiheutetaan »oikeudenmukaisen objektiivisen tarkastelun» kannalta vastaavasti rangaistusarvon mukaan pahaa ja kärsimystä. Jos yksityinen rikoksentekijä tai kaikki potentiaaliset rikolliset tästä pelottuvat, mikä ilmenee heidän ulkoisessa käyttäytymisessään lainkuuliaisuutena, niin pahasta on seurannut *Hegelin* mukaan *juridisesti tai poliittisesti hyvää* eli ainakin keskinkertaista. Ja mikäli yksityinen rikoksentekijä jopa aidosti *katuu ja parantuu* vakaumuksellisesti järkivaltion lakeja kunnioittavaksi persoonaksi, niin pahasta on seurannut jotain todella *moraalisesti hyvää* eli juridista puolta parempaa. Mutta nämä ovat vain kansalaisyhteiskunnan äärellisessä, reaalisessa empiriassa ilmeneviä rangaistuksen enemmän tai vähemmän satunnaisia seurauksia. Nimittäin kohotettaessa — vaikkapa kristillinenkin — parannusintentio rangaistuksen päätarkoitukseksi, »olennaiseksi nousee moraalinen näkökanta sekoitettuna triviaaleihin psykologisiin mielikuviin aistiyllykkeiden tenhosta ja voimasta järkeä vastaan, siis olennaiseksi kohoaa rikoksen subjektiivinen puoli sekoitettuna psykologista pakkoa koskeviin latteisiin mielikuviin».[71] Ja juuri järkivaltion vapaus yhtäkaikki alentaa tuon mieltämisen »joksikin vain satunnaiseksi».[72]

Hegel siis on ja pysyy *sovitusopin edustajana* edellä kirjoitukseni eri yhteyksissä — valitettavan yleisluonteisesti — määrittämässäni merkityksessä. Ja koska rangaistus on rikollisen oikeus myös *hänen* yksilöllisenä oikeutenaan, niin häneen kohdistettava hyvää tarkoittavakaan parannusintentio ei ole eettisesti hyväksyttävissä, ellei hän itse sitä tahdo. Toisin sanoen vain ulkoinen rangaistuspakko voi olla oikeudenmukaista, ei rikollisen omantunnon minkäänlainen manipuloiminen.[73]

---

[70] Vain lyhyesti huomautettakoon, että Ehrströmin tapa käyttää »käsitettä» ja »olemusta» samaa merkitsevinä termeinä on Hegelin spekulatiivisen logiikan ja Oikeusfilosofian loogisen systematiikan kannalta virheellistä, millä on myös tässä tarkemmin selvittämättömäksi jäävä relevanssi Ehrströmin rangaistusteorian hegeliläisestä lähtökohdastaan erottumiselle.

[71] OiFi 99 §.

[72] Sama. Myös Hegel oli kristillinen, vakaumukseltaan protestanttinen uskovainen. Mutta hänen uskontonsa on niin filosofisen »käsitteen» kyllästämää, että »triviaalit psykologiset mielikuvat» karsiutuvat siitä kokonaan.

[73] Tosin Ehrströmkin useaan otteeseen painottaa rikollisen parannuksen »oma-

Ehrström taas katsoo edeltävien rangaistuksen *subjektiivisen puolen* mittafaktorien kehittelyllään poistaneensa periaatteessa parannusintentioon aina liittyvän mielivaltaisuuden vaaran rangaistusta mitattaessa tai parannuksen edistystä täytäntöönpanovaiheessa arvioitaessa. Jos taas *Hegelillä* olisi ollut mahdollisuus näihin sinänsä taitavalla dialektisella argumentaatiolla kehiteltyihin faktoreihin tutustua, niin luulenpa, että hän niistä huolimatta olisi pitäytynyt omaan *sovitusoppiinsa*. Yksinkertaisesti: parannusmahdollisuuden todellistukseen liittyvät *Oikeusfilosofian* 140 §:ssä loistokkaasti analysoidut *tekopyhyyden, vieraaseen auktoriteettiin vetoamisen, hyvien tarkoitusten, yltiösubjektiivisuuden, ironisuuden ynnä muiden niin inhimillisten paheiden vaarat*. Nämä taas johtuvat viime kädessä siitä, että porvarillisen kansalaisyhteiskunnan individualististen toimijoiden — niin rankaisijoiden kuin rangaistavienkin — »subjektiivisuus abstraktisena itsemäärityksenä ja vain oman itsensä varmuutena myös *häivyttää* itseensä kaiken oikeuden ja velvollisuuden *määrittyneisyyden*». Ja näin on *Hegelin* mukaan asianlaita, koska kunkin subjektiivisuus on *arvosteltava* mahti, joka määrittää yksinomaan itsestään sisältöä varten sen, mikä on hyvää, ja samalla mahti, jota »aluksi vain mielletty ja *velvoittavana* olemaan *tarkoitettu* hyvä saa kiittää *todellisuudestaan*.»[74]

Tuota *hyvää Ehrström* pyrki vakaumuksensa mukaan *toteuttamaan*, eikä kukaan hänen tuotantoonsa vähääkään syvällisemmin perehtynyt voi kieltää aidosti moraalisia, hyviä tarkoituksia hänen pyrkimyksissään ja perusteluissaan 1800-luvun jälkipuoliskon vankilaolojen, rangaistuksen mittaamisen ja ylipäätään koko silloin voimassaolleen rikossäännöstön ja rangaistuskäytännön uudistamiseksi, parantamiseksi ja järkevämmäksi todellistamiseksi. Ja se, että hänen velvoittavaksi kokemansa intentiot eivät todellistuneet mainituissa reformeissa kuin osaksi, ei suinkaan johtunut tuon itsessään 1800-luvun rikosoikeusdoktriinissa vertaansa vailla olevan »käsitteen kehittelyn» aina yksilöllisistä puutteista, vaan reaalisesti empiirisen, porvarillistuvan kansalaisyhteiskunnan taloudellisista, poliittisista ja ideologisista kehitysprosesseista.

> »Kirottuja olkoot kaikki nämä puolisyntiset, jotka vielä jotenkin rakastavat hyvettä! Mutta nuo avoimesti syntiset, paatuneet syntiset, sekoittamattomat, selkeän ja täydellisen syntiset, heitä helvettikään ei enää pidättele: he ovat pettäneet paholaisen tälle täysin antautumalla.»[75]

---

alotteisuutta», mutta hänen katsoessaan parannuksen rangaistuksen olemuksesta johdettavaksi päätarkoitukseksi seuraa tästä loogisesti se, että uskonnollinen parannus muuttuu tavallaan »vapaaehtoiseksi» pakoksi, minkä myös hänen jälkeisensä rangaistuskäytännön historia osoittaa.

[74] OiFi 138 §.

[75] Näin lainaa Hegel, OiFi 140 §, Blaise Pascalin aforismia.

Tässä puolisyntisen keskivertokansalaisen vastakohdassa, karaistuneessa, avosydämisessä ja puhtaassa katujassa mielivaltaan kiintyneen massan yksilöitynä edustajana oli nähdäkseni myös *Hegelin sovitusopillisen ideaalirealismin* mutta ennen kaikkea *Ehrströmin parannusidealismin* kohde ja kiinnostus. Mutta päinvastoin kuin myöhempi relatiivinen parannusideologia erityisestävine käsittelymenetelmineen eritoten *Ehrström* pyrki mahdollisimman tarkasti määrittämään *rangaistuksen mittaamiselle oikeudenmukaiset rajat* tässä aina epätäydellisessä maailmassa.

Eri asia on tuon *Ehrströmin parannusidealismin sisältö,* josta lienee syytä lopuksi todeta, että *kun filosofia maalaa harmaansa harmaalle, silloin on yksi elämän hahmo tullut vanhaksi, ja harmaalla harmaassa sitä ei pidä nuorentaa, mutta sen voi toki tiedostaa.*

Lähteet

A. Aarnio: Oikeussäännösten tulkinnasta, Helsinki 1982.

E. Backman: Hegelin rationalismi ja sen heijastuminen suomalaisessa oikeusajattelussa, Suomalaisen oikeusajattelun perusteet, Julkaisuja n:o 3, Turku 1985, s. 43—56.

Y. Blomstedt: Rikoslakireformin ensimmäiset vaiheet vuoden 1866 osittaisuudistuksiin saakka, Eripainos Historiallinen Arkisto 59:stä, Turku 1964.

K. G. Ehrström: Om principen för fängelsestraffets ordnande, Helsingfors 1859.

G. W. F. Hegel: Enzyklopädie der philosophischen Wissenschaften 3, Werke, ed. E. Moldenhauer — K. M. Michel, Bd. 10, Frankfurt am Main 1970.

G. W. F. Hegel: Grundlinien der Philosophie des Rechts, Werke, Bd. 7, Frankfurt am Main 1970, (Oikeusfilosofia, OiFi).

G. W. F. Hegel: Wissenschaft der Logik 1 und 2, Werke, Bd. 5 und 6. Frankfurt am Main 1970.

J. Kekkonen — H. Ylikangas: Vapausrangaistuksen valtakausi, Oikeuden yleistieteiden laitos, Helsingin yliopisto 1982.

H. T. Klami: Oikeustaistelijat, Porvoo 1977.

K. Larenz: Hegels Zurechnungslehre, Abhandlungen der Rechts- und Staatswissenschaftlichen Fakultät der Universität Göttingen, Heft 4, Neudruck 1970 (1927).

J. Manninen: Erilaiset 'valtion' käsitteet Hegelillä, Dialektiikan ydin, Jyväskylä 1987, s. 71—79.

P. Myhrberg: Nykyajan ratkaisuja vuoden 1875 rikoslakiehdotuksessa, Oikeus 1976 n:o 1, s. 17—22.

I. Primoratz: Banquos Geist: Hegels Theorie der Strafe, Hegel-Studien, Beiheft 29, Bonn 1986.

T. Utriainen: Syyllisyys muuttuvana käsitteenä, Suomalaisen Lakimiesyhdistyksen Julkaisuja A-sarja N:o 161, Vammala 1984.

Rikoksen tuottaman taloudellisen hyödyn arvioimisesta

Apulaisprofessori *Pekka Viljanen*

1. Johdannoksi

I Sadan vuoden ikään ehtineeseen rikoslakiimme ei alun perin sisältynyt yleissäännöstä rikoksen tuottaman taloudellisen hyödyn menettämisestä. Tähän epäkohtaan saatiin korjaus 1. 7. 1921 voimaan tulleella lailla (130/21).[1] RL 2 luv. 16 §:n 1 mom., johon tässä esityksessä pääosin keskitytään, sai tuolloin muodon, jossa se edelleenkin on (nykyisin L:ssa 143/32): »Rikoksen joko tekijälleen tai sille, jonka puolesta tahi hyväksi hän on toiminut, tuottama taloudellinen hyöty on oikeuden vapaan harkintansa mukaan arvioitava ja tuomittava menetetyksi, katsomatta siihen, onko syytettä sitä vastaan tehty, jonka puolesta rikoksentekijä on toiminut.»

HE:n mukaan oli pidettävä tuntuvana aukkona laissa sitä, ettei RL silloisessa muodossaan läheskään tarpeeksi tehokkaasti estänyt rikoksentekijää taloudellisesti hyötymästä teostaan. Varsinkin sellaisissa rikoksissa, jotka eivät välittömästi kohdistu kehenkään yksityiseen, kuten esim. vienti- tai tuontikiellon rikkominen, ja joissa ei ole ketään asianomistajaa vaatimassa vahingonkorvausta, tai sellaisissa rikoksissa, kuten esim. koronkiskominen, joissa rikoksen kohteeksi joutunut usein yhtä innokkaasti kuin sen tekijäkin koettaa py-

[1] Tämä laki oli muutoinkin rikosoikeudellisen seuraamusjärjestelmämme kannalta merkittävä. Sillä näet otettiin maassamme käyttöön päiväsakkojärjestelmä.

Nyt, lähes seitsemänkymmentä vuotta myöhemmin ja rikoslain kokonaisuudistushankkeen ollessa vireillä, on hieman sekavia tunteita herättävää lukea HE:stä, miten sakkorangaistusjärjestelmän uudistamista esitettiin »huolimatta siitä, että uutta rikoslakia valmistellaan ja että osittaisia muutoksia vanhaan näin ollen olisi vältettävä». Ks. *Hallituksen esitys (HE)* Eduskunnalle laiksi rikoslain 2 luvun 4, 5 ja 16 §:n sekä 28 luvun 1 §:n muuttamisesta toisin kuuluviksi. N:o 36/1920 vp. Asiakirjat III. Helsinki 1921, 1.

syä salassa, ei tuomioistuin HE:n mukaan usein parhaalla tahdollakaan voinut estää rikoksentekijän hyötymistä. (Ks. *HE* 36/20, 2).

II Kun oikeuskirjallisuudessamme on käsitelty rikoksen tuottaman taloudellisen hyödyn menettämistä, ovat keskeisellä sijalla yleensä olleet sellaiset kysymykset kuin esim. hyötykonfiskaation ja vahingonkorvauksen välinen suhde, seuraamuksen henkilöllinen kohdentaminen ja mahdollisuus ulottaa hyötykonfiskaatio esineeseen sellaisenaan.[2] Jätän nuo sinänsä keskeiset ongelmat seuraavassa sivuun, ja keskityn hyödyn määrän selvittämiseen. Myös tätä kysymystä on toki oikeuskirjallisuudessamme käsitelty, mutta tulkintasuositukset ovat yleensä jääneet siinä määrin yleisluonteisiksi, että niistä saatava apu on konkreettisissa tilanteissa usein vähäinen.[3]

2. Valtuusrikoslain nimenomaisesta hyödyn laskentasäännöksestä

Menetettäväksi tuomittavan hyödyn määrän laskemisesta on valtuusrikoslain (L eräitä valtuuslakeja vastaan tehtyjen rikosten rankaisemisesta, 305/58) 4 §:ssä nimenomainen säännös: »Joka syyllistyy 2 tai 3 §:ssä tarkoitettuun rikokseen, on tuomittava valtiolle menettämään rikoksen hänelle tai sille, jonka puolesta tai hyväksi hän on toiminut, tuottama taloudellinen hyöty enintään kolminkertaisena. Hyöty on oikeuden arvioitava, kuitenkin siten, että milloin

[2] Ks. esim. *Alkio, Paavo:* Rikoksen tuottaman taloudellisen hyödyn tuomitsemisesta menetetyksi. DL 1945, 179—200, *sama:* Rikoksen tuottaman hyödyn konfiskoimisesta. LM 1950, 61—76, *Honkasalo, Brynolf:* Rikoksen tuottaman taloudellisen hyödyn menettäminen. LM 1948, 115—140, *sama:* Asianomistajan oikeus ja rikoksen tuottaman hyödyn konfiskointi. LM 1950, 790—801, *sama:* Rikoksesta saadun hyödyn konfiskoinnista ja asianomistajan oikeudesta vahingonkorvaukseen. Suomen Kriminalistiyhdistyksen XVI vuosikirja 1950—1951. Hämeenlinna 1953, 85—97, *Hakulinen, Y. J.:* Pari huomautusta hyödyn konfiskatiosta. DL 1948, 263—267, *Palmgren, Bo:* Konfiskation vid tjuvnadsbrott. JFT 1949, 219—240, *sama:* Rikoksesta saadun hyödyn konfiskoinnista ja asianomistajan oikeudesta vahingonkorvaukseen. Suomen Kriminalistiyhdistyksen XVI vuosikirja 1950—1951. Hämeenlinna 1953, 97—104, *Salmiala, Bruno A.:* Vieläkin muutama sana RL 2 luv. 16 § 1 mom:n hyödyn konfiskatiota koskevan säännöksen tulkinnasta. DL 1951, 20—31, *Ailio, Erkki:* Esinekonfiskaatio Suomen rikosoikeudessa. Rikosoikeudellinen tutkimus. Helsinki 1964, 128—156 ja *Liljenfeldt, Robert:* Något om konfiskation av ekonomisk fördel, särskilt med hänsyn till brott mot vattenlagen. DL 1984, 453—478.

[3] Muutamissa yhteyksissä on kuitenkin esitetty myös yksityiskohtaisempia malleja hyödyn laskemiseksi. Ks. *Hyvärinen, Hannu:* Konfiskaatiosta ja siihen liittyvistä erilliskysymyksistä. SPL 1985, (272—282) 277—278 ja 280—281 sekä *Ympäristörikostoimikunnan mietintö. Kom.miet.* 1973: 49. Helsinki 1973, 150—154 ja 255—261.

saatu vastike, niin kuin hinta, maksu, palkka tai vuokra, on ollut suurempi kuin se vastike, mihin asianomaisella voimassa olevien määräysten mukaan olisi oikeus, hyödyn yksinkertaiseksi määräksi on katsottava saadun ja viimeksi mainitun vastikkeen välinen erotus.» Ilmentääkö tämä yleistä sääntöä vai onko se vain poikkeus?

Aivan samanlainen säännös hyödyn laskentatavasta sisältyi valtuusrikoslakia edeltäneen säännöstelyrikoslain (L säännöstelyrikosten rankaisemisesta, 1064/43) 3 §:ään. Säännöstelyrikoslakia puolestaan edelsi ns. toimeentulorikoslaki (L väestön toimeentuloa vaarantavien rikosten rankaisemisesta, 304/41), jonka 2 §:n mukaan se, joka tuomittiin rangaistukseen tuon lain nojalla, oli tuomittava menettämään valtiolle rikoksen tuottama, oikeuden harkinnan mukaan arvioitava taloudellinen hyöty enintään kolminkertaisena. Muutoin oli lainkohdan nimenomaisen maininnan mukaan noudatettava RL 2: 16:n säännöksiä. Toimeentulorikoslakia täydennettiin sittemmin (L:lla 334/42) niin, että konfiskaatio voitiin kohdistaa siihenkin, joka vain oli hyötynyt rikoksesta. Po. 2 § oli siten melko pitkälle yhtenevä RL 2: 16[1]:n kanssa.

Säännöstelyrikoslain pohjana olleessa HE:ssä on todettu rikoksen tuottaman taloudellisen hyödyn ja omaisuuden tai sen arvon menetetyksi tuomitsemista koskeneiden aikaisempien säännösten antaneen oikeuskäytännössä aihetta erilaisiin tulkintoihin, minkä vuoksi ne kirjoitettiin uudelleen. HE:n mukaan oli katsottava oikeaksi, että hyötyä arvioitaessa ei oteta huomion sitä, onko rikoksentekijä edun tai omaisuuden hankkiessaan suorittanut siitä voimassa olevien määräysten vastaisesti liian suuren hinnan tai muun korvauksen. Kun tuomioistuimet eivät kuitenkaan olleet aina noudattaneet tätä periaatetta, se oli HE:n mukaan syytä nimenomaisesti julkilausua säännöstelyrikoslain 3 §:ssä.[4] Perusteluista saa lähinnä vaikutelman, että lakiin otettua laskentasääntöä olisi ollut noudatettava ilman nimenomaista säännöstäkin[5] — ja siten ilmeisesti myös RL 2 luv. 16 §:n 1 mom:ia sovellettaessa.

Säännöstelyrikoslain 3 §:ää tarkastellessaan *Honkasalo* (LM 1948, 126) on todennut, ettei sen ohjetta antava merkitys suinkaan rajoitu säännöstelyrikoksiin, vaan se on hänen mielestään otettava huomioon arvosteltaessa muidenkin rikosten tuottamaa aineellista hyötyä. Vastaavasti *Ailio* on huomauttanut, ettei valtuusrikoslain 4 §:n voida katsoa poikkeavan niistä periaatteista, jotka

[4] Ks. *HE* Eduskunnalle laiksi väestön toimeentuloa vaarantavien rikosten rankaisemisesta. N:o 132/1943 vp. Asiakirjat III. Helsinki 1944, 1—2.

[5] Näin on päätellyt myös *Alkio*. Ks. *Alkio, Paavo:* Tuomarin tehtävistä käräjillä. Vaasa 1948, 302.

hyödyn laskemistavasta ovat oikeudessamme voimassa.[6] *Alkio* sitävastoin on katsonut sanottujen hyödyn laskentasääntöjen olevan poikkeusluonteisia. Hänen mukaansa »lainsäätäjä on säännöstelyrikosten osalta luopunut RL 2 luvun 16 §:n 1 momentin pohjana olevasta periaatteesta, jonka mukaan kukaan ei saa hyötyä rikoksesta, ja luonut järjestelmän, jossa hyödyn menettämisen käsite on saanut kokonaan toisen sisällön». *Alkion* mukaan olisi siten niissä tapauksissa, joihin nämä hyödyn menettämistä koskevat poikkeussäännökset eivät sovellu, noudatettava »sitä RL 2 luvun 16 §:n 1 momentin periaatetta, että vain todella saatu taloudellinen hyöty on tuomittava menetetyksi». (Ks. *Alkio* 1948, 301).

Valtuusrikoslain 4 §:n mukaan lähtökohtana on, että rikoksen tuottama taloudellinen hyöty on konfiskoitava ja että hyödyn määrä on oikeuden arvioitava. Lainvalmistelutyöt tai muutkaan seikat eivät viittaa siihen, että säännöstä olisi tältä osin tulkittava toisin kuin RL 2 luv. 16 §:n 1 mom:ia. Sitävastoin tiettyjä erityistapauksia silmällä pitäen on valtuusrikoslaissa nimenomaisesti säädetty edellä jo kosketeltu hyödyn laskemistapa. Siihen, että nämä määräykset ovat poikkeuksellisia valtuusrikoslain itsensäkin sovellutusalueella, viittaa myös 4 §:ssä käytetty sanonta *»kuitenkin siten, että milloin»*. Silloin kun po. poikkeuksellinen laskentatapa ei sovellu, ohjeeksi jää valtuusrikoslain 4 §:nkin mukaan vain, että hyöty on oikeuden arvioitava.

Valtuusrikoslain 4 §:ssä erikseen mainittu laskentasääntö tulee kyseeseen vain tapauksissa, joissa hyödykkeen luovuttamisesta saatu vastike on ylittänyt asianmukaisiin määräyksiin perustuvan vastikkeen. Vastaavaa sääntöä ei silti sovelleta edes kaikkien virallishintaisten hyödykkeiden luovutuksiin. Esim. alkoholin myyntitapauksissa konfiskaatioperiaatteet ovat vakiintuneet toisiksi.[7] On siten todettava kosketellun laskentasäännön jäävän vain valtuusrikoslain soveltamisalalle rajoittuvaksi poikkeussäännöksi.

3. Mikä taloudellinen hyöty on »rikoksen tuottamaa»?

I Oikeuskirjallisuudessa on todettu RL 2: 16[1]:n tarkoituksena olevan vain estää rikoksentekijää taloudellisesti hyötymästä rikoksestaan. (Ks. esim. *Al-*

[6] Ks. *Ailio* 1964, 134—135. Ks. myös *Saarni-Rytkölä, Maarit:* Voidaanko kiskomisrikoksesta rangaistukseen tuomittu velvoittaa korvaamaan asianomistajalle tai menettämään valtiolle edustamansa koron tai hyvityksen kokonaisuudessaan vaiko ainoastaan sen osan, mikä ylittää lain salliman määrän? LM 1959, (193—199) 198 ja *Liljenfeldt,* DL 1984, 464.

[7] Ks. *Alkio* 1948, 302—303 ja *Utriainen, Terttu—Hepola, Matti* (toim.): Alkoholirikokset. Mänttä 1985, 97—98 ja 105.

kio 1948, 302—303 ja *Ailio* 1964, 134; ks. myös *HE* 36/20, 2). *Alkion* mukaan menetettäväksi on RL 2: 16[1]:n mukaan tuomittava se taloudellinen hyöty, minkä rikos tosiasiallisesti on tuottanut. Kuitenkaan kyse ei hänen mukaansa ole varsinaisesta puhtaasta voitosta, koska ei ole ajateltavissa, että hyötyä arvioitaessa olisi otettava huomioon rikoksentekijälle rikollisella tavalla saadun omaisuuden rahaksi muuttamisesta aiheutuneet, rehellisen liiketoiminnan liikekustannuksia vastaavat kustannukset tai sellaiset kustannukset, jotka rikoksentekijälle ovat aiheutuneet rikokseen valmistautumisesta ja sen suorittamisesta. (Ks. *Alkio* 1948, 303). Jokseenkin vastaavaa on esittänyt *Ailio,* joka on puhunut rikoksen nettovoitosta *Alkion* mainitsemin, rikoksen tekemisestä aiheutuneiden kustannusten vähentämiskelvottomuutta koskevin huomautuksin.[8]

Sanottu yleisluonteinen hyödyn laskentaperiaate sallii siis eräiden vähennysten tekemisen. Niinpä *Ailio* (1964, 135) on katsonut laskelmassa vähennyskelpoisiksi sellaiset rikoksentekijällä rikoksella saadun esineen tai oikeuden hankkimisesta olleet kustannukset, joiden ei voida katsoa johtuneen rikollisesta toiminnasta. Konkreettisia tapauksia silmällä pitäen on näin päästy hieman eteenpäin, mutta ei nähdäkseni tarpeeksi.

II »Rikoksen tuottama» hyöty voitaisiin periaatteessa ymmärtää ainakin merkityksessä (a) »*kokonais*hyöty, jonka on tuottanut toiminta, joka sattuu olemaan rikos» tai sitten merkityksessä (b) »*lisä*hyöty, joka on saatu sillä, että on valittu rikollinen vaihtoehto laillisen sijasta». Molemmat tulkintamahdollisuudet, joista kumpikaan ei sinänsä vielä sisällä kannanottoa kysymykseen, konfiskoidaanko brutto- vai nettohyöty, mahtuvat RL 2: 16[1]:n sanamuodon puitteisiin. Painavat syyt puoltavat kuitenkin jälkimmäistä.

Voitaneen lähteä siitä, että RL 2: 16[1]:n mukainen hyötykonfiskaatio on tarkoitettu turvaamistoimenpiteeksi, ei rangaistukseksi. Nyttemmin on meillä joka tapauksessa yleisesti hyväksytty ajatus, että rankaisullisiin tarkoituksiin olisi syytä käyttää vain varsinaisia rangaistuksia.[9] Tulkintavaihtoehto a voi

[8] Ks. *Ailio* 1964, 134—135. — Ks. edelleen *Utriainen—Hepola* 1985, 97—98 ja *Halinen, Markku—Koskinen, Pekka—Lappi-Seppälä, Tapio—Majanen, Martti—Palmén, Harri—Träskman, Per Ole—Utriainen, Terttu:* Rikosten seuraamukset. Kolmas painos. Helsinki 1981, 181.

Nettovoiton konfiskoimisen kannalla ovat vastaavasti Norjan osalta *Andenæs, Johs.:* Alminnelig strafferett. 2. rev. utg. Oslo 1974, 463—464 ja Ruotsin osalta *Berg, Ulf—Berggren, Nils-Olof—Meyerson, Anita—Munck, Johan—Victor, Dag—Örn, Claes:* Brottsbalken jämte forklaringar. Band III. Påföljder mm. Tredje upplagan. Lund 1985, 415.

[9] Ks. *Kom.miet.* 1973: 49, 152—153, *Rikosoikeuskomitean mietintö, Kom.miet.* 1976: 72, 88 ja 93, *Säännöstelyrikoksista ja salakuljetuksesta. Rikoslakiprojektin ehdotus.*

muodostua varsin rankaisulliseksi, vaihtoehto b sensijaan on viimeksi mainittujen ajatusten suuntainen.

Noudatettaessa tulkintavaihtoehtoa b on toteutunutta tapahtumainkulkua verrattava kuviteltuun tilanteeseen, jossa rikosta ei olisikaan tapahtunut.[10] Oikeuskirjallisuudessa on korostettu, että rikoksella saatuna voidaan pitää vain sellaista hyötyä, jonka rikos on *välittömästi* tuottanut.[11] Tällöin on tosin tarkoitettu ensisijaisesti sitä, että jos rikoksella saatu esine tai oikeus on vaihdettu toiseen, konfiskaatio ei ulotu viimeksi mainittuun. Toteamus antaa kuitenkin aiheen kiinnittää huomiota juuri siihen, mikä kulloinkin tarkasteltavana olevassa tapahtumakokonaisuudessa on rikollista ja mikä ei. Jos välittömästä hyödystä on disponoitu lisätuloa tuottaneella tavalla, jää tällainen epäsuora voitto konfiskoinnin ulkopuolelle, ellei tuo uusi tuloa tuottanut toimenpide itse ole rikollinen.

III Oikeuskäytäntö on hyötykonfiskaatiokysymyksessä usein vaikeasti tulkittavaa sen takia, että hyötylaskelmien perusteet on jätetty kirjoittamatta näkyviin. Menetetyksi tuomittuun määrään lienee usein päädytty »vapaasti harkiten» (ks. myös *Hyvärinen,* SPL 1985, 281—282 ja *Liljenfeldt*, DL 1984, 468), mikä on ehkä perusteetonta, kuten jäljempänä pyrin osoittamaan. Toisaalta on myös olemassa ratkaisuja, joissa näyttää ainakin tosiasiallisesti sovelletun edellä esittämääni tulkintavaihtoehtoa b:

> Päätöksellä *KKO 2. 9. 1981 N:o 2966/80 (R 80/319/79),* jossa syytetty tuomittiin mm. valtuusrikoslain 2 §:n 1 mom:ia soveltaen jatketusta UlkTurvL:n säännösten ja sen nojalla annettujen määräysten rikkomisesta, pysytettiin *RHO:n p. 31. 12. 1979 n:o 294/79 (R 79/157)* siltä osin kuin oli kysymys rikoksen tuottaman taloudellisen hyödyn menetetyksi tuomitsemisesta. Tapauksessa oli kyse siitä, että A oli »voidakseen edelleen mahdollisimman tuottavasti harjoittaa sukkahousujen maahantuontia ja jälleenmyyntiä, sukkahousuja maahan tuodessaan tahallaan ilmoittanut tulliviranomaisille sukkahousujen tuontihinnaksi 1 markan 60 penniä kappaleelta, vaikka todellinen tuontihinta oli ollut ... 1 markka 20 penniä kappaleelta. Menettelyllään A oli pidättänyt valtiolta maan ulkomaankaupan ja taloudellisen kasvun turvaamisesta

Oikeusministeriön lainvalmisteluosaston julkaisu 8/1986. Helsinki 1986, 18—19 ja *HE* Eduskunnalle rikoslainsäädännön kokonaisuudistuksen ensimmäisen vaiheen käsittäväksi rikoslain ja eräiden muiden lakien muutoksiksi. N:o 66/1988 vp. Asiakirjat A 2. Helsinki 1988, 176.

[10] Ks. myös *Kom.miet.* 1973: 49, 256—259 ja *Posio, Antti—Vähätalo, Tomi:* Näkökohtia taloudellisen hyödyn konfiskoinnista työrikoksissa. Oikeus 1987, (350—353) 352 sekä Ruotsin BrB 36: 4:n (3a:n) osalta *Regeringens proposition* 1981/82: 142 om ändring i brottsbalken (ekonomiska sanktioner vid brott i näringsverksamhet), 17 ja *Berg ym.* 1985, 415.

[11] Ks. esim. *Honkasalo,* LM 1948, 117, *Ailio* 1964, 130, *Halinen ym.* 1981, 181 sekä *Thornstedt, Hans:* Förverkande på grund av brott. *SOU* 1960: 28. Lund 1960, 35.

15. 2. 1974 annetun lain (UlkTurvL) ja sen nojalla 20. 12. 1974 annetun markkinahäiriöasetuksen nojalla perittävää lisätullia ...». Sukkahousut maahan tuonut A:n yhtiö O. A. Oy oli määrätty suorittamaan UlkTurvL 5 §:n ja markkinahäiriöasetuksen 5 §:n nojalla lisätullia 43 522 mk.

RHO oli po. tapauksessa katsonut, että A oli selostetun menettelyn johdosta saanut taloudellista hyötyä perushinnan (= 1,60 mk/kpl) ja todellisen hinnan (= 1,20 mk/kpl) erotusta vastaavat 43 521 mk 60 p. Lisäksi HO oli katsonut, että O. A. Oy sitävastoin ei ollut saanut rikoksesta taloudellista hyötyä. HO, jonka päätöksen KKO tältä osin siis pysytti, oli tuominnut A:n menettämään valtiolle rikoksen tuottaman taloudellisen hyödyn 43 521,60 mk, mistä oli vähennettävä, mitä hallinnollisessa järjestyksessä O. A. Oy:n maksettavaksi pannusta lisätullista saadaan perityksi.

Esimerkkitapauksessa on konfiskaatio toimitettu valtuusrikoslain 4 §:n nojalla, mutta siinä säädetty erikoinen laskentasääntö ei ole soveltunut. Siten on täytynyt käyttää pykälän alkuosaa, joka vastaa asiallisesti RL 2 luv. 16 §:n 1 mom:ia. Selostetussa tapauksessa on huomion arvoista erityisesti se, että rikoksen tuottamana hyötynä, jonka tuomioistuin on velvollinen konfiskoimaan viran puolesta, ei käsitelty O. A. Oy:n sukkahousujen jälleenmyynnistä (kaiken todennäköisyyden mukaan) saamaa voittoa.[12]

Jos A on ostanut ulkomailta sinänsä laillista tavaraa (so. ei esim. huumeita, jotka olisivat jo laatunsa perusteella laittomia) ja tuonut sitä laittomasti maahan ja myynyt edelleen, rikollista on nimenomaan luvaton tuonti. Muu osa menettelystä ei ole rangaistavaa. Avainkysymys hyötykonfiskaation suhteen on silloin, mitä asianomainen on voittanut nimenomaan *luvattomalla tuonnilla*. Vertailu on silloin tehtävä vastaavaan luvalliseen tuontiin tai mahdollisesti hankintaan kotimaasta. Näin menettelemällä saadaan hyöty selville ratkaisevasti yksinkertaisemmin kuin soveltamalla esim. *Hyvärisen* (SPL 1985, 280—281; ks. myös *Kom.miet.* 1973: 49, 151—153) esittämää laskentatapaa, joka perustuu toiminnan rikollisen osan erottamiseen laillisesta ja jossa konfiskoitavan hyödyn selvittämiseksi käytetään hyväksi kirjanpitoasetuksen (783/73) 1 §:n mukaista tuloslaskelman kaavaa. Viimeksi mainittu laskentamalli on lähempänä edellä muotoilemaani tulkintavaihtoehtoa a, ja se johtaa esimerkkitapauksessa aivan erilaiseen tulokseen kuin tässä puoltamani laskentatapa.

[12] Myös lainvoimaisessa ratkaisussa *KoHO p. 1. 9. 1983 n:o 1190/82 (R 80/1272)* on menetelty vastaavalla tavalla eli hyödyksi on katsottu pidätetyn lisätullin määrä, ja konfiskoidusta summasta on määrätty vähennettäväksi hallinnollisessa järjestyksessä lisätullina mahdollisesti perityksi saatu määrä. Tässäkään ei ole rikoksen tuottamaksi hyödyksi katsottu tavaroiden edelleen myynnistä saatua voittoa. Vastaavanlainen on edelleen lainvoimainen *THO p. 21. 12. 1983 n:o 2322 (1983 R 36 Por I).*

Edellä kosketellut oikeustapaukset ovat sikäli selviä, että rikoksella saavutettu hyöty eli säästö oli periaatteessa yksiselitteisesti laskettavissa. Seuraava tapaus on sitävastoin hankalampi:

> *KoHO p. 18. 11. 1986 n:o 1505/86 (R 85/1231)* (lainvoimainen): Maahan oli ilman tarvittavaa lisenssiä tuotu Tanskasta ostettuja vaihtolavoja, joiden alkuperämaaksi oli ilmoitettu Tanska, mutta joiden todellinen alkuperämaa oli Puola. Lavojen arvoksi katsottiin 45 mk kappaleelta, mikä (ilmeisesti) oli niiden todellinen ostohinta. RO lausui päätöksessään, että vastaavan vaihtolavan kappalehinta oli tuolloin Suomessa ollut halvimmillaan 53 mk. RO konfiskoi rikoksen tuottamana hyötynä määrän, jonka se laski em. hintojen erotuksena eli 8 mk kappaleelta. Menettämisseuraamuksen osalta muutosta hakivat sekä vastaajat että syyttäjä. HO pysytti päätöksen kaikilta osin.

Tässäkin ratkaisussa on katsottu hyödyksi saavutettu säästö vertaamalla lainvastaista menettelyä lailliseen. Ongelmallista on se, mikä valitaan lailliseksi vertailuhinnaksi. Ko. tapauksessa sellaiseksi on otettu halvin vastaavan kotimaisen tuotteen hinta. Näin ei mielestäni ole suinkaan välttämätöntä menetellä. Yksinkertainen lähtökohtaperiaate on, että tavaraa ostetaan sieltä, mistä sitä halvimmalla saadaan. Tätä periaatetta modifioivat monet seikat, kuten eri myyjien vastaavien tuotteiden mahdolliset laatuerot, toimituskyky, aikaisemmat liikesuhteet jne. Joka tapauksessa pidän selvänä, että mikäli vastaavaa tavaraa olisi voitu tuoda ulkomailta myös laillisesti, tuollaisen ulkomaisen tavaran hinta voitaisiin ottaa vertailukohteeksi, jos on perustellusti ajateltavissa, että juuri sen tuominen olisi ollut laittoman menettelyn vaihtoehto. Lisäksi vertailussa tulevat otettaviksi huomioon mahdolliset erot kuljetus- ym. kustannuksissa.

Selostetut KKO:n ja eri hovioikeuksien ratkaisut tukevat edellä esittämääni käsitystä, jonka mukaan konfiskoitavaa hyötyä on vain se, mikä on välittömästi saatu rikoksella. Rikos oli näissä tapauksissa todellista alhaisemman tuontihinnan tai väärän alkuperämaan ilmoittaminen, mutta näin tuotujen, sinänsä laadultaan laillisten tavaroiden edelleen myyminen ei ollut rikos. Hyötyä oli siis se, mitä oli voitettu eli säästetty lainvastaisella menettelyllä verrattuna lailliseen menettelyyn.

Edellä mainittua periaatetta voitaneen katsoa noudatetun myös seuraavassa, varsin toisen tyyppistä rikosta koskevassa prejudikaatissa:

> *KKO 1984 II 189:* »Yrityksen työntekijä oli rikollisella teollaan saanut aikaan yrityksen toiminnassa kustannusten säästöä. Yritys tuomittiin menettämään valtiolle arvioitu säästö rikoksen tuottamana taloudellisena hyötynä.» — Puutavarayhtiöiden puutavarankuljetuksista vastanneet toimihenkilöt olivat ilman laillista oikeutta uittoa varten ajattaneet puutavaraa maanomistaja H:n tietä käyttäen hänen alueellaan

olleelle purkauspaikalle. KKO totesi päätöksessään, että puutavarayhtiöt olivat ostaessaan purkauspaikoille ajettavan puutavaran sopineet myyjien kanssa, että se kuljetetaan H:n omistamalla tilalla olevalle purkauspaikalle. Tästä puutavarasta sovittu hinta oli mm. kuljetuskustannusten osalta perustunut siihen, että purkauspaikka oli äsken mainittu. Puutavaraa ei kuitenkaan olisi vesioikeuden päätöksessä mainitusta syystä saanut kuljettaa tälle purkauspaikalle, vaan se olisi pitänyt kuljettaa johonkin toiseen paikkaan, missä se olisi voitu luvallisesti purkaa. Tästä olisi vastaajayhtiöille aiheutunut lisäkustannuksia, joita ne eivät huomioon ottaen myyjien kanssa tehdyt ostosopimukset olisi voineet periä heiltä ja joilta ne kuljettaessaan ja purkaessaan puutavaran luvattomasti em. purkauspaikalle olivat siten säästyneet.

Huomion arvoista on, että rikoksen tuottamana taloudellisena hyötynä konfiskoitiin tässäkin *vain säästö,* ei sensijaan esim. puutavarasta valmistetuista tuotteista saatua myyntivoittoa. Hyöty eli säästö laskettiin laillisen menettelyn ja todellisen, rangaistavan menettelyn erona.[13]

Sama tulkintalinja voidaan periaatteessa nähdä myös seuraavassa hovioikeusratkaisussa:

I-SHO p. 29. 12. 1978 n:o 919/78 (R 1975/508/2561) (lainvoimainen): Syytetty oli vääriä todistusjäljennöksiä viranhakemuksensa liitteinä käytettyään tullut nimitetyksi tehtävään, johon hänen todellinen pätevyytensä ei olisi riittänyt. Syytetty, joka tuomittiin rangaistukseen petoksesta, velvoitettiin suorittamaan asianomistajana olleelle kunnalle korvauksena määrä, joka laskettiin siten, että hänelle todellisuudessa maksetusta palkasta vähennettiin määrä, joka hänelle katsottiin kuuluneen hänen todellisen pätevyytensä perusteella. Korvauksena oli siis suoritettava liikaa maksettu palkka (sekä vastaavasti liikaa maksetut lomaltapaluuraha ja vuosilomakorvaus).

Oikeuden tulisi konfiskoida rikoksen tuottama taloudellinen hyöty viran puolesta. Jos asianomistajalla on kuitenkin oikeus vastaavaan korvaukseen, konfiskoitavaa hyötyä ei jää. Kun jutussa ei konfiskoitu mitään, voidaan siis tulkita katsotun, että rikoksen tuottamaa hyötyä ei ollut syytetyn saama koko palkka, vaan korkeintaan hänen *liikaa saamansa* palkan osa. Sen taas asianomistaja sai vahingonkorvauksena. Vastaavalla tavalla on menetelty esim. saman tyyppisessä jutussa *KKO 1959 II 85.* Nämä ratkaisut tukevat edellä esittä-

[13] Huomautettakoon, että Ruotsissa ei ole katsottu BrB 36: 1:n pääsäännön (»Utbyte av brott enligt denna balk skall förklaras förverkat, om det inte är uppenbart oskäligt») ulottuvan kustannusten säästön muodossa saatavaan hyötyyn. Sen vuoksi lukuun lisättiin v. 1982 3 a §, joka on sittemmin siirretty 4 §:ksi. Sen 1 mom:ssa säädetään: »Har det till följd av ett brott som är begånget i utövningen av näringsverksamhet uppkommit ekonomiska fördelar för näringsidkaren, skall värdet därav förklaras förverkat även när det inte följer av 1 eller 2 § eller annars är särskilt föreskrivet.» Säännös tosin ulottuu myös suoranaisiin tuloihin, ei ainoastaan säästöihin. Ks. *Regeringens proposition* 1981/82: 142, 51 ja *Berg ym.* 1985, 415—417.

määni hyödyn laskemistapaa: verrataan toisiinsa rikollista ja laillista menettelyä. Laskentatapa onkin verrattavissa vahingonkorvausoikeudessa yleisesti hyväksyttyyn ns. differenssiteorian mukaiseen menettelyyn.[14]

Esittämäni laskentasäännön soveltaminen voi joskus — luonnollisesti — osoittaa, että rikollinen menettelyvaihtoehto ei ole ollut laillista kannattavampi. Näin on käynyt esim. seuraavassa, FINLEX-oikeustapausrekisteriin otetussa tapauksessa:

> *KoHO p. 19. 2. 1980 n:o 1308/79 (R 78/1464)* (lainvoimainen): A ja B, jotka tuomittiin rangaistukseen jatketusta ammattimaisesta moottoriajoneuvoliikenteen harjoittamisesta ilman lupaa, olivat harjoittaneet tavaratilausliikennettä pakettiautolle myönnetyn luvan nojalla käyttäen siihen kuorma-autoa, joka muutoin kooltaan, kantavuudeltaan ja korirakenteen laadultaan oli rinnastettavissa pakettiautoon. Kun kuljetusten ei ollut näytetty käsittäneen muuta kuin sellaista tavaraa, jota olisi voitu kuljettaa myös pakettiautolla ja kun lisäksi laskutuksen oli näytetty tapahtuneen pakettiauton veloituksen mukaisesti, A:n ja B:n ei katsottu saaneen rikoksellaan taloudellista hyötyä.

IV Kuten vahingonkorvausoikeudellista differenssiteoriaa sovellettaessa, myös tässä puoltamaani hyödyn laskentaohjetta käytettäessä voidaan joutua tekemään valinta eri hypoteettisten tapahtumainkulkuvaihtoehtojen välillä. Valitseminen voi olla joskus helppoa, joskus vaikeata.

Rikollinen toiminta voi esiintyä esim. osana vastaavaa luvallista toimintaa. Kysymys saattaa olla vaikkapa vahingollisten aineiden laskemisesta vesistöön lupapäätöksessä sallittuja määriä enemmän. Jos päästöt ovat suorassa suhteessa tiettyjen tuotteiden tuotantomääriin, rikoksen tuottama taloudellinen hyöty saadaan selville vertaamalla todellisen (= liian laajan) toiminnan tuottamaa tulosta tilanteeseen, jossa tuotantomäärät olisivat pysyneet sallitulla ylärajalla. Tässä laskelmassa, joka saattaa olla monimutkainenkin (ks. esim. *Kom.miet.* 1973: 49, 256—259), tulevat silloin otetuiksi vähennyksenä huomioon liiallisen tuotannon aiheuttamat tuotantokustannukset eli, jos niin halutaan sanoa, rikoksen tekemisestä aiheutuneet kustannukset. Jos päästörajojen ylittäminen sensijaan ei johdu liiallisesta tuotannosta vaan esim. siitä, että on laiminlyöty käyttää puhdistuslaitteita, näin saavutettu säästö on rikoksen tuottamaa taloudellista hyötyä. (Ks. myös *Kom.miet.* 1973: 49, 259).

---

[14] Sen mukaan vahinko ilmenee erona kahden tapahtumainkulun välillä. Niistä toisen eli todellisen saa aikaan vahinkoon johtava syy. Toinen eli hypoteettinen tapahtumainkulku sitävastoin voidaan vain kuvitella: mitä olisi tapahtunut, ellei vahinkoon johtanutta syytä olisi ollut. Ks. differenssiteoriasta esim. *Routamo, Eero—Hoppu, Esko:* Suomen vahingonkorvausoikeus. 2. uudistettu painos. Vammala 1988, 237—238.

Toinen hypoteettinen tapahtumainkulkuvaihtoehto esimerkkitilanteessa olisi ollut se, että asianomainen olisi hakenut uutta lupaa aikaisempaa suuremmille päästömäärille. Tämä vaihtoehto toisi mukanaan useita epävarmuustekijöitä. Konfiskaatiokysymystä harkittaessa jouduttaisiin arvioimaan, olisiko lupa myönnetty ja millaisin ehdoin, milloin lupaa olisi haettu verrattuna siihen todelliseen ajankohtaan, jolloin sallittuja päästömääriä alettiin ylittää, kauanko lupahakemuksen käsitteleminen olisi kestänyt jne. Lisävaikeutena saattaisi tämän tyyppistä vertailulaskelmaa tehtäessä tulla esille vielä se, että luvasta päättäminen voisi kuulua muun kuin konfiskaatiosta päättävän viranomaisen toimivaltaan. Painavat syyt puoltavat siten ensimmäisenä esitetyn hypoteettisen tapahtumainkulun valitsemista vertailukohteeksi.

Jos lupa tms. sitävastoin on ao. säännösten mukaan *myönnettävä,* kun määrätyt selkeät edellytykset täyttyvät, on noiden edellytysten ollessa käsillä realistista valita todellisen tapahtumainkulun vertailukohteeksi se vaihtoehto, että lupaa tms. olisi haettu (ja se siis myös saatu). Samoin voitaneen katsoa esim. tilanteessa, jossa luvan muodollisesta harkinnanvaraisuudesta huolimatta on muodostunut vakiintuneeksi käytännöksi myöntää lupa jokaiselle sitä hakevalle. Tällaisessa tapauksessa rikoksen (eli ilman lupaa tapahtuneen toiminnan) tuottaman taloudellisen hyödyn muodostavat säästyneet luvanhakukustannukset. Tilanne on vastaava, jos on vain laiminlyöty tehdä säädetty elinkeinoilmoitus.[15] Konfiskoitava hyöty saattaa siten jäädä täysin mitättömäksi. Näin elinkeinoilmoituksen tekemättä jättämisen tai luvan puuttumisen merkitys, silloin kun lupa on lähinnä vain muodollisuus, asettuu myös oikeisiin mittasuhteisiin.

Myös viimeksi esillä olleissa tapauksissa on vertailukohteeksi siis valittu mahdollinen laillinen vaihtoehto. Sellainen olisi tietysti ollut myös toiminnan aloittamatta jättäminen. Esittämäni laskentasäännön puitteissa on kuitenkin johdonmukaista valita rikollisen toiminnan vertailukohteeksi hypoteettinen menettelytapa, joka olisi mahdollisimman lähellä todellista mutta kuitenkin laillinen.

---

[15] Vrt. *Hyvärinen,* SPL 1985, 278, jossa on katsottu, ettei elinkeinoilmoituksen laiminlyöntitapauksissa ole syntynyt konfiskoitavaa hyötyä. *Hyvärisen* tarkastelutavassa on keskeistä toiminnan rikollisen osan erottaminen muusta toiminnasta. Tulokseensa hän on päätynyt esittämällä, että po. tapauksessa rikoksentekijän katsottaisiin syyllistyneen ikään kuin siihen, ettei hän ole tehnyt elinkeinoilmoitusta, vaikka on alkanut harjoittaa elinkeinoa, ei siihen, että hän on harjoittanut elinkeinoa tekemättä elinkeinoilmoitusta. Tällä tarkastelutavallaan *Hyvärinen* on itsekin todennut joutuvansa vaikeuksiin ElinkeinoL (122/19) 27 §:n sanamuodon kanssa.

Useiden elinkeinojen harjoittaminen on säädetty luvanvaraiseksi. Jos luvan saamisen edellytykset ovat harkinnanvaraiset ja jos, kuten yleensä, konfiskaatiokysymyksen ratkaisee yleinen tuomioistuin ja luvan myöntää muu viranomainen, vertailukohteeksi hyötylaskelmassa voidaan tuskin useinkaan ottaa tilannetta, jossa lupa olisi haettu ja saatu.[16] Tilanne on vastaava, jos lupaan säännönmukaisesti liitetään joitakin taloudellista rasitusta merkitseviä ehtoja. Siten lailliseksi vaihtoehdoksi yleensä jää luvattoman toiminnan aloittamatta jättäminen, jonka tuottama tulos olisi ollut = 0.[17] Silloin luvattoman toiminnan tulos on kokonaisuudessaan rikoksen tuottamaa taloudellista hyötyä.

Esittämäni laskentasääntö näyttää vm. tapauksessa johtavan ankarampaan lopputulokseen kuin esim. *Hyvärisen* puoltama. Hänen mukaansa esim. luvattomaan ammattiautoiluun syyllistyneelle, joka on itse kuljettanut autoa, olisi jätettävä Tilastokeskuksen palkkatilastojen mukainen keskimääräinen autonkuljettajan palkka, luvattoman matkatoimiston pitäjälle matkatoimistovirkailijan palkka jne., ja konfiskaatio voisi kohdistua korkeintaan sen yli menevään osaan tuloista. *Hyvärinen* on perustellut kantaansa sillä, että jos asianomainen olisi käyttänyt palkattua apulaista, tämän palkkakustannukset olisi vakiintuneen käytännön mukaan vähennetty bruttohyödystä.[18] Mutta on kaiketi selvää, että se, jonka ei ole tarvinnut turvautua apulaiseen, on esimerkki-

[16] Esimerkin tästä tarjoaa kuitenkin ratkaisussa *KKO 1982 I 3* esillä ollut tapaus. Jutussa oli kysymys ammattimaisen moottoriajoneuvoliikenteen harjoittamisesta ilman lupaa. Ratkaisua ei tosin ole julkaistu prejudikaattina hyötykonfiskaation määrästä. KKO:n vuosikirjassa olevasta tapausselostuksesta ilmenee, että syytetty oli harjoittanut ko. liikennettä jo ennen kuin se oli tullut luvanvaraiseksi ja että hän oli kohta esitutkinnan alettua hakenut ja saanut liikenneluvan. Siten olisi mielestäni voitu katsoa jopa, kun syytetty kuitenkin oli joutunut suorittamaan luvan hakemisesta aiheutuneet kustannukset, jotka arvattavasti eivät olleet pienemmät kuin ne olisivat olleet lähes kymmenen vuotta aikaisemmin toiminnan tullessa luvanvaraiseksi, että rikos ei ollut tuottanut lainkaan konfiskoitavaa hyötyä.

[17] Liian epämääräiselle pohjalle nimittäin jouduttaisiin, jos lähdettäisiin hakemaan vertailukohdetta jostakin sallitusta elinkeinosta tai ammatista, jota asianomainen mahdollisesti olisi harjoittanut, ellei hän olisi ryhtynyt luvattomaan toimintaan. Ks. myös *Andenæs, Johs.:* Konfiskasjon av olovlig vinning, belyst ved norsk rettspraksis. Festskrift tillägnad Birger Ekeberg. Stockholm 1950, (51—62) 60 ja *Andenæs* 1974, 464.

[18] Ks. *Hyvärinen,* SPL 1985, 278. Toiminnan ollessa kokonaan rikollista, kuten esim. huumekauppa, ei minkäänlainen palkkatulon jättäminen rikoksentekijälle kuitenkaan *Hyvärisen* mukaan tule kysymykseen. Luvallistenkin elinkeinojen kohdalla olisi hänen mielestään kiinnitettävä erityistä huomiota siihen, olisiko lupa ollut mahdollista saada ja onko lupa jäänyt hankkimatta vain esim. tietämättömyydestä. Jos toimintaan on ryhdytty tietoisena siitä, ettei lupaa saataisi, on *Hyvärisen* mukaan koko hyöty katsottava laittomaksi ja tuomittava valtiolle.

tilanteessa saavuttanut vastaavasti paremman taloudellisen tuloksen. Tämän on mielestäni syytä näkyä myös hyötykonfiskaatiossa.

Lopputulos voi viimeksi käsitellyssä tilanteessa kieltämättä muodostua kohtuuttomaksi. Lain säännösten täytyisikin mahdollistaa hyödyn osittainen konfiskointi. Asiaa auttaa kyllä osaltaan se, että en näe periaatteellista estettä vähentää bruttotuloista niiden saamiseksi uhrattuja kuluja. Kiistaton tosiasiahan on, että viimeksimainitut eivät ole sanan yleiskielisessä merkityksessä rikoksentekijälle hänen menettelystään jäänyttä hyötyä. Oikeuskäytännössäkin bruttohyödystä vähennetään tosiasiallisesti rikoksen tekemisestä aiheutuneita kuluja esim. kysymyksen ollessa luvattomasta elinkeinon harjoittamisesta. Esimerkkinä viittaan vain ratkaisuun *KKO 1979 II 23. Saarni-Rytkölän* (LM 1959, 198) mielestä voitaisiin kuitenkaan tuskin pitää tyydyttävänä sitä, että esim. tapauksessa, jossa A olisi 15 %:n korolla lainaksi ottamaansa pääomaa edelleen 25 %:n korolla lainaksi antaessaan syyllistynyt luottokiskontaan, rikoksen tuottamana hyötynä konfiskoitaisiin vain A:n edustaman 25 %:n ja hänen itsensä maksaman 15 %:n koron erotus. Ottamatta tässä kantaa konfiskoitavan koron täsmälliseen määrään, joka riippuu mm. siitä, mitä pidetään ylimpänä hyväksyttävänä korkona, rohkenen olla periaatteessa toista mieltä. Onhan se, joka on antanut velaksi »omia» varojaan kiskurikorolla, ansainnut rikoksellaan enemmän kuin se, joka on joutunut ottamaan rahat ensin itse velaksi. Mielestäni on täysin oikein, että tämä ero näkyy myös hyötykonfiskaatiossa.[19]

V Useiden säännösten mukaan on rikoksen kohteena ollut omaisuus tai sen arvo julistettava menetetyksi. Miten tämä konfiskaatio suhtautuu RL 2: 16[1]:ssä säädettyyn? *Alkio* on johtanut RL 2: 16[1]:n tulkinnastaan, jonka mukaan menetetyksi tuomitaan vain rikoksen todella tuottama taloudellinen hyöty, säännön, jonka mukaan hyödyn konfiskoimiseen ei ole edellytyksiä, jos

[19] Rikoksen tekemisestä aiheutuneiden kulujen vähentämisoikeuden kannalla on ollut myös *Hurwitz*. Ks. *Hurwitz, Stephan:* Konfiskation som følge af lovovertraedelse. Forhandlinger på det tyvende nordiske juristmøte i Oslo den 23.—25. august 1954. Oslo 1956, (107—112) 109—110.

Andenæs (1974, 463—464), joka myös on periaatteessa nettovoiton konfiskoimisen kannalla, on kuitenkin katsonut, että rikoksentekijällä *ennen* rikollisen teon tekemistä olleita kuluja, esim. matkakuluja rikospaikalle, ei kuitenkaan voida vähentää. Jos asianomainen nimittäin olisi luopunut rikoksen täyttämisestä, nämä kulut olisivat jääneet hänen tappiokseen, eikä hän voi vaatia pääsemistä parempaan asemaan siinä tapauksessa, että hän saattaa rikoksen loppuun. Samalla kannalla ovat *Ailio* 1964, 134 ja *Liljenfeldt*, DL 1984, 464. Ajatus vaikuttaa pääsääntöisesti hyväksyttävältä. Ongelman yksityiskohtaisempi tarkastelu ei ole tässä kuitenkaan mahdollista.

rikoksentekijä joutuu rikoksensa vuoksi suorittamaan vahingonkorvauksena yhtä paljon tai enemmän kuin mitä hän on rikoksesta hyötynyt.[20] Mutta samasta periaatteesta johtuu *Alkion* (1948, 304—306) mukaan myös, että kun rikoksentekijään joudutaan samalla soveltamaan sekä rikoksen kohteena olleen omaisuuden arvon menettämistä että taloudellisen hyödyn menettämistä koskevia säännöksiä, edellytyksiä hyödyn konfiskoimiselle ei ole, jos rikoksen kohteena olleen omaisuuden arvon menetys on yhtä suuri tai suurempi kuin rikollisen rikoksesta, tarkemmin sanottuna juuri sanotusta omaisuudesta, saama taloudellinen hyöty. Kantansa tueksi *Alkio* on viitannut vanhaan KKO:n prejudikaattiin. Saman tyyppinen hovioikeusratkaisu on nyttemmin otettu FINLEX-oikeustapausrekisteriin:

> *KKO 1937 II 594:* Koskei ollut näytetty, että syytetyt salakuljetettua väkiviinaa myydessään olisivat saaneet siitä sen menetetyksi tuomittua arvoa suuremman hinnan ja että he siis rikoksellaan tulisivat saavuttamaan taloudellista hyötyä, heidät vapautettiin suorittamasta valtiolle alempien oikeuksien taloudellisena hyötynä menetetyksi tuomitsemaa määrää.
>
> *KoHO p. 1. 3. 1979 n:o 122/79 (R 79/56):* Kun välittäjä oli ostanut juomat alle virallisen hinnan ja myynyt ne voitolla mutta edelleen alle virallisen hinnan, häntä ei voitu tuomita menettämään valtiolle myyntivoittoa hyötynä, koska arvokonfiskaatio perustui alkoholin viralliseen hintaan eikä siten enää jäänyt hyötyä konfiskoitavaksi.

Selostetut ratkaisut koskevat sikäli poikkeuksellista tilannetta, että rikosten kohteena olleella omaisuudella oli olemassa virallinen hinta. En silti pidä johdonmukaisena niistä ilmenevän periaatteen rajaamista koskemaan vain virallisen hinnan alapuolella tapahtuvia myyntejä tai ylipäänsäkään vain virallishintaisia hyödykkeitä. Jos esim. joku on ostanut alkoholipullon 40 mk:lla ja myynyt sen 90 mk:lla, hänen saamansa hyöty näyttää olevan 50 mk. Jos pullon virallinen hinta oli 100 mk, selostetun oikeuskäytännön mukaan konfiskoidaan siis vain arvo 100 mk. Jos pullo sensijaan oli ostettu 100 mk:lla ja myyty 150 mk:lla, konfiskoidaan käytännössä sekä arvo 100 mk että hyöty eli osto- ja myyntihinnan erotus 50 mk. Mutta yhtä hyvin myös tässä tapauksessa voidaan sanoa, että hyötyä, joka näytti olevan 50 mk, ei jäänyt, koska alkoholin arvona konfiskoitiin jo enemmän. Todellista hyötyä olisi syntynyt vain, jos osto- ja myyntihinnan erotus olisi ollut yli 100 mk. Jos myyntihinta olisi ollut esim. 220 mk, olisi siten johdonmukaista konfiskoida arvona 100 mk ja hyötynä 20 mk.

[20] Ks. *Alkio* 1948, 303—304. — Oikeuskäytännössä on menty vielä pitemmälle, ks. esim. *KKO 1966 II 127* ja *KKO 1972 II 32*. Kysymyksen yksityiskohtien osalta tyydyn viittaamaan alaviitteessä 2 mainittuun kirjallisuuteen.

Kysymys on oikeastaan siitä, mitä ajankohtaa pidetään hyötylaskelman kannalta ratkaisevana. Asianomistajan vahingonkorvausvaateen ja hyötykonfiskaation välisessä suhteessa omaksuttu kanta osoittaa, että konfiskoitavaa hyötyä laskettaessa otetaan huomioon rikoksesta (mahdollisesti) aiheutuva muu seuraamus (vahingonkorvaus). Sitä, mikä ensin näyttää esim. petosrikoksella saadulta hyödyltä, ei konfiskoidakaan, kun hyötyä ei jääkään otettaessa huomioon asianomistajalle tuomittu vahingonkorvaus (tai asianomistajan oikeus vahingonkorvaukseen). Olisi johdonmukaista rinnastaa rikoksen kohteena olleen omaisuuden/sen arvon menettämisseuraamus tässä suhteessa vahingonkorvaukseen.[21]

Säännöstelyrikoslain 4[1] §:n mukaan rikoksentekijä oli »3 §:n mukaisesta seuraamuksesta (so. hyödyn konfiskaatiosta) riippumatta aina» tuomittava menettämään kokonaan tai osaksi se omaisuus tai sen omaisuuden arvo, jonka osalta hän oli ao. määräyksiä rikkonut. Edellä puoltamani ajatus lienee po. säännöksellä siten tullut torjutuksi.[22] Pidettiinkö sitä tarpeellisena siksi, että muutoin olisi ollut meneteltävä toisin? Voitaisiinko näin ollen katsoa, kun valtuusrikoslain vastaavassa 5 §:ssä — eikä liioin RL:ssa — ei tuollaista säännöstä ole, että puoltamani ajatus olisi lainsäätäjän tarkoittama?[23]

VI Käytettävissä oleva tila ei mahdollista ongelman perinpohjaista selvittelyä. Esimerkit riittänevät kuitenkin osoittamaan, että puoltamani laskentasäännön soveltaminen on parhaimmillaan varsin yksinkertaista. Näin on asianlaita silloin, kun siirtyminen todellisesta, rikollisesta toiminnasta hypoteettiseen lailliseen menettelyvaihtoehtoon voidaan toteuttaa vain muutamalla muuttujalla.

---

[21] Viittaan vertailun vuoksi myös alaviitteessä 12 ja sen edellä tekstissä selostettuun oikeuskäytäntöön, jossa hyötynä menetetyksi tuomitusta määrästä on määrätty vähennettäväksi, mitä hallinnollisessa järjestyksessä maksettavaksi pannusta lisätullista saadaan perityksi, sekä *Liljenfeldtin* (DL 1984, 458) selostamaan *VYO:n päätökseen 17. 9. 1982.* Viimeksi mainitussa pysytettiin vesioikeuden päätös, jolla hyödyn menettämisseuraamus oli hylätty. Ottaen huomioon syytetty V:lle määrätyn kaivannon täyttämisvelvollisuuden vesioikeus oli katsonut, ettei V ollut saanut rikoksesta taloudellista hyötyä. — Ks. ennallistamiskustannusten vähennyskelpoisuuden osalta myös *Kom.miet.* 1973: 49, 153.

[22] Ks. myös *Alkio* 1948, 306. — Johdonmukaisempaa olisi kylläkin ollut ilmaista asia toisin päin: arvon konfiskoimisesta riippumatta tuomittakoon menetetyksi hyöty.

[23] Huom. *Kom.miet.* 1973: 49, 153 ja 175, jossa on todettu (ilmeisesti voimassa olevan oikeuden tulkintana), että mikäli tapauksen yhteydessä voidaan soveltaa esinekonfiskaatiota, on hyödystä vähennettävä konfiskoitavien objektien arvo. Ehdottamansa sääntelyn perusteluissa toimikunta taas on huomauttanut, että jos rikokseen sovelletaan myös muita menettämisseuraamuksia kuin laittoman taloudellisen hyödyn konfiskoimista, nämä olisi otettava huomioon hyödyn määrää vähentävinä erinä.

Joskus sitävastoin joudutaan suorittamaan hankalia liiketaloudellisia laskelmia. Aina ei hyödyn tarkkaa määrää silti saada selville. Silloin sääntö antaa lähinnä vain ohjeen, miten asiaa tulisi lähestyä ja minkä asetelman puitteissa jäljempänä käsiteltävää harkintavaltaa voidaan käyttää.

Lopputulos puoltamani laskentasäännön soveltamisesta voi joskus vaikuttaa yllättävältä: laajastakaan rikollisesta toiminnasta (esim. luvattomasta tuonnista) ei ole koitunut konfiskoitavaa hyötyä, koska laillinen vaihtoehto (esim. tuonti jostakin toisesta maasta) olisi ollut tekijälle edullisempaa. Mutta tässä ei ole mielestäni mitään ihmeellistä. Jos rikos ei ole kannattanut, niin silloin ei pidäkään konfiskoida mitään hyötynä. Paheksuva suhtautuminen rikolliseen menettelyyn osoitetaan rangaistuksilla.

Toisaalta on syytä huomata, että laskentasäännön mukaan konfiskointi voi olla mahdollista myös tapauksissa, joissa toiminta on ollut liiketaloudellisesti tappiollista. Rikos on nimittäin voinut auttaa vähentämään tappiota, ja hyöty on silloin juuri siinä. (Ks. myös *Berg ym.* 1985, 415). Esim. *Hyvärisen* (SPL 1985, 278 ja 280—281) laskentasääntöä sovellettaessa konfiskointi ei ilmeisesti olisi nyt mahdollista.

4. Tuomioistuimen harkintavallasta

Seuraavassa en ryhdy pohtimaan, mikä merkitys on RL 2: 16[1]:ssä käytetyllä ilmaisulla »tuomittava»[24], vaan tarkastelen oikeudella hyödyn *määrän* ar-

[24] Todettakoon kuitenkin, että tuomioistuimen harkintavaltaa on sekä puollettu (ks. esim. *Saarni-Rytkölä, Maarit:* Rikoslain 2 luvun 16 §:n 1 momentin tulkinnasta. LM 1964, 387—396 ja *sama:* Vielä rikoslain 2 luvun 16 §:n 1 momentin tulkinnasta. LM 1966, 173—178) että vastustettu (ks. esim. *Alkio,* LM 1950, 64, *Honkasalo,* LM 1950, 791 ja *Hyvärinen,* SPL 1985, 276).

Oikeuskäytännössä on joissakin tapauksissa katsottu, että valtuusrikoslain mukainen hyötykonfiskaatio voidaan lain ehdottomalta vaikuttavasta sanamuodosta huolimatta tuomita osittaisena. Esim. lainvoimaisessa ratkaisussa *KoHO p. 2. 12. 1986 n:o 1946/85 (R 85/801)* HO katsoi, että valtuusrikoslain mukainen hyödyn menettämisseuraamus oli syytettyinä olleisiin henkilöihin kohdistuvana osittain rangaistukseen verrattavaa ja että siten oli kohtuullista tuomita heidät menettämään hyöty vain osittain. Yhtiö, jonka puolesta syytetyt olivat toimineet, tuomittiin sensijaan menettämään koko hyöty. Lainvoimaisessa ratkaisussa *HHO p. 13. 11. 1986 n:o 1489 (R 1984/2664)* puolestaan jäi, kun syyttäjä ei siltä osin edes hakenut muutosta, pysyväksi RO:n päätös, jolla rangaistuksiin tuomitut syytetyt oli kohtuussyistä kokonaan vapautettu valtuusrikoslain mukaisista menettämisseuraamuksista. Yhtiö, jonka puolesta asianomaiset olivat toimineet, sensijaan tuomittiin menettämisseuraamuksiin.

vioimisessa olevaa harkintavaltaa. RL 2: 16[1]:n mukaan »hyöty on oikeuden vapaan harkintansa mukaan arvioitava», minkä katson merkitsevän samaa kuin valtuusrikoslain 4 §:ssä käytetyn ilmaisun »hyöty on oikeuden arvioitava». RL 2: 16[1] on, kuten edellä on jo todettu, nykyisessä muodossaan tosiasiassa peräisin vuodelta 1921, jolloin OK 17 luvun säännökset vielä ilmensivät lakisääntöistä todistusteoriaa. Ne muutettiin vapaan todistusteorian kannalle vasta vuonna 1948. Tätä taustaa vasten katsoisin maininnan »vapaasta harkinnasta» olevan ensisijaisesti vain ilmaus siitä, että tässä erityiskysymyksessä tuomioistuin ei poikkeuksellisesti ollutkaan enää lakisääntöisen todistusteorian sitoma. Lisäksi siinä voidaan nähdä luopumista yleisestä periaatteesta, jonka mukaan todistustaakka rikosasioissa on syyttäjällä.[25] RL 2: 16[1]:ssä ei siten ole kyse harkintaoikeudesta, joka olisi lain säännöksistä vapaata.

Alkion (DL 1945, 181—182) mukaan RL 2: 16[1]:n po. säännös merkitsee, ett tuomioistuin ei ole hyötyä menetetyksi tuomitessaan sidottu virallisen syyttäjän tai asianomistajan enempää kuin syytetynkään esittämiin laskelmiin hyödyn määrästä. Luonnollisena *Alkio* on kuitenkin pitänyt, että tuomioistuimen harkinnan tulee pohjautua objektiivisesti hyväksyttäviin perusteisiin, vaikkakaan tuloksen ei tarvitse olla täysin matemaattisesti niistä johdettavissa. *Honkasalon* (LM 1948, 124—125) mukaan taas oikeuden on, jos hyödystä ei ole riittävää selvitystä, vahvistettava hyöty niin suureksi kuin se ottaen huomioon kaikki esiin tulleet seikat katsoo kohtuulliseksi. »Milloin niistä ei ole saatavana tarpeellista perustaa suurempaan määrään päättyvälle arvioinnille, on noudatettava periaatetta in dubio mitius.»[26]

---

[25] Huom. *Greve, Vagn—Unmack Larsen, Bent—Lindegaard, Per:* Kommenteret straffelov. Almindelig del. 2. omarbejdede udgave. Haderslev 1981, 276 ja *Andenæs* 1974, 464.

[26] Huom. myös *Regeringens proposition* 1981/82: 142, 17—18 ja 30. BrB 36 lukuun lisättiin v. 1982 3 a §, jonka 3 mom:n mukaan, jos näyttöä siitä, mikä po. pykälän nojalla tulee julistaa menetetyksi, ei voida lainkaan esittää tai jos se on vain vaikeuksin esitettävissä, menetettävä määrä saadaan arvioida sen suuruiseksi kuin olosuhteet huomioon ottaen on kohtuullista. Säännöksen valmistelutöissä on huomautettu momentin olevan tarpeellinen siksi, että näytön esittäminen pykälässä tarkoitetusta, elinkeinotoiminnassa tehdyn rikoksen tuottamasta hyödystä on usein hankalaa, minkä vuoksi syyttäjät ja tuomioistuimet täytyy vapauttaa liian laajojen selvitysten suorittamisesta. Vastanäytön esittämisen syyttäjän arviota vastaan on todettu olevan luonnollisesti sallittua. Lähtökohtana arviointisäännöksestä huolimatta on pidetty, että silloin kun se ilman ylivoimaisia vaikeuksia käy päinsä, menettämisvaatimukset ja -ratkaisut on perustettava varmuudella todettuihin seikkoihin. Jos arviointiin joudutaan, on perustelujen mukaan noudatettava varovaisuutta ja otettava huomioon oikeusturvan vaatimukset. Epätietoisessa tapauksessa määrä on vahvistettava »med viss säkerhetsmarginal».

Selostetut tulkinnat vaikuttavat perustelluilta. Lainsäätäjä on niin meillä kuin muuallakin alistunut sen tosiasian edessä, että selvityksen esittäminen hyödyn täsmällisestä määrästä saattaa olla vaikeata tai jopa mahdotonta, ja antanut siksi tuomioistuimille harkintavallan. Mutta jos hyödyn tarkka määrä selvitetään, jonka selvityksen luotettavuuden oikeus harkitsee aivan samalla tavalla kuin minkä tahansa muun näytön luotettavuuden, se on asetettava hyödyn menetetyksi tuomitsemisen pohjaksi. (Ks. myös *Liljenfeldt,* DL 1984, 467—468 ja *Posio—Vähätalo,* Oikeus 1987, 352).

RL 2: 16[1]:ssä tarkoitettu tilanne rinnastuukin paljolti OK 17: 6:ssa säänneltyyn.[27] Sen mukaan, »milloin kysymys on vahingon määrästä eikä siitä ole saatavissa näyttöä tai se on vain vaikeuksin esitettävissä, on oikeudella valta arvioida vahinko kohtuuden mukaan». Kuten *Tirkkonen* (1972, 132) on huomauttanut, OK 17 luv. 6 §:ää ei voida käyttää esim. silloin, kun on näytettävä vastaajan aiheuttaneen vahingon sellaisissa olosuhteissa, että hän lain mukaan on vahingosta vastuussa. Tilanne on saman tyyppinen, kun pohditaan esitettyä näyttöä siitä, ovatko konfiskaation edellytykset käsillä. Toisin sanoen RL 2: 16[1] ei laajenna tuomioistuimen harkintavaltaa sen pohtiessa, onko hyötyä ylipäänsä syntynyt vai ei. Siitä täytyy olla normaali selvitys. Säännös koskee vain näin saaduksi näytetyn hyödyn *määrän* arvioimista.

Myös muiden pohjoismaiden lainsäädäntöön sisältyy vastaavia määräyksiä hyödyn arviointimahdollisuudesta, ja niitä on myös tulkittu vastaavalla tavalla. Ks. esim. Norjan osalta *Andenæs* 1974, 464 ja Tanskan osalta *Greve ym.* 1981, 276.

Ks. myös Saksan liittotasavallan osalta StGB 73 b § ja sen johdosta *Schönke, Adolf—Schröder, Horst:* Strafgesetzbuch. Kommentar. 23., neubearbeitete Auflage. Nördlingen 1988, 803—804.

[27] Tällaisen rinnastuksen on tehnyt myös *Tirkkonen.* Ks. *Tirkkonen, Tauno:* Suomen rikosprosessioikeus II. Toinen, uusittu painos. Porvoo 1972, 132; ks. myös *Honkasalo,* LM 1948, 124.

Teoksen kirjoittajat

Anttila, Inkeri, LaT, VTL, VT, täysinpalvellut rikosoikeuden professori, Helsingin yliopisto

Backman, Eero, OTL (väit.), VTK, rikosoikeuden professori, Turun yliopisto

Ervasti, Kaijus, oikeust.yo., Helsingin yliopisto

Frände, Dan, OTL (väit.), VT, tutkija, Helsingin yliopisto

Helminen, Klaus, OTL, VT, poliisineuvos, johtaja, Poliisiopisto

Jescheck, Hans-Heinrich, Dr.jur., Dr.jur. h.c. mult., täysinpalvellut rikosoikeuden professori ja Max-Planck-Institut für ausländisches und internationales Strafrecht -laitoksen johtaja, Freiburg i.Br., Saksan liittotasavalta

Jonkka, Jaakko, OTL, VT, rikosoikeuden vs. assistentti, Helsingin yliopisto

Kekkonen, Jukka, OTT, VT, oikeushistorian dosentti, Helsingin yliopisto

Kiuru, Hannu, OTL, VT, esittelijäneuvos, Korkein oikeus

Kivivuori, Antti, OTT, Kauniainen

Klami, Hannu Tapani, OTT, HuK, yleisen oikeustieteen professori, Uppsalan yliopisto; yleisen oikeustieteen ja kansainvälisen yksityisoikeuden professori, Helsingin yliopisto

Lahti, Raimo, OTT, VTK, VT, rikosoikeuden professori, Helsingin yliopisto

Lappi-Seppälä, Tapio, OTT, rikosoikeuden dosentti, Helsingin yliopisto; vs. lainsäädäntöneuvos, oikeusministeriö

Laukkanen, Vesa, OTL, VT, tutkija, Freiburg i.Br.

Lehtimaja, Lauri, OTL, VT, esittelijäneuvos, Eduskunnan oikeusasiamiehen kanslia

Lång, K.J., LOK, hallitusneuvos, vankeinhoitolaitoksen ylijohtaja, osastopäällikkö, oikeusministeriö

Majanen, Martti, OTT, VT, rikosoikeuden apulaisprofessori, Helsingin yliopisto

Nuotio, Kimmo, OTK, tutkija, Helsingin yliopisto

Nuutila, Ari-Matti, OTK, prosessioikeuden assistentti, Turun yliopisto

Pajuoja, Jussi, OTL, tutkimusassistentti, Suomen Akatemia

Palmén, Harri, OTL, rikosoikeuden assistentti, Helsingin yliopisto

Sevón, Kjell, OTK, rikos- ja prosessioikeuden laitoksen vs. amanuenssi, Helsingin yliopisto

Träskman, P. O., OTT, rikos- ja prosessioikeuden ruots. professori, Helsingin yliopisto

Tuovinen, Timo, OTK, M. Phil. (criminology), rikos- ja prosessioikeuden vs. yliassistentti, Turun yliopisto

Tyynilä, Markku, OTT, oikeushistorian dosentti, Helsingin yliopisto; lainsäädäntöneuvos, oikeusministeriö

Törnudd, Patrik, VTL, johtaja, Oikeuspoliittinen tutkimuslaitos

Unkuri, Marja-Terttu, OTK, avustava lakimies, Asianajotoimisto Becker & Wesamaa, Helsinki

Utriainen, Terttu, OTT, VT, rikosoikeuden professori, Lapin korkeakoulu

Wahlberg, Markus, OTL, FK, tutkimusassistentti, Suomen Akatemia

Viljanen, Pekka, OTT, VT, rikos- ja prosessioikeuden apulaisprofessori, Turun yliopisto

Ylikangas, Heikki, FT, oikeushistorian ja roomalaisen oikeuden professori, Helsingin yliopisto