SUOMALAISEN LAKIMIESYHDISTYKSEN JULKAISUJA
A-sarja N:o 216

Kimmo Nuotio

TEKO, VAARA, SEURAUS

Rikosvastuun filosofisista, kriminaalipoliittisista ja lainopillisista perusteista

Mit deutscher Zusammenfassung

SUOMALAISEN LAKIMIESYHDISTYKSEN
JULKAISUJA

A-sarja N:o 216

SUOMALAISEN LAKIMIESYHDISTYKSEN JULKAISUJA
A-sarja N:o 216

KIMMO NUOTIO

TEKO, VAARA, SEURAUS

Rikosvastuun filosofisista, kriminaali-poliittisista ja lainopillisista perusteista

Mit deutscher Zusammenfassung

HELSINKI 1998

TEKO, VAARA, SEURAUS

Rikosvastuun filosofisista, kriminaalipoliittisista ja lainopillisista perusteista

KIRJOITTANUT

KIMMO NUOTIO

OIKEUSTIETEEN LISENSIAATTI, VARATUOMARI

Yliopistollinen väitöskirja, joka Helsingin yliopiston oikeustieteellisen tiedekunnan suostumuksella esitetään julkisesti tarkastettavaksi Porthanian luentosalissa III lauantaina 25. huhtikuuta 1998 kello 10.

SUOMALAINEN LAKIMIESYHDISTYS

© 1998 Suomalainen Lakimiesyhdistys
ja Kimmo Nuotio

ISSN 0356-7206 (painettu)

ISBN 951-855-169-3 (kovakantinen)
ISSN 2814-8053 (verkkojulkaisu)
ISBN 978-951-855-683-4 (PDF)

Vammalan Kirjapaino Oy Vammala 1998

Äidin muistolle

ESIPUHE

Tahko Pihkala puhui aikanaan hitaasti kiiruhtamisesta. Näin jälkeen päin huomaan sanojen kuvaavan myös tämän tutkimuksen syntytapaa. Tulosvastuuajattelun ilmapiirissä hitaus on yksinomaan negatiivinen ilmaisu, tehottomuutta. Jos erehtyy valitsemaan tutkimuskohteekseen oikeudellisen vastuun perusrakenteita koskevan teeman, huomaa pian aiheen vaativan pitkäaikaista penkomista ja kypsyttelyä. Luetut tekstit herättivät lisää kysymyksiä ja johtivat toisten äärelle. Alkuaan sivupolulta tuntunut teema vaarantamisesta lähti viemään, mikä johti uudenlaiseen painotukseen koko tutkimuksessa. Tällainen työskentelytapa vaatii ihmettelyn kykyä ja etsiskelyn silmää. Saksalaisen kirjaston pölyisimmiltä hyllyiltä sattui löytymään tutkimusta eteenpäin vieviä näkökulmia. Ymmärtäminen edellyttää avoimuutta ja valmiutta uusiin tulkintoihin. Toisaalta oma kriittinen ääni pitää myös saada esiin. Traditiolle pitää panna kampoihin, mutta sitä pitää myös kuunnella, saada yhteys sen muistiin. Kriittistä mutta ymmärtävää tutkimusta ei kenties voi täysin suunnitella etukäteen. Se on outo lintu nykyisessä tieteen suunnitelmataloudessa.

Kiiruhtamistakin tarvitaan. Tutkijayhteisössä tiettyä painetta työn valmistumiseen syntyy kuin itsestään. Ilman tällaista painetta verkkainen tutkimusrytmi ei johtaisi valmiiseen tutkimukseen. Asteittain tällainen paine on kohonnut. Myös kirjoitustahti on sitä myöten tiivistynyt. Tulokset ovat kaikkien nähtävillä. On iloinen kiitosten aika.

Minua ympäröivä ystävä- ja tutkijajoukko on tarjonnut työlle välttämättömän, motivoivan taustayhteisön. Vuosien kuluessa olen huomannut tällaisen henkisen infrastruktuurin olennaisen merkityksen. Olen saanut olla mukana lukuisissa tutkija- ja lukupiireissä, tieteellisissä yhdistyksissä sekä toimitella lehtiä ja julkaisuja.

Professori *Raimo Lahti* on värvännyt minut taloon ja osoittanut luottamusta vuosien kuluessa monin tavoin. Häneltä on aina riittänyt suurta kiinnostusta erilaisia tekeleitäni kohtaan, joita olen vuosien mittaan läjäpäin kantanut hänen luettavakseen. Professori *Dan Frände* on toiminut työn esitarkastajana ja ottanut vastatakseen lisäksi suuritöisestä vastaväittäjän tehtävästä. Hän kuuluu niihin tärkeisiin, ensimmäisiin tutkijakontakteihin, joita sain keltanokkana tutkijana. Toiseksi esitarkastajaksi lupautui professori *Eero Backman*. Hänkin näki asiassa suuren vaivan – käsikirjoitus palautui koirankor-

ville luettuna. Professori *Pekka Koskinen* on viisaan akateemikon perikuva, joka on kauniisti radikalisoitunut iän myötä. Monelta muultakin olen ehtinyt saada oppia. Nimeltä voin tässä mainita ainoastaan muutaman, muita vain mielessäni muistaen.

Johtaja, OTT *Tapio Lappi-Seppälältä* olen oppinut paljon niin oikeudesta kuin elämästä. Myös apulaisprofessori *Ari-Matti Nuutilan* tutkimusintressit ovat usein sivunneet omiani. Yhteisistä keskusteluista on jälkiä tässäkin työssä. OTL *Raimo Siltalan* kanssa olen monesti puinut niin tieteellisiä kuin mitä epätieteellisimpiäkin kysymyksiä. Kansliapäällikkö, OTT *Jaakko Jonkka* oli assistenttiaikanaan läheisimpiä keskustelukumppaneitani. Professori *Juha Pöyhönen* on esimerkillään näyttänyt, että oikeustieteestä voi innostua. OTL *Markus Wahlberg* on opettanut minulle idealismia, OTL *Jussi Matikkala* realismia. Kolmen viime mainitun lisäksi OTK *Kristina Andström* on lukenut käsikirjoituksen. He ovat kaikki tehneet siihen hyödyllisiä huomautuksia. VN *Salli Gargoulas* on tehnyt tutkimusapulaisenani arvokasta työtä.

Perheeni on saanut kantaa raskaimman taakan etenkin kiiruhtamisen ollessa kiivaimmillaan. Vaimoni *Annaliinan* sitkeyttä ja lempeyttä saan monesta hyvästä kiittää. *Aino, Joel* ja *Tuomas* ovat saaneet tottua paljon poissa olevaan isään. En kadu silti näitäkään vuosia. Kaikilta heiltä olen saanut työhön ja elämiseen tarvittavaa voimaa. Myös isäni ja appivanhempani ovat olleet tärkeämpiä taustavoimia kuin arvaavatkaan.

Päivänpaisteisen vuoden 1993 saatoin perheeni kanssa viettää Freiburgissa Saksassa. Monille suomalaisille tuttu tri *Karin Cornils* oli monessa hyvänä haltijattarenamme. Max Planck -instituutin kirjasto loi hienot puitteet kirjoitustyön käynnistämiselle. Tahdon kiittää niiden lukuisten muidenkin kirjastojen henkilökuntaa, jotka ovat palvelleet minua näiden vuosien aikana. Hyvät kirjastot ovat tutkimustyön ulkonaisista edellytyksistä yksi tärkeimpiä.

Tutkimustyö vaatii henkisen pääoman lisäksi myös taloudellista. Kiitän saamastani tuesta Helsingin yliopistoa, Koneen Säätiötä, Antti Tulenheimon muistorahastoa, Deutscher Akademischer Austauschdienstiä, Emil Aaltosen säätiötä, WSOY:n kirjallisuussäätiötä sekä Suomen Kulttuurirahastoa. Suomalainen Lakimiesyhdistys on kustantanut teoksen. Vammalan Kirjapaino Oy on huolehtinut kirjan painamisesta nopeasti ja luotettavasti. Lehtori *Helmut Diekmannia* kiitän yhteenvedon ripeästä ja onnistuneesta saksannoksesta.

Helsingissä, kohta Tuomaksen synttärin jälkeen,
tammikuun 12. päivän iltana

Kimmo Nuotio

SISÄLLYS

ESIPUHE VII

SISÄLLYS IX

KIRJALLISUUS XIII

LYHENTEITÄ XLIII

1. JOHDANTO

1.1 Aluksi 1
1.2 Tutkimuksen rikosoikeusideologisista lähtökohdista 4
1.3 Modernin rikosoikeuden identiteetti: tehtävänasettelua 7
1.4 Tutkimuksen rakenne 16

I LUKU
RIKOSOIKEUDEN SYSTEMATISOINNISTA JA RIKOSOPPIIN VALITTAVASTA NÄKÖKULMASTA

1. Nykyajan rikosoikeus 20
   1.1 Oikeusperiaatteet ja laintulkinta 21
   1.2 Mitä rikosoikeudessa oletetaan yhteiskunnasta? 26
2. Yleisten oppien perusteita 30
   2.1 Rikosoikeuden peruskäsitteet 38
   2.2 Rikosoikeuden dogmit ja konstruktiot 42
3. Rikosvastuun mallit 46
   3.1 Rikosvastuun mallien perusteista 46
      3.1.1 Käyttäytymisnormi vastuumallin osana 49
      3.1.2 Käyttäytymissäännöt, soveltamisperiaatteet ja seurauksen syyksilukeminen 51
      3.1.3 Liberalismi vastaan hyvinvointivaltiollisuus 53
      3.1.4 Rikosvastuun mallin edellytyksiä 55
   3.2 Rikosvastuun mallien kehityksestä 56
4. Yleisen rikosopin asema ja perustelutavat 60
   4.1 Roxinin kriminaalipoliittisesti perusteltu rikosoikeuskäsitys 60
   4.2 Kriminaalipoliittisen suuntautumisen ongelmakohtia 68
   4.3 Naucken oikeusvaltiollis-praktinen yleinen rikosoppi 71
   4.4 Naucken lähestymistavan ongelmia 80
   4.5 Ratkaisun luonnostelua vastakohdan luomaan ongelmaan 82
   4.6 Habermas oikeusparadigmoista 93
   4.7 Dworkin: oikeus integriteettinä 99
   4.8 Oikeusajattelun traditio ja rikoslainopin käsitteellistäminen 108

4.9 Funktionalistisen rikosoikeusopin variaatiot ja kritiikit 120
4.10 Johtopäätöksiä 128

II LUKU
KAUSAALISUUS JA SYYKSILUKEMINEN

1. Kausaalisuus 133
1.1 Aluksi 133
1.2 Kausaalisuus arkiajattelussa 135
1.3 Filosofinen keskustelu kausaalisuudesta 136
1.4 Popper ja »objektiivinen tieto» 142
1.5 Pohdintaa rikosoikeuden teoriaa silmällä pitäen 144
1.6 Rikosoikeudellisten kausaalisuusoppien varhaisvaiheista 149
1.7 Kausaalisuus ja »elämän säännöt» 154
1.8 Todennäköisyysteoreettinen kausaalisen syyksilukemisen sääntö 161
1.8.1 Yhteiskunnallisemman ajattelun haasteet klassiselle rikosoikeuskäsitykselle 161
1.8.2 Adekvaatti kausaalisuus von Kriesin mukaan 164
1.8.3 Yhteiskunnan massailmiöiden tutkimus ja hallinta 172
1.8.4 Von Kriesin opin merkityksestä 174
1.9 Naturalistisen syyksilukemisopin kritiikit 175
1.9.1 Larenz ja Honig 175
1.9.2 Hardwig 179
1.9.3 Lampen funktionaalis-kausaalinen syyksilukemisoppi 186
1.10 Teon ja seurauksen luonnonlainmukainen yhteys 191
2. Kausaalisuus ja syyksilukeminen merkityksenantoa koskevana kysymyksenä: Max Weber ja Hans Kelsen 197
2.1 Weber adekvaatista kausaalisuudesta 197
2.2 Kelsen normatiivisesta syyksilukemisesta 210
2.3 Tyyppi ja teon sosiaalinen merkitys 217
2.3.1 Tekijätyypit 217
2.3.2 Hermeneuttinen tyyppiteoria 219
2.3.3 Tutkimusteeman edelleenkehittelyä 223
3. Kausaalisuus ja syyksilukeminen angloamerikkalaisessa lainopissa ja Model Penal Codessa 227
3.1 Jerome Hallin teoria kuvauksena voimassaolevasta rikosoikeudesta 227
3.1.1 Hall kausaalisuusperiaatteesta 230
3.1.2 Hallin teorian arviointia 235
3.2 Hart ja Honoré: kausaalisen kielenkäytön analytiikka 237
3.2.1 Oikeudellinen kausaalisuuskäsitteistö 240
3.2.2 Hartin ja Honorén teorian merkityksestä 249
3.3 Model Penal Code kausaalisuudesta ja tuottamuksesta 250
3.3.1 Model Penal Coden syyllisyysoppi 252
3.3.2 Model Penal Coden kausaalisuusoppi 255
3.3.3 Arviointia 259
3.4 Model Penal Coden jälkeen: Fletcherin polysentrinen rikosoppi 264

4. Kausaalisuus ja normatiivinen syyksilukeminen ... 272
4.1 Kausaalisuus ... 272
4.1.1 Oppi syy-yhteydestä ... 274
4.1.2 Erityiskysymyksiä ... 286
4.1.2.1 Teon ja laiminlyönnin erottelu ... 286
4.1.2.2 Laiminlyönnin kausaalisuus ... 287
4.2 Normatiivisista seurauksen syyksilukemisopeista ... 291
4.2.1 Taustaksi Roxinin ajatuksille objektiivisesta syyksilukemisesta .. 291
4.2.2 Roxin seurauksen objektiivisesta syyksilukemisesta ... 299
a) Riskin vähentäminen ... 300
b) Onko syntynyt oikeudellisesti relevantti riski ... 301
c) Sallitun riskin lisääminen ... 301
d) Normin suojelupiiri ... 305
4.2.3 Roxinin opin arviointia ... 307
4.2.4 Jareborg teon huolimattomuudesta ... 311
4.2.5 Kotimaisia kehittelyitä ... 320

III LUKU
SYYKSILUKEMINEN VAARANTAMISRIKOKSISSA

1. Johdanto ... 329
2. Esimerkki 1: Rattijuopumus ... 330
2.1 Rattijuopumuksen vaarallisuudesta ... 330
2.2 Rattijuopumuskriminalisoinneista eräissä maissa ... 341
2.2.1 Pohjoismaat ... 341
2.2.2 Saksa ... 348
2.3 Rattijuopumuskriminalisointi vaarantamisrikoksena ... 352
2.3.1 Vaarantamista koskeva vaatimus tunnusmerkistötekijänä ... 353
2.3.2 Vaarakäsitteistön perusteista ... 362
2.3.3 Vaarantamisen käytännöllisestä arvioinnista ... 370
2.3.4 Vaara ja ulkoinen huolimattomuus ... 376
2.3.5 Konkreettinen vaara ... 379
2.3.6 Abstrakti vaara ... 382
2.3.7 Tekotyypit ja kommunikatiivinen toiminta ... 386
2.3.8 Tekotyyppiajattelu ja vaarantamisen arviointi ... 395
2.3.9 Teonkuvaus ja teon tyypittely ... 411
2.3.10 Rattijuopumuksen suhde liikenteen vaarantamiseen ... 422
2.3.11 Rattijuopumuksen yleisvaarallisuus? ... 427
2.3.12 Rattijuopumus ja seurausten syyksilukeminen ... 429
3. Esimerkki 2: Yleisvaaralliset rikokset ... 436
3.1 Yleisvaarallisten rikosten historiallinen tausta ja nykyiset säännökset ... 436
3.2 Yleisen vaaran määrittäminen ... 440
3.3 Konkreettisesta yleisestä vaarasta »on omiaan» yleiseen vaaraan ... 452
3.4 Yhteiskunnan tärkeän toiminnon vakava vaarantaminen ... 466
3.5 Lainuudistus ja syyksilukemismallien rakenteet ... 467
4. Politia, vaara, todistusharkinta ... 471

4.1 Politiaoikeuden ja vaarantamisrikosten kehityksestä 474
4.2 Kokemusperäisten kriteerien esiinnousu todistus- ja syyksilukemis-opeissa 485

IV LUKU
SYYKSILUKEMISEN JUSTIFIKAATIO

1. Yleisiä näkökohtia 493
2. Rikosoikeus ja arvot 496
3. Rikosoikeuden pragmaattis-rationaalisen justifikaation ehdot 502
4. Rikosoikeuden utilitaristisen perustelun rajoituksista 517
5. Rikosoikeuden abolitionistinen kritiikki 527
6. Oikeuspositivistisen ajattelun laventaminen? 540

ZUSAMMENFASSUNG 549

OIKEUSTAPAUSHAKEMISTO 571

ASIAHAKEMISTO 572

HENKILÖHAKEMISTO 575

KIRJALLISUUS

Aarnio, Aulis (1975)
Laki, teko ja tavoite. Forssa 1975.

Aarnio, Aulis (1984)
Paradigms in Legal Dogmatics. Toward a Theory of Change and Progress in Legal Science. A. Peczenik, L. Lindahl, B. van Roermund (Ed.), Theory of Legal Science. Dordrecht, Boston, Lancaster 1984, 25–38.

Aarnio, Aulis (1987)
The Rational as Reasonable. A Treatise on Legal Justification. Dordrecht 1987.

Aarnio, Aulis (1989)
Laintulkinnan teoria. Yleisen oikeustieteen oppikirja. Porvoo–Helsinki–Juva 1989.

Aarnio, Aulis (1997)
Reason and Authority. A Treatise on the Dynamic Paradigm of Legal Dogmatics. Cambridge 1997.

Achenbach, Hans (1984)
Individuelle Zurechnung, Verantwortlichkeit, Schuld. B. Schünemann (Hrsg.), Grundfragen des modernen Strafrechtssystems. Berlin, New York 1984, 135–151.

Alanen, Aatos (1937)
Objektiivisen vaaran käsite rikosoikeudessa. Helsinki 1937.

Albert, Hans (1985)
Treatise on Critical Reason. Princeton, New Jersey 1985.

Alexy, Robert (1983)
Theorie der juristischen Argumentation. Frankfurt a.M. 1983 (1978)

Alexy, Robert (1986)
Theorie der Grundrechte. Frankfurt a.M. 1986.

ALI (1985)
American Law Institute. Model Penal Code and Commentaries (Official Draft and Revised Comments). Part I. General Provisions §§ 1.01 to 2.13. Philadelphia 1985.

Amelung, Knut (1972)
Rechtsgüterschutz und Schutz der Gesellschaft. Untersuchungen zum Inhalt und zum Anwendungsbereich eines Strafrechtsprinzips auf dogmengeschichtlicher Grundlage. Zugleich ein Beitrag zur Lehre von der »Sozialschädlichkeit» des Verbrechens. Frankfurt a.M 1972.

Ancel, Marc (1966)
Die neue Sozialverteidigung. Eine Bewegung humanistischer Kriminalpolitik. Tübingen 1966.

Andenaes, Johannes (1988)
The Scandinavian Experience. M. D. Laurence, J. R. Snortum, F. E. Zimring (Ed.),

Social Control of the Drinking Drivers. Chicago, London 1988, 43–63.

Andenæs, Johs. (1997)
Alminnelig strafferett. 4. utgave. Oslo 1997.

Andersson, Håkan (1993)
Skyddsändamål och adekvans. Om skadeståndsansvarets gränser. Uppsala 1993.

Anttila, Inkeri (1969)
Syyllisyysvastuuta kohti. LM 1969, 625–648.

Appel, G. Heinz (1930)
Die Verbrechen der Gefährdung von Leib und Leben nach deutschem Recht. Köln 1930.

Aristoteles (1990)
Metafysiikka. Suom. T. Jatakari, K. Näätsaari ja P. Pohjanlehto. Helsinki 1990.

Aron, Raymond (1948)
Introduction to the Philosophy of History. London 1948.

Aschaffenburg, Gustav (1908)
Geschworenengerichte und Sachverständigentätigkeit. W. Mittermaier, M. Liepmann (Hrsg.), Schwurgerichte und Schöffengerichte. Heidelberg 1908, 107–115.

Ashworth, Andrew (1995)
Principles of Criminal Law. Second Edition. Oxford 1995.

Atiyah, P. S. (1987)
Pragmatism and Theory in English Law. London 1987.

Atiah, P. S. – Cane (1993) Ks. Cane.

Backman, Eero (1976)
Rikoslaki ja yhteiskunta I. Vammala 1976.

Backman, Eero (1990)
Lausunto ns. tupakkaoikeudenkäynnissä. Teoksessa Makroluokan rikosoikeutta. Tupakkamies vastaan Rettig Oy ja Suomen Tupakka Oy. Asian yhdeksäs käsittely Helsingin raastuvanoikeudessa. Helsinki 1990, 167–217.

Backman, Eero (1992)
Oikeustiede yhteiskuntatieteenä. Tutkimuksia oikeustieteen luonteesta erityisesti rikosoikeuden kannalta. Helsinki 1992.

Bar, L. von (1865)
Recht und Beweis im Geschworenengericht. Hannover 1865.

Bar, L. von (1871)
Die Lehre vom Causalzusammenhange im Rechte, besonders im Strafrechte. Leipzig 1871.

Bar, L. von (1907)
Gesetz und Schuld im Strafrecht. Band II. Berlin 1907.

Beauchamp, Tom L. (1974)
Philosophical Problems of Causation. Encino and Belmont. Kalifornia 1974.

Beccaria, Cesare (1977)
Dei delitti e delle pene. Om brott och straff. Stockholm 1977.

Beckman, Nils ym. (1990)
Brottsbalken jämte förklaringar. Band II. Brotten mot allmänheten och staten mm. Sjätte upplagan 1990.

Beling, Ernst (1930)
Die Lehre vom Tatbestand. Tübingen 1930.
Bentham, Jeremy (1982)
An Introduction to the Principles of Morals and Legislation. London, New York 1982 (1783).
Berger, Peter L. – Luckmann, Thomas (1994)
Todellisuuden sosiaalinen rakentuminen. Helsinki 1994.
Biberg, N. F. (1830)
Samlade skrifter. C. O. Delldén (utg.). Tredje delen. Uppsala 1830.
Binding, Karl (1872)
Die Normen und ihre Übertretung. Eine Untersuchung über die rechtmäßige Handlung und die Arten des Delikts. Erster Band. Leipzig 1872.
Binding, Karl (1916)
Die Normen und ihre Übertretung. Eine Untersuchung über die rechtmäßige Handlung und die Arten des Delikts. Zweiter Band. Schuld und Vorsatz. Leipzig 1916.
Binding, Karl (1919)
Die Normen und ihre Übertretung. Eine Untersuchung über die rechtmäßige Handlung und die Arten des Delikts. Vierter Band. Die Fahrlässigkeit. Leipzig 1919.
Bindokat, Heinz (1977)
Versari in re illicita und Erfolgszurechnung. JZ 1977, 549–552.
Birkmeyer, Karl (1885)
Ursachenbegriff und Kausalzusammenhang im Strafrecht. Rostock 1885.
Bonß, Wolfgang (1995)
Vom Risiko. Unsicherheit und Ungewißheit in der Moderne. Hamburg 1995.
Bottke, Wilfried (1995)
Assoziationsprävention. Zur heutigen Diskussion der Strafzwecke. Berlin 1995.
Brudner, Alan (1993)
Agency and Welfare in the Penal Law. St. Shute, J. Gardner, J. Horder (Ed.), Action and Value in Criminal Law. Oxford 1993, 21–53.
Brusiin, Otto (1938)
Tuomarin harkinta normin puuttuessa. Vammala 1938.
Buri, Maximilian von (1873)
Ueber Causalität und deren Verantwortung. Leipzig 1873.
Caenegem, R. C. van (1987)
Judges, Legislators and Professors. Chapters in European Legal History. London etc. 1987.
Cane, Peter (1993)
Atiyah's Accidents, Compensation and the Law. Fifth Edition. London, Dublin, Edinborough 1993.
Christie, Nils (1993)
Kohti vankileirien saaristoa? Rikollisuuden kontrolli teollisuutena länsimaissa. Helsinki 1993.
Cohen, L. Jonathan (1977)
The Probable and the Provable. Oxford 1977.

Cotterell, Roger (1989)
The Politics of Jurisprudence. A Critical Introduction to Legal Philosophy. London, Edinburgh 1989.
Dahm, Georg (1935)
Verbrechen und Tatbestand. Berlin 1935.
Derrida, Jacques (1976)
Of Grammatology. Transl. by Spivak. Baltimore, London 1976.
Derrida, Jacques (1992)
Force of Law: The »Mystical Foundation of Authority«. Dr. Cornell, M. Rosenfeld, D. G. Carlson, (Ed.), Deconstruction and the Possibility of Justice. New York, London 1992, 3–67.
Dimitratos, Nikolaos (1989)
Das Begriffsmerkmal der Gefahr in den strafrechtlichen Notstandsbestimmungen. München 1989.
Donelson, Alan C. (1988)
The Alcohol-Crash Problem. M. D. Laurence, J. R. Snortum, F. E. Zimring (Ed.), Social Control of the Drinking Drivers. Chicago and London 1988, 3–40.
Dreher, Eduard (1987)
Die Willensfreiheit. Ein zentrales Problem mit vielen Seiten. München 1987.
Dworkin, Ronald (1977)
Taking Rights Seriously. London 1977.
Dworkin, Ronald (1986)
Law's Empire. 1986.
Döpfer, Ute (1994)
Die Ontologie der sozialen Rolle als Grundlage strafrechtlicher Entscheidungen. Baden-Baden 1994.
Eggleston, Richard (1983)
Evidence, Proof and Probability. Second Edition. London 1983.
Ehrström, Karl Gustaf (1994)
Föreläsningar över straffrättens allmänna läror. Red. Markus Wahlberg. Helsingfors 1994.
Ekelöf, Per Olof – Boman, Robert (1992)
Rättegång. Fjärde häftet. Sjätte upplagan. Göteborg 1992.
Ellilä, Reino (1974)
Uusittu liikennerikosoikeus. Porvoo, Helsinki 1974.
Engisch, Karl (1930)
Untersuchungen über Vorsatz und Fahrlässigkeit im Strafrecht. Berlin 1930 (Neudruck 1995)
Engisch, Karl (1931)
Die Kausalität als Merkmal der strafrechtlichen Tatbestände. Tübingen 1931.
Erenius, Gillis (1976)
Criminal Negligence and Individuality. Stockholm 1976.
Eriksson, Lars D. (1977)
Straffrättskommittens anatomi. Oikeus 1977, 72–80.
EU:n tiedote (1995)
Euroopan komissio. Euroopan unionin tiedote 7/8, 1995.

Ewald, François (1986/1993)
L'Etat providence. Paris 1986. Osittainen saksannos: Der Vorsorgestaat. Frankfurt a.M. 1993.
Fattah, Ezzat A. (1992)
Beyond Metaphysics: The Need for a New Paradigm. R. Lahti, K. Nuotio (toim.), Criminal Law Theory in Transition. Helsinki 1992, 64–101.
Feinberg, Joel (1984–1988)
The Moral Limits of the Criminal Law. Vol. One – Four. New York, Oxford 1984–1988.
Feyerabend, Paul K. (1981)
Probleme des Empirismus. Ausgewählte Schriften. Band 2. Braunschweig, Wiesbaden 1981.
Fish, Stanley (1989)
Doing what comes naturally. Change, Rhetoric, and the Practice of Theory in Literary and Legal Studies. Oxford etc. 1989.
Fletcher, George P. (1971)
The Theory of Criminal Negligence: A Comparative Analysis. 119 University of Pennsylvania Law Review (1971), 401–438.
Fletcher, George P. (1978)
Rethinking Criminal Law. Boston, Toronto 1978.
Fletcher, George P. (1985)
Paradoxes in Legal Thought. 85 Columbia Law Review (1985), 1263–1292.
Forsman, Jaakko (1896)
Anteckningar enligt professor Jaakko Forsmans föreläsningar öfver de särskilda brotten enligt strafflagen af den 19 december 1889. Utg. av L. Aspegren och E. Saxén. Helsingfors 1896.
Forsman, Jaakko (1900)
Anteckningar enligt professor Jaakko Forsmans föreläsningar öfver straffrättens allmänna läror. Utgifna af Lars Wasastjerna. Andra upplagan. Helsingfors 1900.
Foucault, Michel (1980)
Tarkkailla ja rangaista. Suom. E. Nivanka. Keuruu 1980 (1975).
Frisch, Wolfgang (1983)
Vorsatz und Risiko. Grundfragen des tatbestandsmäßigen Verhaltens und des Vorsatzes. Zugleich ein Beitrag zur Behandlung außertatbestandlicher Möglichkeitsvorstellungen. Köln, Berlin, Bonn, München 1983.
Frisch, Wolfgang (1988)
Tatbestandsmäßiges Verhalten und Zurechnung des Erfolgs. Tübingen 1988.
Frisch, Wolfgang (1993)
An den Grenzen des Strafrechts. Küper, Welp (Hrsg.), Beiträge zur Rechtswissenschaft. Festschrift für Walter Stree u. Johannes Wessels. Heidelberg 1993, 69–106.
Frände, Dan (1989)
Den straffrättsliga legalitetsprincipen. Ekenäs 1989.
Frände, Dan (1990)
Farebegreppet och strafflagsreformen. JFT 1990, 95–115.

Frände, Dan (1991)
Vaarantamisrikosten rakenne ja legitimaatio. Lakimies 89/1991, 847–866.
Frände, Dan (1994)
Allmän straffrätt. En introduktion. Helsinki 1994.
Frände, Dan (1994a)
Faredeliktens allmänna läror. Oikeustiede – Jurisprudentia XXVII (1994), 5–103.
Frände, Dan (1994b)
Oikeustapauskommentaari KKO 1993:41. LM 1994, 363–371.
Frände, Dan (1997)
K.arv. teoksesta *Nuutila* 1996. JFT 1997, 213–222.
Frände, Dan – Nuutila, Ari-Matti (1996)
Oikeustapauskommentaari KKO 1994:101. LM 3/1996, 489–496.
Gadamer, Hans-Georg (1990)
Wahrheit und Methode. Grundzüge einer philosophischen Hermeneutik. 6. painos. Tübingen 1990 (1960).
Gainer, Ronald L. (1988)
The Culpability Provisions of the Model Penal Code. 19 Rutgers Law Journal 1988, 575–591.
Gardberg, C. J. – Ranta, Raimo – Nikula, Oscar – Lilius, Henrik (1981)
Suomen kaupunkilaitoksen historia 1. Keskiajalta 1870-luvulle. Vantaa 1981.
Garland, David (1990)
Punishment and Modern Society. A Study in Social Theory. New York 1993.
Giddens, Anthony (1993)
The Consequences of Modernity. 2. uusintapainos. Cornwall 1993 (1990).
Globig, Hanns Ernst von (1806)
Versuch einer Theorie der Wahrscheinlichkeit zur Gründung des historischen und gerichtlichen Beweises. Regensburg 1806.
Goodman, Nelson (1954)
Fact, Fiction, & Forecast. Bristol 1954.
Graul, Eva (1989)
Abstrakte Gefährdungsdelikte und Präsumtionen im Strafrecht. Berlin 1989.
Greve, Vagn (1979)
Studier i færdselsstrafferet. (Ei painopaikkaa) 1979.
Greve, Vagn (1992)
On Negligence. R. Lahti, K. Nuotio (Ed.), Criminal Law Theory in Transition. Helsinki 1992, 396–406.
Greve, Vagn – Lodberg, Poul (1987)
Færdselsstrafferet. København 1987.
Günther, Klaus (1988)
Der Sinn für Angemessenheit. Frankfurt a.M. 1988.
Günther, Klaus (1994)
Individuelle Zurechnung im demokratischen Verfassungsstaat. Jahrbuch für Recht und Etik. Band 2 (1994), 143–157.
Habermas, Jürgen (1973)
Erkenntnis und Intresse. Mit einem neuen Nachwort. Frankfurt a.M. 1973.

Habermas, Jürgen (1983)
Die Philosophie als Platzhalter und Interpret. Moralbewußtsein und kommunikatives Handeln. Frankfurt a.M. 1983, 9–28.
Habermas, Jürgen (1987)
Theorie des kommunikativen Handelns. Band 1. Handlungsrationalität und gesellschaftliche Rationalisierung. Vierte Auflage. Frankfurt a.M. 1987.
Habermas, Jürgen (1987a)
J. Kotkavirta (toim.), Järki ja kommunikaatio. Jürgen Habermas. Tekstejä 1981–1985. Helsinki 1987.
Habermas, Jürgen (1992)
Faktizität und Geltung. Beiträge zur Diskurstheorie des Rechts und des demokratischen Rechtsstaats. Zweite Auflage. Frankfurt a.M. 1992.
Hall, Jerome (1949)
Living Law of Democratic Society. Indianapolis 1949.
Hall, Jerome (1960)
General Principles of Criminal Law. Second Edition. Indianapolis, New York 1960.
Hall, Jerome (1963)
Negligent Behavior Should Be Excluded from Penal Liability. 63 Columbia Law Review (1963), 632–644.
Hall, Jerome (1963a)
Science, Common Sense and Criminal Law Reform. John F. Murray Endowment Lecture, Oct. 18, 1963.
Hall, Jerome (1973)
Foundations of Jurisprudence. Indianapolis, Kansas City, New York 1973.
Hansen-Dix, Frauke (1982)
Die Gefahr im Polizeirecht, im Ordnungsrecht und im Technischen Sicherheitsrecht. Köln, Berlin, Bonn, München 1982.
Hardwig, Werner (1957)
Die Zurechnung. Ein Zentralproblem des Strafrechts. Hamburg 1957.
Harenburg, Jan (1986)
Die Rechtsdogmatik zwischen Wissenschaft und Praxis. Stuttgart 1986.
Hart, H. L. A. (1992)
Punishment and Responsibility. Essays in the Philosophy of Law. 8. painos. Oxford 1992 (1968).
Hart, H. L. A. (1994)
The Concept of Law. Second Edition. Oxford 1994.
Hart, H. L. A – Honoré, Tony (1985)
Causation in the Law. Second Edition. Oxford 1985.
Hassemer, Winfried (1968)
Tatbestand und Typus. Untersuchungen zur strafrechtlichen Hermeneutik. Köln, Berlin, Bonn, München 1968.
Hassemer, Winfried (1973)
Theorie und Soziologie des Verbrechens. Ansätze zu einer praxisorientierten Rechtsgutslehre. Frankfurt a.M. 1973.
Hassemer, Winfried (1974)
Strafrechtsdogmatik und Kriminalpolitik. Reinbek bei Hamburg 1974.

Hassemer, Winfried (1989)
Grundlinien in einer personalen Rechtsgutslehre. L. Philipps, H. Scholler (Hrsg.), Jenseits des Funktionalismus. Heidelberg 1989, 85–94.
Hassemer, Winfried (1989a)
Symbolinen rikosoikeus ja oikeushyvien suojelu. Oikeus 1989:5, 388–400.
Hassemer, Winfried (1990)
Einführung in die Grundlagen des Strafrechts. 2. Auflage. München 1990.
Hassemer, Winfried (1991)
Rechtsphilosophie, Rechtswissenschaft, Rechtspolitik – am Beispiel des Strafrechts. ARSP Vol. 80 (1991), 130–143.
Hassemer, Winfried (1993)
Rikosoikeustiede Saksan liittotasavallassa. Oikeustiede – Jurisprudentia XXVI, 1993, 5–54.
Hassemer, Winfried (1994)
Produktverantwortung im modernen Strafrecht. Heidelberg 1994.
HE 110/1975 II vp.
Hallituksen esitys Eduskunnalle laiksi rikoslain täydentämisestä liikennejuopumusta koskevilla säännöksillä sekä eräiksi siihen liittyviksi laeiksi.
HE 74/1979 vp.
Hallituksen esitys Eduskunnalle tieliikennelaiksi.
HE 79/1989 vp.
Hallituksen esitys Eduskunnalle rikosoikeudellisista toimenpiteistä luopumista koskevien säännösten uudistamiseksi.
HE 18/1992 vp.
Hallituksen esitys Eduskunnalle rikoslain 23 luvun muuttamisesta.
HE 94/1993 vp.
Hallituksen esitys Eduskunnalle rikoslainsäädännön kokonaisuudistuksen toisen vaiheen käsittäviksi rikoslain ja eräiden muiden lakien muutoksiksi.
HE 309/1993 vp.
Hallituksen esitys Eduskunnalle perustuslakien perusoikeussäännösten muuttamisesta.
HE 32/1997 vp.
Hallituksen esitys Eduskunnalle liikennerikoksia koskevan lainsäädännön uudistamisesta.
Heck, Philipp (1948)
The Formation of Concepts and the Jurisprudence of Interests. M. M. Schoch (Ed.), The Jurisprudence of Interest. Cambridge, Massachusetts 1948, 99–256.
Hegel, G. W. F. (1989)
Grundlinien der Philosophie des Rechts. 2. Auflage. Frankfurt a.M. 1989 (1832–1845 laitoksesta).
Hegel, G. W. F. (1994)
Oikeusfilosofian pääpiirteet eli luonnonoikeuden ja valtiotieteen perusteet. Suomentanut ja selityksin varustanut Markus Wahlberg. Oulu 1994 (1820 laitoksesta).
Heinonen, Jukka (1991)
Rattijuoppojen hoidon mahdollisuuksista. Helsinki 1991.

Helin, Markku (1988)
Lainoppi ja metafysiikka. Vammala 1988.
Hellsten, Sirkku (1996)
Oikeutta ilman kohtuutta. Modernin oikeudenmukaisuuskäsityksen kritiikkiä. Tampere 1996.
Helminen, Klaus (1989)
Yleisvaaralliset rikokset uudistuvassa rikoslaissa. R. Lahti (toim.), Rikosoikeudellisia kirjoitelmia VI. Rikosoikeuden juhlavuonna 1989. Helsinki 1989, 111–128.
Hemmo, Mika (1994)
Vahingonkorvauksen määräytymisestä sopimussuhteissa. Vammala 1994.
Hentschel, Peter – Born, Renate (1992)
Trunkenheit im Strassenverkehr. 6. Auflage Düsseldorf 1992.
Herlitz, Carl-Erik (1992)
Parties to a Crime and the Notion of a Complicity Object. Uppsala 1992.
Hertz, Eduard (1880)
Das Unrecht und die allgemeinen Lehren des Strafrechts. Hamburg 1880.
Herzog, Felix (1987)
Prävention des Unrechts oder Manifestation des Rechts. Bausteine zur Überwindung des heteronom-präventiven Denkens in der Strafrechtstheorie der Moderne. Frankfurt a.M., Bern, New York 1987.
Herzog, Felix (1991)
Gesellschaftliche Unsicherheit und strafrechtliche Daseinsvorsorge. Studien zur Vorverlegung des Strafrechtsschutzes in den Gefährdungsbereich. Heidelberg 1991.
Hewstone, Miles (1983)
Ed. by Hewstone. Attribution Theory. Social and Functional Extensions. Oxford 1983.
Hilgendorf, Eric (1993)
Strafrechtliche Produzentenhaftung in der »Risikogesellschaft». Berlin 1993.
Hintikka, Jaakko (1969)
Models for Modalities. Selected Essays. Dordrecht 1969.
Hintikka, Jaakko (1982)
Kieli ja mieli. Keuruu 1982.
Hirsch, Andrew von (1996)
Extending the Harm Principle: 'Remote' Harms and Fair Imputation. A.P. Simester – A.T.H. Smith (ed.), Harm and Culpability. Oxford 1996, 259–276.
Hirsch, Andrew von – Jareborg, Nils (1991)
Gauging Criminal Harm: A Living-Standard Analysis. 11 Oxford Journal of Legal Studies (1991) 1, 1–38.
Hirsch, Hans Joachim (1993)
Gefahr und Gefährlichkeit. Haft, Hassemer, Neumann, Schild, Schroth (Hrsg.), Strafgerechtigkeit. Festschrift für Arthur Kaufmann zum 70. Geburtstag. Heidelberg 1993, 545–563.
Hirvonen, Ari (1992)
The Other (and) Abolitinism: From Subversion to Polymorphy. R. Lahti, K. Nuo-

tio, P. Minkkinen (ed.), Criminal Policy and Sentencing in Transition. Helsinki 1992, 49–80.

Hirvonen, Ari (1993)
Oikeuden monosentria – lain paikat ja hetket. Oikeus 1993:1, 40–56.

Hirvonen, Ari (1994)
Miksi ei rikosoikeus! Abolitionismi vaihtoehtona rankaisemiselle. A. Hirvonen (toim.), Kohti 2000-luvun rikosoikeutta. Helsinki 1994, 83–114.

Hoflund, Olle (1967)
Om farebegreppet i straffrätten. Stockholm 1967.

Hoflund, Olle (1995)
Trafikbrottslagen. Sjätte upplagan. Stockholm 1995.

Høilund, Peter (1995)
Retsanvendelsens etik. Om dømmekraft. Gylling 1995.

Honig, Richard (1930)
Kausalität und objektive Zurechnung. Festgabe für Reinhard von Frank. Band I. Tübingen 1930, 174–201.

Honkasalo, Brynolf (1933)
Kausaalisuuskysymys rikosoikeudessa. Helsinki 1933.

Honkasalo, Brynolf (1960)
Suomen rikosoikeus. Erityinen osa. Toinen osa. Helsinki 1960.

Honkasalo, Brynolf (1965)
Suomen rikosoikeus. Yleiset opit. Ensimmäinen osa. 2. painos. Helsinki 1965.

Honkasalo, Brynolf (1967)
Suomen rikosoikeus. Yleiset opit. Toinen osa. 2. painos. Helsinki 1967.

Hruschka, Joachim (1988)
Strafrecht nach logisch-analytischer Methode. 2. Auflage. Berlin, New York 1988.

Hume, David (1938)
Tutkimus inhimillisestä ymmärryksestä. Suomentanut ja johdannolla varustanut E. Kaila. Porvoo, Helsinki 1938 (1748).

Hunt, Alan (1987)
The Critique of Law: What is 'Critical' about Critical Legal Theory? I. H. Dennis (Ed.), Criminal Law and Justice. London 1987, 5–19.

Häthén, Christian (1990)
Straffrättsvetenskap och kriminalpolitik. De europeiska straffteorierna och dess betydelse för svensk strafflagstiftning 1906–1931. Lund 1990.

Häyhä, Juha (1996)
Sopimus, laki ja vakuutustoiminta. Helsinki 1996.

Höffe, Otfried (1985)
Immanuel Kant. O. Höffe (Hrsg.), Klassiker der Philosophie. Zweiter Band. Zweite Auflage. München 1985, 7–39.

Höffe, Otfried (1990)
Kategorische Rechtsprinzipien. Ein Kontrapunkt der Moderne. Frankfurt a.M. 1990.

Ihering, Rudolf von (1904–1905)
Zweck im Recht. Bände I–II. Leipzig 1904–1905 (1877).

Impaired Driving (1985)
Report No. 4. Alcohol and Road Accidents in Canada: Issues Related to Future

Strategies and Priorities. Department of Justice (Alan C. Donelson). Canada, January 1985.

Jackson, Bernard S. (1987)
Semiotics and Legal Theory. London and New York 1987 (1985).

Jacobs, James B. (1989)
Drunk Driving. An American Dilemma. Chicago, London 1989.

Jagusch, Heinrich – Hentschel, Peter (1995)
Strassenverkehrsrecht. 33. Auflage. München 1995.

Jakobs, Günther (1985)
Kriminalisierung im Vorfeld einer Rechtsgutsverletzung. ZStW 97 (1985), 751–785.

Jakobs, Günther (1991)
Strafrecht, Allgemeiner Teil. Die Grundlagen und die Zurechnungslehre. 2., neubearbeitete und erweiterte Auflage. Berlin, New York 1991.

Jakobs, Günther (1992)
Der strafrechtliche Handlungsbegriff. Kleine Studie. München 1992.

Jakobs, Günther (1993)
Das Schuldprinzip. Opladen 1993.

Jakobs, Günther (1995)
Das Strafrecht zwischen Funktionalismus und »alteuropäischem» Prinzipiendenken. Oder: Verabschiebung des »alteuropäischen» Strafrechts. ZStW 107 (1995), 843–876.

Jareborg, Nils (1969)
Handling och uppsåt. Stockholm 1969.

Jareborg, Nils (1970)
Effektdelikt och beteendedelikt. Festskrift till Ivar Agge. Stockholm 1970, 176–192.

Jareborg, Nils (1974)
Begrepp och brottsbeskrivning. Stockholm 1974.

Jareborg, Nils (1977)
Två sorters culpa. Modern strafflagstiftning. Finsk-svenskt symposium i Åbo 29–30 augusti 1977, 7–36.

Jareborg, Nils (1984)
Brotten. Första häftet. Grundbegrepp. Brotten mot person. Andra upplagan. Stockholm 1984.

Jareborg, Nils (1986)
Brotten. Tredje häftet. Brotten mot allmänheten och staten. Andra upplagan. Lund 1986.

Jareborg, Nils (1987)
De särskilda strafflagarna. Uppsala 1987.

Jareborg, Nils (1988)
Essays in Criminal Law. Uppsala 1988.

Jareborg, Nils (1992)
Straffrättsideologiska fragment. Uppsala 1992.

Jareborg, Nils (1994)
Straffrättens ansvarslära. Uppsala 1994.

Jareborg, Nils (1995)
Straffrättens gärningslära. Malmö 1995.
Jareborg, Nils (1995a)
Vilken sorts straffrätt vill vi ha? D. Victor (red.), Varning för straff. Om vådan av den nyttiga straffrätten. Stockholm 1995, 19–37.
Jareborg, Nils (1996)
Criminal Attempts and Penal Value. Rättsvetenskapliga studier tillägnade Carl Hemström. Göteborg 1996, 117–134.
Jareborg, Nils (1997)
Objective Ascription of Criminal Harm. Frändberg et al. (red.), Festskrift till Stig Strömholm, Del I. Uppsala 1997, 439–453.
Jescheck, Hans-Heinrich (1981)
Grundfragen der Dogmatik und Kriminalpolitik im Spiegel der Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft. ZStW 93 (1981), 3–67.
Jescheck, Hans-Heinrich (1988)
Lehrbuch des Strafrechts. Allgemeiner Teil. 4. Auflage. Berlin 1988.
Jonkka, Jaakko (1991)
Syytekynnys. Tutkimus syytteen nostamiseen vaadittavan näytön arvioinnista. Vammala 1991.
JuU2 1989/90
Justitieutskottets betänkande 1989/90: JuU2. Trafiknykterhetsbrotten m.m. (Ruotsi).
Jääskeläinen, Petri (1997)
Syyttäjä tuomarina. Vammala 1997.
Kadish, Sanford H. (1988)
The Model Penal Code's Historical Antecedents. 19 Rutgers Law Journal (1988), 521–538.
Kahrs, Hans Jürgen (1968)
Das Vermeidbarkeitsprinzip und die condicio-sine-qua-non-Formel im Strafrecht. Hamburg 1968.
Kaiser, Günther (1970)
Verkehrsdelinquenz und Generalprävention. Tübingen 1970.
Kamppinen, Matti – Raivola, Petri – Jokinen, Pekka – Karlsson, Hasse (1995)
Riskit yhteiskunnassa. Tampere 1995.
Kangas, Risto (1989)
Jürgen Habermasin kommunikatiivisen toiminnan teoria. 2. painos. Helsinki 1989.
Kangas, Tiina (1996)
Tekninen valvonta ja tarkkailu rikostorjunnassa. OTK-tutkielma. Helsingin yliopisto 1996.
Kant, Immanuel (1956)
Kritik der reinen Vernunft. Hrsg. R. Schmidt. Hamburg 1956 (1781).
Kant, Immanuel (1961)
Kritik der praktischen Vernunft. Hrsg. J. Kopper. Stuttgart 1961 (1788).
Kant, Immanuel (1989)
Prolegomena zu einer jeden Metaphysik, die als Wissenschaft wird auftreten können. Stuttgart 1989 (1783).

Kant, Immanuel (1991)
Kritik der Urteilskraft. Hrsg. G. Lehmann. Stuttgart 1991 (1790).
Kantola, Antero (1970)
Varomattomuudesta liikenteessä vaarantamisrikoksena. LM 1970, 374–389.
Kantola, Antero (1979)
Tieliikennettä koskevien rangaistussäännösten uudistus. J. Hirsto ym., Uudistuva tieliikenneoikeus. Turun yliopiston julkisoikeuden laitos. Turku 1979, 9–25.
Kantorowicz, Hermann (1933)
Tat und Schuld. Zürich, Leipzig 1933.
Kaufmann, Arthur (1961)
Das Schuldprinzip. Eine strafrechtlich-rechtsphilosophische Untersuchung. Heidelberg 1961.
Kaufmann, Arthur (1982)
Analogie und »Natur der Sache». 2. Auflage. Heidelberg 1982.
Kaufmann, Arthur (1985)
Kritisches zur Risikoerhöhungstheorie? T. Vogler (Hrsg.), Festschrift für Hans-Heinrich Jescheck zum 70. Geburtstag. Berlin 1985, 273–283.
Kaufmann, Arthur (1989)
Problemgeschichte der Rechtsphilosophie. A. Kaufmann – W. Hassemer (Hrsg.); Einführung in Rechtsphilosophie und Rechtstheorie der Gegenwart. 5. Auflage. Heidelberg 1989, 25–141.
Kaufmann, Arthur (1992)
Rechtsphilosophie in der Nach-Neuzeit. 2. Auflage. Heidelberg 1992.
Keller, Rainer (1995)
Der Verlust von Wissenschaft, Technik und Zweckrationalität auf das Strafrecht. ZStW 107 (1995), 457–497.
Kelman, Mark (1981)
Interpretive Construction in the Substantive Criminal Law. 33 Stanford Law Review, 1981, 591–673.
Kelman, Mark (1987)
The Necessary Myth of Objective Causation Judgments in Liberal Political Theory. 63 Chicago-Kent Law Review, 1987, 579–637.
Kelsen, Hans (1923)
Hauptprobleme der Staatsrechtslehre. Entwickelt aus der Lehre vom Rechtssatze. 2. Auflage. Tübingen 1923.
Kelsen, Hans (1953)
Mitä on oikeudenmukaisuus? Lakimies 4/1953, 632–658.
Kelsen, Hans (1960)
Reine Rechtslehre. 2. Auflage. Wien 1960.
Kelsen, Hans (1968)
Puhdas oikeusoppi. Porvoo, Helsinki 1968.
Kelsen, Hans (1982)
Vergeltung und Kausalität. Wien, Köln, Graz 1982 (1941).
Kelsen, Hans (1991)
General Theory of Norms. Oxford 1991.

Kiehelä, Hannu (1997)
Rikollisuuskäsitykset ja ammattiorientaatio. Helsinki 1997.
Kiehelä, Hannu – Hakonen, Kimmo (1993)
Rikostorjunnan perusteet. Helsinki 1993.
Kienapfel, Diethelm (1966)
Das erlaubte Risiko im Strafrecht. Zur Lehre vom sozialen Handlungsbegriff. Frankfurt a.M. 1966.
Kindhäuser, Urs (1980)
Intentionale Handlung. Sprachphilosophische Untersuchungen zum Verständnis von Handlung im Strafrecht. Berlin 1980.
Kindhäuser, Urs (1989)
Gefährdung als Straftat. Rechtstheoretische Untersuchungen zur Dogmatik der abstrakten und konkreten Gefährdungsdelikte. Frankfurt a.M. 1989.
Klami, Hannu Tapani (1969)
Nulla poena sine lege. Mietteitä rikosoikeudellisesta tyyppipakosta. LM 1969, 178–188.
Klami, Hannu Tapani (1973)
Tutkimuksia kausaliteetista erityisesti silmällä pitäen vahingonkorvaussanktiota ympäristönsuojelussa, I. Säätelyteoreettista taustaa. Turku 1973.
Klami, Hannu Tapani (1983)
Ihmisen säännöt. Tutkimus oikeuden olemuksesta, synnystä ja toiminnasta. Turku 1983.
Klami, Hannu Tapani (1995)
Juridisten argumenttien punnintamalli. LM 1995, 1066–1081.
Klami, Hannu Tapani (1997)
Tieteenteorian luentoja. Helsinki 1997.
Kleine-Cosack, Eva (1988)
Kausalitätsprobleme im Umweltstrafrecht. Die strafrechtliche Relevanz der Schwierigkeiten naturwissenschaftlicher Kausalfeststellung im Umweltbereich. Berlin 1988.
Klesczewski, Diethelm (1991)
Die Rolle der Strafe in Hegels Theorie der bürgerlichen Gesellschaft. Eine systematische Analyse des Verbrechens- und des Strafbegriffs in Hegels Grundlinien der Philosophie des Rechts. Berlin 1991.
KM 1973:2.
Liikennerikostoimikunnan mietintö. Komiteanmietintö 1973:2. Helsinki 1973.
KM 1976:72
Rikosoikeuskomitean mietintö 1976:72. Helsinki 1976.
Koriath, Heinz (1988)
Kausalität, Bedingungstheorie und psychische Kausalität. Göttingen 1988.
Koriath, Heinz (1994)
Grundlagen strafrechtlicher Zurechnung. Berlin 1994.
Koskenniemi, Martti (1989)
From Apology to Utopia. The Structure of International Legal Argument. Helsinki 1989.
Koskinen, Pekka (1976)
Rikoksen yleisestä rakenteesta, erityisesti tuottamuksellisista rikoksista. Tuotta-

mukselliset rikokset. Rikosoikeudellinen jatkokoulutusseminaari Tvärminnessä 18.–20.2.1976. Helsinki 1976, 22–33.

Koskinen, Pekka (1977)
Vållandekriminaliseringar i dag och i morgon. Modern strafflagstiftning. Finsk-svenskt symposium i Åbo 29–30 augusti 1977, 37–44.

Koskinen, Pekka (1984)
Vaarantamisesta rangaistusvastuun perusteena. LM 1984, 1116–1140.

Koskinen, Pekka (1996)
Rikosoikeus. P. Timonen (toim.), Johdatus Suomen oikeusjärjestelmään 2. Kolmas, uudistettu painos. Jyväskylä 1996, 1–128.

Kratzsch, Dietrich (1985)
Verhaltenssteuerung und Organisation im Strafrecht. Ansätze zur Reform des strafrechtslichen Unrechtsbegriffs und der Regeln der Gesetzesanwendung. Berlin 1985.

Kries, Johannes von (1888)
Über den Begriff der objectiven Möglichkeit und einige Anwendungen desselben. Vierteljahresschrift für wissenschaftliche Philosophie, Band 12, 1888, 179–240, 287–323 ja 393–428.

Kries, Johannes von (1889)
Über die Begriffe der Wahrscheinlichkeit und Möglichkeit und ihre Bedeutung im Strafrechte, ZStW 9 (1889), 528–537.

Kries, Johannes von (1927)
Die Prinzipien der Wahrscheinlichkeitsrechnung. Zweiter, mit einem neuen Vorwort versehener Abdruck. Tübingen 1927 (1. painos 1886).

Kuhlen, Lothar (1989)
Fragen einer strafrechtlichen Produkthaftung. Heidelberg 1989.

Kuhlen, Lothar (1994)
Zum Strafrecht der Risikogesellschaft. GA 141 (1994), 347–367.

Kuhn, Thomas S. (1970)
The Structure of Scientific Revolutions. Second Edition. Chicago 1970.

Kunz, Karl-Ludwig (1993)
Einige Gedanken über Rationalität und Effizienz des Rechts. Strafgerechtigkeit. Festschrift für Arthur Kaufmann. Heidelberg 1993, 187–198.

Kühl, Kristian (1994)
Strafrecht. Allgemeiner Teil. München 1994.

Köhler, Michael (1997)
Strafrecht. Allgemeiner Teil. Berlin ym. 1997.

Lacey, Nicola (1988)
State Punishment. Political Principles and Community Values. London, New York 1988.

Ladeur, Karl-Heinz (1995)
Das Umweltrecht der Wissensgesellschaft. Von der Gefahrenabwehr zum Risikomanagement. Berlin 1995.

Lagodny, Otto (1996)
Strafrecht vor den Schranken der Grundrechte. Die Ermächtigung zum strafrechtlichen Vorwurf im Lichte der Grundrechtsdogmatik dargestellt am Beispiel der

Vorfeldkriminalisierung. Tübingen 1996.

Lahti, Raimo (1972)
Rikollisuudesta johtuvien kustannusten vähentämisestä ja jakamisesta. Oikeustiede – Jurisprudentia II, 1972:1, 221–313.

Lahti, Raimo (1978)
Rikosoikeuskomitean kriminalisointeja koskevat ehdotukset. LM 8/1978, 808–833.

Lahti, Raimo (1979)
Tieliikennettä koskevien rangaistussäännösten uudistus. Hirsto ym., Uudistuva tieliikenneoikeus. Turun yliopiston julkisoikeuden laitos. Turku 1979, 26–44.

Lahti, Raimo (1982)
Rangaistussäännökset, seuraamusjärjestelmä ja siirtymäsäännöt. Uutta tieliikennelainsäädäntöä. Helsinki 1982, 138–158.

Lahti, Raimo (1982a)
Tieliikennelain teoreettinen tarkastelu. Uutta tieliikennelainsäädäntöä. Helsinki 1982, 41–58.

Lahti, Raimo (1989)
Oikeustapauskommentti KKO 1988:109. DL 1989, 1–11.

Lahti, Raimo (1990)
Mitä uutta rikosoikeustieteessä ja rikosoikeuden yleisissä opeissa? DL 1990, 200–220.

Lahti, Raimo (1990a)
Recodifying the Finnish Criminal Code of 1889. R. Lahti, K. Nuotio (Ed.), Towards a Total Reform of Finnish Criminal Law. Helsinki 1990, 55–85.

Lahti, Raimo (1991)
Rikoslain kokonaisuudistuksen ensimmäinen vaihe: varallisuus- ja talousrikossäännökset I–III. LM 1991, 258–290, 873–901, 1168–1201.

Lahti, Raimo (1994)
Muuttuva rikollisuus – uudistuva rikosoikeus. Mistä 2000-luvulla rangaistaan ja minkälaisin edellytyksin? A. Hirvonen (toim.), Kohti 2000-luvun rikosoikeutta. Helsinki 1994, 5–17.

Lahti, Raimo (1996)
Perusoikeusuudistus ja rikosoikeus. LM 1996, 930–939.

Lahti, Varpu (1993)
Moottoriajoneuvon kuljettamisesta. Rattijuopumuksen tulkintatilanteita. DL 1993, 209–222.

Lahtinen, Osvi (1963)
K.arv. teoksesta Hart – Honoré 1985 (1. painos), 49 ARSP (1963), 368–371.

Laitinen, Ahti – Aromaa, Kauko (1993)
Näkökulmia rikollisuuteen. Tampere 1993.

Lakialoite 34/1996 vp.
Kari Myllyniemi/kesk ym. Lakialoite laeiksi rikoslain 21 luvun 9 §:n ja rangaistusten täytäntöönpanosta annetun lain 2 luvun 13 §:n muuttamisesta.

Lampe, Ernst-Joachim (1970)
Rechtsanthropologie. Eine Strukturanalyse des Menschen im Recht. Berlin 1970.

Lampe, Ernst-Joachim (1989)
Die Kausalität und ihre strafrechtliche Funktion. Gedächtnisschrift für Armin

Kaufmann. Köln, Berlin, Bonn, München 1989, 189–212.

Lampe, Ernst-Joachim (1989a)
Tat und Unrecht der Fahrlässigkeitsdelikte. ZStW 101 (1989), 4–51.

Landau, Peter (1987)
Schwurgerichte und Schöffengerichte in Deutschland im 19. Jahrhundert bis 1870. A.P. Schioppa (Ed.), The Trial Jury in England, France, Germany 1700–1900. Berlin 1987, 241–304.

Langbein, John H. (1976)
Torture and the Law of Proof. Chicago, London 1976.

Lappi-Seppälä, Tapio (1987)
Rangaistuksen määräämisestä I. Teoria ja yleinen osa. Vammala 1987.

Lappi-Seppälä, Tapio (1989)
Humalan vaikutuksesta rangaistusvastuuseen. R. Lahti (toim.), Rikosoikeudellisia kirjoitelmia VI. Rikosoikeuden juhlavuonna. Helsinki 1989, 231–246.

Lappi-Seppälä, Tapio (1994)
Miksi rikosoikeus? A. Hirvonen (toim.), Kohti 2000-luvun rikosoikeutta. Helsinki 1994, 19–82.

Lappi-Seppälä, Tapio (1994a)
Om straffrättssystemets (externa) berättigande. K. Berglund, D. Frände, L. Häggblom, L. Sevón (utg.), Skuldfrihet och Ansvarslöshet. En hälsning till Alvar Nelson på 75 årsdagen av Ane den gamles barnbarn. Helsingfors 1994, 71–94.

Lappi-Seppälä, Tapio (1994b)
Vuoden 1994 liikennejuopumusuudistus ja rattijuopumusrangaistusten mittaaminen. LM 6/1994, 742–767.

Lappi-Seppälä, Tapio (1996)
Päivästä päivään, vuodesta toiseen – eduskunnan lakialoitteen 34/1996 vp. kriminaalipoliittinen arvio. Kohti rationaalista ja humaania kriminaalipolitiikkaa. Omistettu Inkeri Anttilalle 29.11.1996. Helsinki 1996, 280–306.

Larenz, Karl (1927)
Hegels Zurechnungslehre und der Begriff der objektiven Zurechnung. Leipzig 1927.

Larenz, Karl (1979)
Methodenlehre der Rechtswissenschaft. 4. Auflage. Berlin, Heidelberg, New York 1979.

La Torre, Massimo (1994)
A National-Socialist Jurist on Crime and Punishment. RT 25 (1994), 57–86.

LaVM 22/1994
Eduskunnan lakivaliokunnan mietintö rikoslain kokonaisuudistuksen II vaiheen hallituksen esityksestä.

Lexis, Wilhelm (1903)
Abhandlungen zur Theorie der Bevölkerungs- und Moralstatistik. Jena 1903.

Lindholm, Per (1993)
Vad tror du att det hände sen? Rattfylleriets utveckling efter år 1977. JFT 1993, 408–423.

Liikennejuopumus (1985)
Liikennejuopumus. Työryhmän mietintö. Helsinki 1985

Liikenneministeriö (1998)
Nuorten aiheuttamat kuolemaan johtaneet kovavauhtiset tieliikenneonnettomuudet vuosina 1992–96. Liikenneministeriö. Helsinki 1998.
Liszt, Franz von (1903)
Lehrbuch des Strafrechts. Zwölfte und dreizehnte Auflage. Berlin 1903.
Liszt, Franz von (1905)
Strafrechtliche Aufsätze und Vorträge. Bände I–II. Berlin 1905.
Luhmann, Niklas (1987)
Rechtssoziologie. 3. Auflage. Opladen 1987.
Luhmann, Niklas (1988)
Soziale Systeme. Grundriss einer allgemeinen Theorie. 2. Auflage. Frankfurt a.M. 1988.
Luhmann, Niklas (1990)
Soziologische Aufklärung 5. Konstruktivistische Perspektiven. Opladen 1990.
Luhmann, Niklas (1991)
Soziologie des Risikos. Berlin, New York 1991.
Luhmann, Niklas (1993)
Das Recht der Gesellschaft. Frankfurt a.M 1993.
Lääkintöhallitus (1988)
Vaaratilanteet. Lääkintöhallituksen julkaisuja 151. Helsinki 1988.
Lüderssen, Klaus (1995)
Strafrecht zwischen Funktionalismus und »alteuropäischem» Prinzipiendenken. ZStW 107, 1995, 877–906.
MacCormick, Neil – Weinberger, Ota (1986)
An Institutional Theory of Law. New Approaches to Legal Positivism. Dordrecht, Boston, Lancaster, Tokyo 1986.
Mackie, J. L. (1974)
The Cement of the Universe. A Study of Causation. Oxford 1974.
Maiwald, Manfred (1980)
Kausalität und Strafrecht. Studien zum Verhältnis von Naturwissenschaft und Jurisprudenz. Göttingen 1980.
Majanen, Martti (1979)
Yksityishenkilön oikeudesta voimakeinojen käyttöön. Vammala 1979.
Manninen, Juha – Kusch, Martin (1987)
Mahdollisuus, satunnaisuus ja välttämättömyys Hegelin todellisuuskäsitteen dialektiikassa. Teoksessa J. Manninen, Dialektiikan ydin. Jyväskylä 1987, 225–281.
Martin, Jörg (1989)
Strafbarkeit grenzüberschreitender Umweltbeeinträchtingungen. Freiburg i. Br. 1989.
Marxen, Klaus (1984)
Straftatsystem und Strafprozeß. Berlin 1984.
Marxsen, Dorothea (1991)
Strafbarkeitseinschränkung bei abstrakten Gefährdungsdelikten. Münster 1991.
Matikkala, Jussi (1995)
HIV-infektio, seksi ja rikosoikeudellinen vastuu. Helsinki 1995.

Meyer, Andreas H. (1992)
Die Gefährlichkeitsdelikte. Ein Beitrag zur Dogmatik der »abstrakten Gefährdungsdelikte» unter besonderer Berücksichtigung des Verfassungsrechts. Münster, Hamburg 1992.
Mezger, Edmund (1931)
Strafrecht. Ein Lehrbuch. München und Leipzig 1931.
Mezger, Edmund – Blei, Hermann (1968)
Strafrecht I. Allgemeiner Teil. 13. Auflage. München 1968.
Mill, John Stuart (1906)
A System of Logic Ratiocinative and Inductive. New York, Bombay 1906.
Minkkinen, Panu (1992)
Rikosoikeus, ultima ratio -periaate ja kriittinen oikeusoppi: huomioita oikeudenalan marginaaleista. LM 5/1992, 722–730.
Minkkinen, Panu (1994)
Straffrätten, *ultima ratio*-principen och den kritiska rättsläran. K. Berglund, D. Frände, L. Häggblom, L. Sevón (utg.), Skuldfrihet och Ansvarslöshet. En hälsning till Alvar Nelson på 75 årsdagen av Ane den gamles barnbarn. Helsingfors 1994, 125–139.
Mittermaier, C. J. A. (1834)
Die Lehre vom Beweise im deutschen Strafprozesse. Darmstadt 1834.
Moore, Michael (1993)
Act and Crime. The Philosophy of Action and its Implications for Criminal Law. Oxford 1993.
Moore, Michael (1997)
Placing Blame. A Theory of Criminal Law. Oxford 1997.
Moriaud, Paul (1889)
De la Justification du délit par l'etat de necessité. Paris 1889.
Mueller, Gerhard O. W. (1961)
Causing Criminal Harm. G. O. W. Mueller (Ed.), Essays in Criminal Science. London 1961, 167–214.
Müller, Max Ludwig (1912)
Die Bedeutung des Kausalzusammenhanges im Straf- und Schadensersatzrecht. Tübingen 1912.
Mäki, Martti (1981)
Alkoholijuomien käyttö tieliikenteen turvallisuusongelmana. (Artikkeliväitöskirja; Helsingin yliopisto) 1981.
Naucke, Wolfgang (1973)
Über das Verhältnis von Strafrechtswissenschaft und Strafrechtspraxis. ZStW 85 (1973), 399–437.
Naucke, Wolfgang (1979)
Grundlinien einer rechtsstaatlich-praktischen allgemeinen Straftatlehre. Wiesbaden 1979.
Naucke, Wolfgang (1986)
Vom Vordringen des Polizeigedankens im Recht, d.i.: vom Ende der Metaphysik im Recht. G. Dilcher, B. Diestelkamp (Hrsg.), Recht, Gericht, Genossenschaft und Policey. Berlin 1986, 177–187.

Naucke, Wolfgang (1991)
Aukot rikosoikeuden yleisessä osassa. LM 7/1991, 981–994.
Naucke, Wolfgang (1995)
Strafrecht. Eine Einführung. 7. Auflage. Neuwied, Kriftel, Berlin 1995.
Nelken, David (1987)
Criminal Law and Criminal Justice: Some Notes on Their Irrelation. I. H. Dennis, (Ed.), Criminal Law and Justice. London 1987, 139–175.
Neumann, Ulfrid (1987)
Neue Entwicklungen im Bereich der Argumentationsmuster zur Begründung oder zum Ausschluß strafrechtlicher Verantwortlichkeit. ZStW 99 (1987), 567–594.
Neumann, Ulfrid (1989)
Gerechtigkeit im Strafverfahren. ZStW 101 (1989), 52–74.
Niewenhuis, Helmut (1984)
Gefahr und Gefahrverwirklichung im Verkehrsstrafrecht. Gelsenkirchen 1984.
Niiniluoto, Ilkka (1983)
Tieteellinen päättely ja selittäminen. Keuruu 1983.
Nissinen, Matti (1997)
Rikosvastuun kohdentamisesta yhteisössä. Helsinki 1997.
Noro, Arto (1991)
Muoto, moderniteetti ja »kolmas». Jyväskylä 1991.
Norrie, Alan (1991)
A Critique of Criminal Causation. 54 The Modern Law Review (1991), 685–701.
Norrie, Alan (1991a)
Law, Ideology and Punishment. Dordrecht 1991.
Norrie, Alan (1993)
Crime, Reason and History. A Critical Introduction to Criminal Law. London 1993.
NOU 1987:11
Promillekjøring. Reaktioner mot promillekøring og etterfølgende alkoholnytelse. NOU 1987:11.
Nousiainen, Kevät (1993)
Prosessin herruus. Helsinki 1993.
Nousiainen, Kevät (1998)
Naisminä ja väkivalta. Käsikirjoitus. 1998 (ilmestyy).
Nuotio, Kimmo (1989)
Ennalta arvattavuuden merkityksestä Brynolf Honkasalon kausaalisuus- ja rikosopin kannalta. R. Lahti (toim.), Rikosoikeudellisia kirjoitelmia VI. Rikosoikeuden juhlavuonna 1989. Helsinki 1989, 309–341.
Nuotio, Kimmo (1991)
Rikosoikeudesta riskien hallinnan välineenä – ajatuksellista taustaa. LM 7/1991, 995–1022.
Nuotio, Kimmo (1993)
Oikeuden uudet symboliset tehtävät. Oikeus 1993:1, 79–87.
Nuotio, Kimmo (1994)
Kirja-arvostelu teoksesta W. Frisch, Tatbestandsmäßiges Verhalten und Zu-

rechnung des Erfolgs. Heidelberg 1988. NTfK 81 (1994), 431–436.
Nuotio, Kimmo (1994a)
Riskit, vaarat ja rikosoikeudellisen riskidogmatiikan rajat. Oikeus 1994:4, 335–344.
Nuotio, Kimmo (1995)
Normative and Epistemological Aspects Concerning Legal Liability for Risk-Taking. Retfærd 71 (1995), 62–78.
Nuotio, Kimmo (1995a)
Talousrikollisuuden arvioinnista rikosoikeuden yleisten oppien kannalta. LM 6/1995, 950–985.
Nuotio, Kimmo (1995b)
K.arv. teoksesta *Hegel* 1994. LM 4/1994, 645–651.
Nuotio, Kimmo (1996)
The Difficult Task of Drafting Law on Principles. Acta Juridica Hungarica 1995/96, 37, 3–4, 287–301.
Nuotio, Kimmo (1996a)
Kausalität und Gefahr – theoretische und gesetzgebungstechnische Fragen. J. Sootak (Hrsg.), Estnische Strafrechtsreform: Quellen und Perspektiven. Tartu 1996, 44–56.
Nuotio, Kimmo (1996b)
Oikeuden toteutumisesta monimutkaistuvassa yhteiskunnassa. LM 7/1996, 1019–1035.
Nuotio, Kimmo (1996c)
Straffrättsteorin och lagstiftaren. NTfK 1996 Nr. 1, 1–13.
Nuotio, Kimmo (1996d)
Yleinen lainkuuliaisuus ja lain yleinen kunnioittaminen. R. Lahti (toim.), Kohti rationaalia ja humaania kriminaalipolitiikkaa. Helsinki 1996.
Nuotio, Kimmo (1997)
K.arv. teoksesta Matikkala, Jussi: HIV-infektio, seksi ja rikosoikeudellinen vastuu. LM 1/1997, 111–120.
Nuutila, Ari-Matti (1991)
Syyllisyydestä vastuullisuuteen? Syyllisyysteoreettinen tutkimus. Turku 1991.
Nuutila, Ari-Matti (1995)
Rikosoikeuden ABC-kirja. Turku 1995.
Nuutila, Ari-Matti (1996)
Rikosoikeudellinen huolimattomuus. Helsinki 1996.
Nuutila, Ari-Matti (1997)
Rikoslain yleinen osa. Helsinki 1997.
Oetjens, Hermann (1970)
Kritischer Rationalismus und Rechtssoziologie. W. Naucke, P. Trappe (Hrsg.), Rechtssoziologie und Rechtspraxis. Neuwied, Berlin 1970, 11–28.
Oikeusministeriö (1991)
Tutkintaselostus turkkilaisen Boeing 727 -lentokoneen TC-RUT aiheuttamasta vaaratilanteesta Helsinki-Malmin lentoaseman läheisyydessä 23.5.1991. Helsinki 1991.
OPTL:n lausunto (1994)
Lausunto rikoslakiprojektin ehdotuksesta rikoslain liikennerikosluvuksi (allekir-

joittajana Patrik Törnudd) 23.8.1994.

Otto, Harro (1980)
Risikoerhöhungsprinzip statt Kausalitätsgrundsatz als Zurechnungskriterium bei Erfolgsdelikten. NJW 33 (1980), 417–424.

Paasto, Päivi (1994)
Omistuskäsitteistön rakenteesta. Tutkimus jaetun omistusoikeusopin mahdollisuudesta ja merkityksestä omistuskäsitteistössä 1700-luvun lopulle tultaessa. Turku 1994.

Pajuoja, Jussi – Ross, H. Lawrence (1988)
Rattijuoppous – tyypillisesti suomalainen ongelma? DL 1988, 446–454.

Palmén, Harri (1978)
Laiminlyöntirikoksista. Tutkimus erityisen toimintavelvollisuuden merkityksestä laiminlyönnin rankaisemisessa. Helsinki 1978.

Pawlik, Michael (1993)
Die Reine Rechtslehre und die Rechtstheorie H. L. A. Harts. Berlin 1993.

Peczenik, Aleksander (1979)
Causes and Damages. Lund 1979.

Perelman, Ch. – Olbrechts-Tyteca, L. (1971)
The New Rhetoric. A Treatise on Argumentation. London 1971.

PeVM 25/1994 vp.
Perustuslakivaliokunnan mietintö n:o 25 hallituksen esityksestä perustuslakien perusoikeussäännösten muuttamisesta. 1994 vp.

Pihlajamäki, Heikki (1990)
Sosiologinen rikosoikeuskoulu ja suomalaisen seuraamusjärjestelmän kehitys. Rikosoikeudellinen lisensiaatintutkimus. Helsingin yliopisto 1990 (julkaisematon).

Pihlajamäki, Heikki (1997)
Evidence, Crime and the Legal Profession – The Emergence of Free Evaluation of Evidence in the Finnish Nineteenth-Century Criminal Procedure. Lund 1997.

Pohlmann, Rosemarie (1984)
Zurechnung und Kausalität. RT, Beiheft 5, 1984, 83–112.

Poppen, Enno (1984)
Die Geschichte des Sachverständigenbeweises im Strafprozeß des deutschsprachigen Raumes. Göttingen 1984.

Popper, Karl R. (1974)
Avoin yhteiskunta ja sen viholliset. Suom. P. Löppönen. Keuruu 1974. (Englanninkielinen alkuteos The Open Society and Its Enemies 1962, 1966.)

Popper, Karl R. (1984)
Logik der Forschung. 8. Auflage. Tübingen 1984.

Popper, Karl R. (1984a)
Objektive Erkenntnis. Ein evolutionärer Entwurf. 4. Auflage. Hamburg 1984.

Posner, Richard A. (1985)
An Economic Theory of the Criminal Law. 85 Columbia Law Review (1985), 1193–1231.

Postema, Gerald J. (1986)
Bentham and the Common Law Tradition. Oxford 1986.

Preuß, Wilhelm (1974)
Untersuchungen zum erlaubten Risiko im Strafrecht. Berlin 1974.
Prins, Adolphe (1886)
Criminalité et répression. Essai de science pénale. Bruxelles 1886.
Prins, Adolphe (1910)
La défense sociale et les transformations du droit pénal. Bruxelles, Leipzig 1910.
Prittwitz, Cornelius (1993)
Strafrecht und Risiko. Untersuchungen zur Krise von Strafrecht und Kriminalpolitik in der Risikogesellschaft. Frankfurt a.M. 1993.
Prop. 1989/90:2
Regeringens proposition 1989/90:2 (Ruotsi). Om trafiknykterhetsbrotten m.m.
Prop. 1993/94:44
Regeringens proposition 1993/94:44 (Ruotsi). Grovt rattfylleri m.m.
Puppe, Ingeborg (1980)
Der Erfolg und seine kausale Erklärung im Strafrecht. ZStW 92 (1980), 865–911.
Puppe, Ingeborg (1983)
Zurechnung und Wahrscheinlichkeit. Zur Analyse des Risikoerhöhungsprinzips. ZStW 95 (1983), 287–315.
Puppe, Ingeborg (1987)
Die Beziehung zwischen Sorgfaltswidrigkeit und Erfolg bei den Fahrlässigkeitsdelikten. ZStW 99 (1987), 595–616.
Pöyhönen, Juha (1988)
Sopimusoikeuden järjestelmä ja sopimusten sovittelu. Vammala 1988.
Pöyhönen, Juha – Korhonen, Petteri (1996)
Kolmannelle aiheutuneiden vahinkojen korvaaminen osana vahingonkorvausoikeuden yleisiä oppeja. Oikeustiede – Jurisprudentia XXIX (1996), 207–295.
Quentin, Andreas (1994)
Kausalität und deliktische Haftungsbegründung. Berlin 1994.
Quetelet, Ad. (1921)
Soziale Physik oder Abhandlung über die Entwicklung der Fähigkeiten des Menschen, Zweiter Band. Jena 1921. (Käännös vuoden 1869 ranskankielisestä laitoksesta.)
Radbruch, Gustav (1902)
Die Lehre von der adäquaten Verursachung. Berlin 1902.
Raeff, Marc (1983)
The Well-Ordered Police State. Social and Institutional Change through Law in the Germanies and Russia, 1600–1800. New Haven, London 1983.
Rajalin, Sirpa (1988)
Ongelmakuljettajat. Osa I. Rattijuopot ongelmakuljettajina. Helsinki 1988.
Rawls, John (1988)
Oikeudenmukaisuusteoria. Juva 1988.
Rawls, John (1993)
Political Liberalism. New York 1993.
Raz, Joseph (1986)
The Morality of Freedom. Oxford 1986.

Reinach, Adolf (1905)
Über den Ursachenbegriff im geltenden Strafrecht. Leipzig 1905.
Reinach, Adolf (1953)
Zur Phänomenologie des Rechts. Die apriorischen Grundlagen des Bürgerlichen Rechts. München 1953.
Reinikka, Sami (1990)
Rikosoikeudellisista vastuuvapausperusteista, erityisesti pakkotilasta. Oikeustiede – Jurisprudentia XXIII, 1990, 205–263.
Rescher, Nicholas (1973)
The Coherence Theory of Truth. Oxford 1973.
Rescher, Nicholas (1983)
Risk: A Philosophical Introduction to the Theory of Risk Evaluation and Management. Washington D.C. 1983.
Ricoeur, Paul (1984)
Time and narrative. Volume I. Chicago, London 1984.
Rikollisuustilanne 1995–1996.
Rikollisuus ja seuraamusjärjestelmä tilastojen valossa. Helsinki 1997.
Robinson, Paul H. (1990)
Rules of Conduct and Principles of Adjudication. 57 University of Chicago Law Review 1990, 729–771.
Robinson, Paul H. – Grall, Jane A. (1983)
Element Analysis in Defining Criminal Liability: The Model Penal Code and Beyond. 35 Stanford Law Review (1983), 681–762.
Ross, Alf (1974)
On Law and Justice. Berkeley, Los Angeles 1974 (1958).
Ross, Alf (1975)
Om »konkret» og »abstrakt» fare. TfR 1975, 402–428.
Ross, Alf (1975a)
On Guilt, Responsibility and Punishment. Berkeley, Los Angeles 1975.
Ross, H. Lawrence (1992)
Confronting Drunk Driving. Social Policy for Saving Lives. New Haven and London 1992.
Routamo, Eero (1967)
Liikennevahinko. Oikeustieteellinen tutkimus korvausvastuun syntymisestä liikennevakuutuslain perusteella. Helsinki 1967.
Roxin, Claus (1962)
Zur Kritik der finalen Handlungslehre. ZStW 73 (1962), 515–561.
Roxin, Claus (1962a)
Pflichtwidrigkeit und Erfolg bei fahrlässigen Delikten. ZStW 73 (1962), 411–444.
Roxin, Claus (1968)
Einige Bemerkungen zum Verhältnis von Rechtsidee und Rechtsstoff in der Systematik unseres Strafrechts. A. Kaufmann (toim.), Gedächtnisschrift für Gustav Radbruch. Göttingen 1968.
Roxin, Claus (1970)
Gedanken zur Problematik der Zurechnung im Strafrecht. Festschrift für Richard M. Honig. Göttingen 1970, 133–150.

Roxin, Claus (1970a)
Offene Tatbestände und Rechtspflichtmerkmale. 2. unveränderte Auflage. Berlin 1970.
Roxin, Claus (1973)
Kriminalpolitik und Strafrechtssystem. 2. Auflage. Berlin, New York 1973.
Roxin, Claus (1973a)
Zum Schutzzweck der Norm bei fahrlässigen Delikten. Karl Lackner u.a. (Hrsg.): Festschrift für Wilhelm Gallas. Berlin u. New York 1973, 241–259.
Roxin, Claus (1985)
Täterschaft und Teilnahme. Strafgesetzbuch. Leipziger Kommentar. 10. Auflage. Erster Band. Berlin, New York 1985, § 25.
Roxin, Claus (1989)
Rikoslainopin kriminaalipoliittisesta merkityksestä. Lakimies 3/1989, 319–340.
Roxin, Claus (1993)
Strafverfahrensrecht. Ein Studienbuch. 23., völlig neu bearbeitete Auflage. München 1993.
Roxin, Claus (1994)
Täterschaft und Tatherrschaft. 6. Auflage. Berlin, New York 1994 (1. painos 1963).
Roxin, Claus (1997)
Strafrecht. Allgemeiner Teil. Band I. Grundlagen. Der Aufbau der Verbrechenslehre. 3. Auflage. München 1997.
Rudolphi, Hans-Joachim (1984)
Der Zweck staatlichen Strafrechts und die strafrechtlichen Zurechnungsformen. B. Schünemann (toim.), Grundfragen des modernen Strafrechtssystems. Berlin 1984, 69–84.
Rudolphi – Horn – Samson – Günther – Hoyer (1997)
Systematischer Kommentar zum StGB. Band 1. Allgemeiner Teil. 26 Lieferung. Stand Juni 1997. Neuwied/Kriftel 1997.
Russell, Bertrand (1961)
History of Western Philosophy. London 1961.
Ryle, Gilbert (1978)
The Concept of Mind. Middlesex, New York, Victoria, Ontario, Auckland 1978 (1949).
Röh, Lars (1993)
Die kausale Erklärung überbedingter Erfolge im Strafrecht. Frankfurt a.M. 1993.
Saloheimo, Jorma (1996)
Uudistuva työympäristö. Työturvallisuuden EY-oikeudelliset perusteet. Helsinki 1996.
Savigny, Friedrich Karl von (1858)
Ueber Schwurgerichte und Beweistheorie im Strafprozesse. Archiv für Preußisches Strafrecht (myöhemmin GA), Bd. 6, 1858, 469–491.
Scheinin, Martin (1991)
Ihmisoikeudet Suomen oikeudessa. Jyväskylä 1991.
Schmidhäuser, Eberhard (1984)
Strafrecht. Allgemeiner Teil. Studienbuch. Tübingen 1984.

Schmidt, Eberhard (1914)
Die Kriminalpolitik Preußens unter Friedrich Wilhelm I. und Friedrich II. Berlin 1914.
Schmitt, Bertram (1992)
Die richterliche Beweiswürdigung im Strafprozess. Lübeck 1992.
Schonsheck, Jonathan (1994)
On Criminalization. Dordrecht, Boston, London 1994.
Schröder, Horst (1969)
Die Gefährdungsdelikte im Strafrecht. ZStW 19 (1969), 7–28.
Schünemann, Bernd (1975)
Moderne Tendenzen in der Dogmatik der Fahrlässigkeits- und Gefährdungsdelikte. JA 1975, 435–444, 511–516, 647–656, 715–724, 787–798.
Schünemann, Bernd (Hrsg.) (1984)
Grundfragen des modernen Strafrechtssystems. Berlin, New York 1984.
Schünemann, Bernd (1992)
Die Kriminalpolitik und das Strafrechtssystem. R. Lahti, K. Nuotio (Ed.), Criminal Law Theory in Transition, Helsinki 1992, 157–174.
Schünemann, Bernd (1995)
Kritische Anmerkungen zur geistigen Situation der deutschen Strafrechtswissenschaft. GA 1995, 201–229.
Schünemann, Bernd (1995a)
Zum gegenwärtigen Stand der Dogmatik der Unterlassungsdelikte in Deutschland. Enr. Gimbernat, B. Schünemann, J. Wolter (Hrsg.), Internationale Dogmatik der objektiven Zurechnung und der Unterlassungsdelikte. Darmstadt 1995, 49–82.
Schönke, Adolf – Schröder, Horst (1991)
Strafgesetzbuch. Kommentar. 24. Auflage. München 1991.
Serlachius, Allan (1951)
Suomen rikosoikeuden oppikirja. Ensimmäinen osa. Yleiset opit. Kuudes painos. Hämeenlinna 1951.
Sevón, Kjell (1992)
The Concepts of »Rechtsgut», »Handlung» and »Schuld». R. Lahti, K. Nuotio (Ed.), Criminal Law Theory in Transition, Helsinki 1992, 126–156.
Siebenhaar, Hugo (1886)
Der Begriff der Gemeingefährlichkeit und die gemeingefährlichen Delikte nach dem Reichsgesetzbuche. ZStW 4 (1886), 245–291.
Sina, Peter (1962)
Die Dogmengeschichte des strafrechtlichen Begriffs »Rechtsgut». Basel 1962.
Sinisalo, Kari (1971)
Poliisin toimivallan määräytyminen. Tutkimus poliisin vallasta ylläpitää yleistä järjestystä ja turvallisuutta. Vammala 1971.
Sintonen, Matti (1983)
Causation and the Legal Point of View. Oikeustiede – Jurisprudentia XVI 1983, 261–274.
Sintonen, Matti (1984)
The Pragmatics of Scientific Explanation. Helsinki 1984.

Sipilä, Arvo (1936)
Deliktiperusteisen vahingonvastuun teoreettinen rakenne. Helsinki 1936.
Soikkanen, Hannu (1966)
Kunnallinen itsehallinto kansanvallan perusta. Maalaiskuntien itsehallinnon historia. Helsinki 1966.
SOU (1992:131)
Grovt Rattfylleri och Sjöfylleri. Betänkande av Väg- och sjöfyllerikommittén.
SOU (1996:185)
Straffansvarets gränser. Betänkande av straffansvarsutredningen. Del I. Övervägganden och förslag. Del II. Bilagor.
Spendel, Günter (1948)
Die Kausalitätsformel der Bedingungstheorie für die Handlungsdelikte. Herborn 1948.
Spendel, Günter (1977)
Beihilfe und Kausalität. Festschrift für Eduard Dreher. Berlin, New York 1977, 167–187.
Spinner, Helmut F. (1978)
Popper und die Politik. Berlin, Bonn 1978.
Spinner, Helmut F. (1982)
Ist der kritische Rationalismus am Ende? Weinheim, Basel 1982.
Stolleis, Michael (1986)
Anmerkungen zum Verhältnis von echtem Recht und freiheitsbeschränkendem Polizeirecht. G. Dilcher, B. Diestelkamp (Hrsg.), Recht, Gericht, Genossenschaft und Policey. Berlin 1986, 188–196.
Stolleis, Michael (1988)
Geschichte des öffentlichen Rechts in Deutschland. Erster Band. Reichspublizistik und Policeywissenschaft 1600–1800. München 1988.
Strahl, Ivar (1964)
Adekvansläran. Teori och praxis. Studier i svensk civilrätt. Stockholm 1964, 324–355.
Strahl, Ivar (1976)
Allmän strafrätt i vad angår brotten. Stockholm 1976.
Ståhlberg, K. J. (1931)
Suomen hallinto-oikeus. Sisäasiain hallinto. Toinen, uudistettu painos. Helsinki 1931.
Ståhlberg, Pauli (1993)
Ydinvastuusta. Vahingonkorvausoikeudellinen tutkimus erityisesti ydinvoimalaonnettomuudesta aiheutuvien vahinkojen kannalta. Vammala 1993.
Svensson, Eva-Maria (1995)
Vems tryckfrihet – hans, hennes eller hans och hennes? G. Nordborg (red.), 13 kvinnoperspektiv på rätten. Uppsala 1995.
Takala, Hannu (1972)
Promillerajaproblematiikka. Alkoholipolitiikka 4/1972, 3–11.
Takala, Hannu (1995)
On Risks and Criminal Law. A. Snare (Ed.), Beware of Punishment. On the Utility and Futility of Criminal Law. Oslo 1995, 51–67.

Teubner, Gunther (1989)
How the Law Thinks: Toward a Constructivist Epistemology of Law. 23 Law & Society Review (1989), 727–757.
Teubner, Gunther (1989a)
Recht als autopoietisches System. Frankfurt a. M. 1989.
Teubner, Gunther (1995)
Die zwei Gesichter des Janus: Rechtspluralismus in der Spätmoderne. Liber Amicorum Josef Esser. Heidelberg 1995, 191–214.
Tiihonen, Seppo (1994)
Herruus. Osa 2. Ruotsi ja Venäjä. Helsinki 1994.
Tirkkonen, Tauno (1969)
Suomen rikosprosessioikeus I. Porvoo, Helsinki 1969.
Tolvanen, Matti (1996)
Huolellisuudesta tieliikenteessä. Turku 1996.
Torgersen, R.N. – Engstrøm, Bjørn (1988)
Vegtrafikkloven og trafikreglene med kommentarer. 2. utgave. Oslo 1988.
Träskman, P. O. (1977)
En granskning av den finska straffrättens tillämpningsområde. Borgå 1977.
Träskman, P. O. (1985)
Kan gärningspersonens uppsåt bevisas med hållpunkter i sinnevärlden? Skuld och ansvar. Straffrättsliga studier tillägnade Alvar Nelson. Uppsala 1985, 56–75.
Träskman, P. O. (1994)
Inrättandet av en internationell domstol för brottmål. NTfK 81 (1994), 143–160.
Tulkens, Françoise (1988)
Un chapitre de l'histoire des réformateurs Adolphe Prins et la défense sociale. Fr. Tulkens (rec.), Généalogie de la défense sociale en Belgique (1880–1914). Bruxelles 1988, 17–46.
Tuomela, Raimo (1983)
Tiede, toiminta ja todellisuus. Tieteellisen maailmankäsityksen filosofiset perusteet. Jyväskylä 1983.
Tuori, Kaarlo (1988)
Oikeuden rationaalisuus. Max Weber ja Jürgen Habermas oikeuskehityksen tulkitsijoina. Helsinki 1988.
Tuori, Kaarlo (1990)
Oikeus, valta ja demokratia. Helsinki 1990.
Tuori, Kaarlo (1993)
Modernin oikeuden ytimessä I. Oikeus 1993:1, 2–15.
Tuori, Kaarlo (1993a)
Modernin oikeuden ytimessä II. Oikeus 1993:2, 132–151.
Tuori, Kaarlo (1993b)
Oikeus, valta, kritiikki. LM 5/1993, 722–740.
Tuori, Kaarlo (1995)
Introduction. Toward a Critical Positivism of Modern Law. Manuscript. 1995 (julkaisematon).

Tuori, Kaarlo (1997)
Oikeustieteen ajattomuus. LM 3/1997, 399–408.
Työryhmämuistio 1988:11 (1988)
Rattijuoppojen hoitoonohjaustyöryhmän muistio 1988:11. Sosiaali- ja terveysministeriö. Helsinki 1988.
Unger, Roberto Mangabeira (1976)
Law in Modern Society. Toward a Criticism of Social Theory. London, New York 1976.
Unruh, Georg-Christoph von (1983)
Polizei, Polizeiwissenschaft und Kameralistik. Deutsche Verwaltungsgeschichte. Band 1. Stuttgart 1983, 388–427.
Utriainen, Terttu (1984)
Syyllisyys muuttuvana käsitteenä. Historiallis-dogmaattinen ja vertaileva tutkimus syyllisyyskäsitteestä rikoksen rakenteen osana. Vammala 1984.
Vento, Harri (1994)
Maksukyvyttömyys ja konkurssi rangaistavuuden edellytyksenä. Tutkimus konkurssirikoksista historian ja rikosoikeuden yleisten oppien valossa. Helsinki 1994.
VN:n periaatepäätös (28.8.1997)
Valtioneuvoston periaatepäätös 28.8.1997 tieliikenteen turvallisuuden parantamisesta.
Vogel, Joachim (1993)
Norm und Pflicht bei den unechten Unterlassungsdelikten. Berlin 1993.
Vormbaum, Thomas (1988)
Die Lex Emminger vom 4. Januar 1924. Berlin 1988.
Waaben, Knud (1987)
Strafferettens ansvarslære. København 1987.
Waaben, Knud ym. (1978)
Drinking-and-Driving in Scandinavia – The Legal Framework. Scandinavian Studies in Criminology. Vol. 6. Drinking-and-Driving in Scandinavia. Oslo ym. 1978, 1–33.
Wahlberg, Markus (1989)
G.W.F. Hegelin ja K.G. Ehrströmin rangaistusteorian ykseydestä eroavuudessaan. R. Lahti (toim.), Rikosoikeudellisia kirjoitelmia VI. Rikosoikeuden juhlavuonna 1989. Helsinki 1989, 493–522.
Wahlberg, Markus (1997)
Punishment as Ideal Reconciliation and Real Regeneration. J. Kotkavirta (ed.), Right, morality, ethical life: studies in G. W. F. Hegel's philosophy of right. Jyväskylä 1997, 5–27.
Walker, Michael (1994)
Abstrakte und konkrete Gefahr. Entwicklung und Abgrenzung der polizeilichen Gefahrenarten. Tübingen 1994.
Weber, Max (1973)
Kritische Studien auf dem Gebiet der kulturwissenschaftlichen Logik. I. Zur Auseinandersetzung mit Eduard Meyer. II. Objektive Möglichkeit und adäquate Verursachung in der historischen Kausalbetrachtung. Gesammelte Aufsätze zur Wissenschaftslehre. 4. Auflage. Tübingen 1973 (1906), 215–290.

Weber, Max (1973a)
Über einige Kategorien der verstehenden Soziologie. Gesammelte Aufsätze zur Wissenschaftslehre. 4. Auflage. Tübingen 1973 (1913) 427–474.
Weber, Max (1985)
Wirtschaft und Gesellschaft. Tübingen 1985.
Welzel, Hans (1967)
Das Deutsche Strafrecht. Eine systematische Dastellung. 10. Auflage. Berlin 1967.
Wennberg, Suzanne (1985)
Försök till brott. Stockholm 1985.
Wickström, Anita (1993)
Trafikfylleri; reformarbete i Sverige. JFT 1993, 274–294.
Wieacker, Franz (1967)
Privatrechtsgeschichte der Neuzeit. 2. Auflage. Göttingen 1967.
Wilhelmsson, Thomas (1992)
Critical Studies in Private Law. A Treatise on Need-Rational Principles in Modern Law. Dordrecht, Boston, London 1992.
Winch, Peter (1976)
Causality and Action. J. Manninen, R. Tuomela (Ed.), Essays on Explanation and Understanding. Dordrecht 1976, 127–135.
Wise, Edward M. (1992)
Criminal Law. D. S. Clark, T. Ansay (Ed.), Introduction to the Law of the United States. Dewenter, Boston 1992, 135–151.
Wolter, Jürgen (1981)
Objektive und personale Zurechnung von Verhalten, Gefahr und Verletzung in einem funktionalen Straftatsystem. Berlin 1981.
Wolter, Jürgen (1984)
Objektive und personale Zurechnung zum Unrecht. Zugleich ein Beitrag zur aberratio ictus. B. Schünemann (Hrsg.), Grundfragen des modernen Strafrechtssystems. Berlin 1984, 103–134.
Wright, Georg Henrik von (1971)
Explanation and Understanding. London 1971.
Wright, Richard W. (1988)
Causation, Responsibility, Risk, Probability, Naked Statistics, and Proof: Pruning the Bramble Bush by Clarifying the Concepts. 73 Iowa Law Review 1988, 1001–1077.
Ylikangas, Heikki (1983)
Miksi oikeus muuttuu. Laki ja oikeus historiallisen kehityksen osana. Porvoo, Helsinki, Juva 1983.

LYHENTEITÄ

AjokorttiA	= ajokorttiasetus 7.9.1990/845
ALI	= American Law Institute
ALR	= Allgemeines Preussisches Landrecht
AT	= Allgemeiner Teil
ARSP	= Archiv für Rechts- und Sozialphilosophie
av.	= alaviite
BGH	= Bundesgerichtshof
BGHSt	= Entscheidungen des Bundesgerichtshofs in Strafsachen
BrB	= brottsbalken
CCC	= Constitutio Criminalis Carolina
CLS	= Critical Legal Studies
csqn	= conditio sine qua non
DL	= Defensor Legis
d.s.	= défense social
Ed.	= editor
EhdL	= laki ehdollisesta rangaistuksesta 13.2.1976/135
EIOS	= Euroopan ihmisoikeussopimus 18.5.1990/439, SopS:19/1990
erit.	= eritoten
esim.	= esimerkiksi
etc.	= et cetera
GA	= Goltdammer's Archiv
GG	= Grundgesetz
h	= tunti
harv.	= harvennus
HD	= högsta domstolen (Ruotsi)
HE	= hallituksen esitys
HM	= Suomen hallitusmuoto 17.7.1919/94
Hrsg.	= Herausgeber
ibid.	= ibidem
JA	= Juristische Arbeitsblätter
JFT	= Tidskrift utgiven av Juridiska Föreningen i Finland
jne.	= ja niin edelleen
JuU	= justitieutskottets betänkande
JZ	= Juristenzeitung
KKO	= korkein oikeus
KM	= komiteanmietintö

ko.	= kyseessä oleva
ks.	= katso
kurs.	= kursivointi
l.	= eli
LaVM	= lakivaliokunnan mietintö
LaVO	= oikeusministeriön lainvalmisteluosasto
LM	= Lakimies
mk.	= mainittu kirjoitus
mm.	= muun muassa
ms.	= mainittu sivu
mt.	= mainittu teos
MPC	= Model Penal Code
n.	= noin
NJA	= Nytt Juridiskt Arkiv
NJW	= Neue Juristische Wochenschrift
NOU	= Norges offentlige utredninger
ns.	= niin sanottu
NTfK	= Nordisk Tidskrift for Kriminalvidenskab
p.	= painos
PeVM	= perustuslakivaliokunnan mietintö
prop.	= regeringens proposition (Ruotsi)
RG	= Reichsgericht
RGSt	= Entscheidungen des Reichsgerichts in Strafsachen
RL	= rikoslaki 19.12.1889/39
RN	= Randnummer (reunanumero)
RPO	= Reichspolizeiordnung
RT	= Rechtstheorie
RVA	= asetus rikoslain voimaanpanemisesta 19.12.1889/39
SchwZStr	= Schweizerische Zeitschrift für Strafrecht
so.	= se on
SOU	= statens offentliga utredningar
SopS	= sopimussarja
StGB	= Strafgesetzbuch
StPO	= Strafprozessordnung
StVG	= Straßenverkehrsgesetz
suom.	= suomentanut
tark.	= tarkemmin
TBL	= trafikbrottslagen
TfR	= Tidskrift for Rettsvitenskap
TLL	= tieliikennelaki 3.4.1981/267
TieliikenneA	= tieliikenneasetus 5.3.1982/182
tms.	= tai muuta sellaista
toim.	= toimittaja
ts.	= toisin sanoen
vp.	= valtiopäivät

vrt. = vertaa
ym. = ynnä muuta
ZStW = Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft

Nein: es hat nicht zu heißen:
alles was dem Volke nützt, ist Recht,
vielmehr umgekehrt: nur was Recht ist, nützt dem Volke.

Gustav Radbruch

1. Johdanto

1.1 Aluksi

Usein on tapana perustella tutkimuksen aiheenvalintaa sen ajankohtaisuudella ja tärkeydellä tai sillä, että aihepiiristä ei viime aikoina ole laadittu riittävät mitat täyttävää tutkimusta. Oma tutkimustyöni lähti liikkeelle hieman toisella tavalla. Kun lähdin tarkastelemaan kausaalisuudesta yleensä ja erityisesti rikosoikeudessa kirjoitettua aineistoa, saatoin pian havaita, että jostakin syystä tuo teema oli niin meillä kuin muuallakin menettänyt suuren osan aikaisemmasta kiinnostavuudestaan. Rikosoikeuden suurimmat ajattelijat eivät enää askarrelleet tällaisten kysymysten parissa. Kausaalisuuskysymys oli kuin kadonnut jonnekin. Vielä 1930-luvulla tämä tematiikka oli niin polttava, että esimerkiksi Italiassa lainsäätäjä sääti asiasta erillisiä säännöksiä.[1]

Saatoin myös huomata, että oikeastaan perinteinen rikosoikeudellinen kausaalisuuden teeman alla käyty keskustelu ei koskenutkaan yksinomaan tai edes pääasiassa sellaisia kysymyksiä, joita kausaalisuuden katsotaan muissa tieteissä ja arkiajattelussakin koskevan. Rikosoikeudessa kyse oli jostakin muusta, esimerkiksi satunnaisen ja adekvaatin aiheuttamisen erosta rikosoikeudellisen vastuun rajojen kannalta.

Kolmanneksi panin merkille, että rikosprosessioikeudessakin käsitellään kausaalisuutta, kausaalisuhteiden näyttämistä. Erityisesti saksalaisella kielialueella tuli vaikutelmaksi, että kausaalisuhteiden näyttämiseen liittyvä problematiikka ei juurikaan heijastunut siihen, miten kausaalisuhteista kirjoitettiin aineellisen rikosoikeuden puolella. Siten esiin nousi rikosoikeudellisen kausaalisuuskysymyksen itsenäisyyttä vaarantava kysymys: tarvitaanko rikosprosessuaalisen kausaalisuhteiden näyttöä koskevan teorian »taakse» vielä jokin erityinen rikosoikeudellinen oppi kausaalisuudesta? Kysymys tuli sitä

[1] Codice Penalen (19.10.1930) art. 40:ssa säädettiin kausaalisuhteesta (Rapporto di causalità) ja art. 41:ssä kilpailevista syistä (Concorso di cause).

aiheellisemmaksi, mitä enemmän perehdyin siihen rikosoikeudelliseen ennakkotapausmateriaaliin, jota sikäläiset rikosoikeusdogmaatikot kommentoivat lähes puhtaasti aineellisoikeudelliselta kannalta.

Kausaalisuusteeman merkityksen vähentyminen ilmenee yhtäältä normatiivisten syyksiluettavuusoppien kehittelynä, ja toisaalta rikosvastuun perustamisessa vahinkoseurauksen aikaansaamisen sijasta syntyneeseen vahingonvaaraan. Jälkimmäisestä on kysymys, kun modernin elämän eri aloilla normitetaan inhimillistä käyttäytymistä kytkemällä norminrikkomuksiin sanktionuhka. Näin käyttäytyminen ei jää rikosoikeudelliselta kannalta neutraaliksi, vaikka suoranaisia vahinkoseurauksia ei toisen suojatuille intresseille aiheudukaan. Vastaavasti taas esimerkiksi tuottamuksellisessa seurausrikoksessa rikosjutun ratkaisulla väistämättä joudutaan ottamaan kantaa siihen, onko toimittu oikein vai ei. Vaatimus kausaalisuhteesta teon ja seurauksen välillä oli usein merkinnyt samalla sitä, että rikos voitiin ymmärtää uhrin oikeuksien loukkaukseksi. Rikoksella oli teko-objekti, johon se kohdistui, eikä ollut vaikea perustella teko-objektiin kohdistuvan loukkauksen samalla loukkaavan myös yleistetympää intressiä, oikeushyvää.

Käyttäytymisnormien asettamisessa keskeistä oli luonnollisesti niiden ennakoitavuutta luova merkitys samoin kuin toivottu suoja oikeushyville. Tällä tavoin erilaiset käyttäytymissäännöt liittyvät jo perusteiltaan oikeushyvien suojan tarpeeseen. Modernissa elämässä teon ja sen mahdollisten seurausten välittäväksi normatiiviseksi periaatteeksi nousee vaara. Kausaalisuus liittyy jälkikäteiseen ex post arvioon siitä, mitä on tapahtunut ja miten tietyn konkreettisen seurauksen synty on selitettävissä ja ymmärrettävissä. Teon vaarallisuus taas määrittyy olennaisesti edeltä käsin, ex ante, tekohetken näkökulmasta, vaikka lainsoveltajan näkökulma tosiasiassa aina on ex post. Tekijän itsensä tai hänen sijaansa ajatellun »standardihenkilön» näkökulmasta teon mahdolliset kausaaliset vaikutukset arvioidaan vaaroina, mahdollisuuksina, riskeinä. Rikosteon osalta arvioidaan todellisuudessa vaarallisen, riskinottoa sisältävän teon suhdetta erilaisiin vaikutuksiinsa. Syyksilukeminen perustuu päätökseen, jossa teon aiheuttamaa vaaraa tai vahinkoa pidetään yhtenä perusteena syyksilukemiseen. Siksi seurauksen syyksilukeminen välittyy tästä syystä aina jonkinlaisena vaarantamisen tai kielletyn käyttäytymisen syyksilukemisena. Vaarantaminen ei ole irrelevanttia rikosvastuun kannalta silloinkaan, kun vastuun perusteena on vahinkoseurauksen aiheuttaminen. Toisaalta taas syysuhteet ovat tekijän näkökulmasta tapahtumakulkujen mahdollisuuksia, joista voi tulla osa tekijän riskikalkyyliä.

Rikosoikeudessa riskejä, vaaroja ja seurauksia niihin johtaneine tapahtumainkulkuineen tarkastellaan toimijoiden mahdollisen vastuun näkökulmas-

ta. Vaikka esimerkiksi kausaalikulut sinänsä voivat olla »luonnollisia», empiirisesti selvitettäviä asioita, merkitsee vastuunäkökulma aina normatiivista tarkastelua. Kysyttäessä minkä vuoksi vastuu kytketään vaarantamiseen tai aiheuttamiseen, siihen voi vastata ainoastaan normatiivinen oppi rikosoikeudellisesta vastuusta, rikosoikeudellisesta syyksilukemisesta. Rikosvastuun alaa määrittää rikosoikeudellinen normisto: kriminalisoinnit, sekä rikosvastuun yleiset periaatteet.

Rikosoikeudessa on ollut tapana kuvata ns. rikoksen rakenneopilla keskeisin osa rikosvastuun yleisiä ehtoja. Rakenneoppi on perustunut lainopilliseen käsitteistöön ja jäsennykseen. Siinä käsitellään erikseen tunnusmerkistönmukaisuutta, oikeudenvastaisuutta ja syyllisyyttä koskevat kysymykset. Rikoksen rakenneopin sisällä tai oikeastaan sitä syvemmällä tasolla on kuitenkin vielä perustavampia syyksilukemisen rakenteita, joihin rikoksen rakenneopissa tukeudutaan. Nämä yleisimmät ajatusmallit kuvaavat sitä, miten inhimillinen toiminta rikosvastuun näkökulmasta jäsennetään, ja minkälaisiin piirteisiin niissä rikosvastuu kytketään.

Tällaisten yleisimpien rikosvastuun ehtojen ja rakenteiden näkökulmasta tärkeää kehitystä tapahtuu esimerkiksi, kun vaarantamiskriminalisoinnit aletaan hahmottaa omaksi ryhmäkseen. Rikoksen tietyn rakenne-elementin, kuten tunnusmerkistönmukaisuuden, puitteissa voi tapahtua olennaisia muutoksia rikosvastuun ehtojen kannalta ilman, että itse tunnusmerkistönmukaisuuden ajatusta on tarpeen olennaisesti muuttaa tai luopua siitä. Tunnusmerkistönmukaisuuden vaatimuksen merkitys saattaa kuitenkin suuresti vaihdella esimerkiksi sen mukaan, onko kyse seurausta edellyttävästä kriminalisoinnista vai vaarantamiskriminalisoinnista, tai onko kyse aktiivisen teon sanktioinnista vai laiminlyöntiin perustuvasta vastuusta.

Kausaalisuuden ja vaaran teemat koskevat siten rikosvastuun aivan perustavimpia rakenteita, rikoksen ajatuksellista hahmottamista inhimillisenä tekona. Rikosoikeudellinen syyksilukeminen »kiinnittyy» tällaisiin elementteihin, ja ilmaisee siten vastuuperusteiden perustavimman luonteen. Samalla tietyssä mielessä vastuun epistemologiset ehdot tulevat näkyviksi. Vaaran ja kausaalisuuden käsitteillä on rikosvastuun kannalta normatiivista sisältöä, vaikka ne toisaalta käsitteinä kuvaavat todellisuutta tiedollisessa mielessä. Normien tarkoituksena on kattaa tietynlaiset teot, ja näiden tekojen kuvaamisessa joudutaan viittaamaan vaaroihin ja syy-yhteyksiin. Tässä tutkimuksessa onkin usein esillä se arvosteluperusta, jolla tapahtumakuluille ja niiden mahdollisuuksille konstruoidaan oikeudellista vastuuta perustavia merkityksiä. Tarkastelun kohteeksi otetaan yhtäältä rikosvastuun yleisimmät rakenteet, mutta toisaalta esimerkiksi kausaalisuutta ja vaaraa koskevat ongel-

mat kytkeytyvät kaikkiin rikosoikeuden yleisten oppien keskeisimpiin kysymyksiin. Näitä ovat ajatus sallitusta riskistä ja sosiaaliadekvanssista, tuottamus, laiminlyöntivastuu, tahallisuus, riskinotto, todennäköisyysteoria, suostumusoppi, yritysoppi samoin kuin vaarantaminen rangaistusvastuun perustana. Erilaisten linkkien kautta modernit »kausaalisuusopit» liittyvät varsin läheisesti myös ajankohtaisiin sosiologisiin ja yhteiskuntafilosofisiin keskusteluihin riskeistä ja riskiyhteiskunnasta, turvallisuudesta ja oikeusjärjestelmästä sen takaajana. Kausaalisuus ja kausaalinen selittäminen ovat tieteenfilosofian tärkeimpiä aiheita, ja eri tieteissä tai tutkimusperinteissä näitä kysymyksiä on lähestytty hyvinkin eri tavoin. Rikosoikeudellisessa kirjallisuudessa on harvemmin problematisoitu rikosoikeudellisen käsitteenmuodostuksen tai yleensäkään vastaanotettujen teoreettisten vaikutteiden omia lähtökohtia.

1.2 Tutkimuksen rikosoikeusideologisista lähtökohdista

Rikosoikeuden systématisointi voi pohjata vain johonkin tiettyyn kehikkoon, jota määrittää muun kulttuurisen aineksen ohella systematisointia suorittavan henkilön taustaoletukset ja arvovalinnat. Kutsun tätä tarkastelun tasoa rikosoikeusideologiaksi. Rikosoikeusideologia on olemassa samassa mielessä kuin esimerkiksi maailmankuva. Se voi olla osin jäsentymätön ja tiedostamatonkin tutkimuksen lähtökohtien kokonaisuus, jota ei ehkä ole edes mahdollista täydellisesti kuvata.[2] Se sulkee sisäänsä erilaisia käsityksiä ja uskomuksia. Ne kuuluvat jonkin henkilön subjektiiviseen uskomusmaailmaan, vaikka toisaalta ne voidaan jakaa muiden henkilöiden kanssa. Jotkin uskomukset ja käsitykset voivat suorastaan heijastella oikeuskulttuurista traditiota ja siinä vakiintunutta tieteen itseymmärrystä.

Tämä työ ei ole kovin vahvassa mielessä konstruktiivinen yritys rakentaa yleispätevä rikosoikeusideologinen malli tai varsinkaan dekonstruktiivinen yritys osoittaa kaikkien systeemioletusten mielivaltaisuus ja mahdottomuus. Rikosoikeudessa on perusteita muotoilla rikosideologian tasolla valittavia oletuksia tietynlaisiksi. Tutkijankin on syytä ottaa huomioon oikeudelliset perusarvot tarkastellessaan oikeutta. Otan esimerkin oikeuden ja kielen suhteesta. Modernissa kielifilosofiassa (ja oikeussemiotiikassa) on san-

[2] Ks. esim. Jareborgin huomautuksia metafyysisten maailmankuvaoletusten välttämättömyydestä osana järkevän uskomisen ja argumentaation puitteita. Rikosideologiat rinnastuvat maailmankuviin siten, että näitä puitteita voidaan kritisoida ja kehitellä, mutta jotkin puitteet säilyvät. *Jareborg* 1992, 21–23, 95–96.

gen vakuuttavasti osoitettu, että kielen ja maailman välille on mahdotonta konstruoida kuvasuhdetta. Kieli – jossakin kielessä muotoillut lauseet – ei pelkisty joukoksi totuusarvoisia propositioita.

Kielen eri ulottuvuuksia joudutaan aina tarkastelemaan (myös) kielen sisäisestä näkökulmasta, merkitykset määrittyvät suhteessa muiden merkitysten verkostoon[3], kielenkäyttötapoihin ja tilanteisiin jne. Tekojen tulkinta on ylipäätään mahdollista vain toimijan kanssa yhteisestä näkökulmasta, yhteisen kielen, yhteisten sosiaalisten käytäntöjen, elämismaailman pohjalta. Moderni oikeus on sekin läpikotaisin kieleen sidottua. Oikeuden identiteetti on epävarma, koska oikeus on vaarassa näyttäytyä utopistisena moralismina tai pelkkänä poliittisena vallankäyttönä. Oikeuden kieli on lainsäätäjän, tutkijan ja tuomioistuinten tuottamia tekstejä. Se voidaan nähdä myös kommunikaatioprosessiksi, jossa oikeudellisia tekstejä tuotetaan. Periaatteessa oikeudellista diskurssia voisi olla kaikki puhe oikeudesta, kaikki diskurssi, jossa on kyse oikean ja väärän erosta.[4] Lainsoveltaminen on hermeneuttista toimintaa, jossa tulkitaan todellisuutta, ja joka edellyttää taustakseen koko joukon yhteisiä sitoumuksia. Positiivisen oikeuden aikakaudella lain säätäminen on sekin puuttumista käytännön ongelmiin.

Rikosoikeudellisessa lainsäädännössä ja lainsoveltamisessa on mitä suurimmassa määrin kyse vallankäytöstä – joka toki tapahtuu huolellisesti harkituissa oikeudellisissa puitteissa. Jotta tuota vallankäyttöä voitaisiin suunnata rationaalisesti ja kontrolloida, ei tule sulkea silmiä eräiltä tärkeiltä arvoilta. Monet arvot vaarantuvat, jos esimerkiksi lakkaamme kokonaan uskomasta siihen, että käytössämme on yhteinen kieli, jossa voidaan muotoilla – ainakin joskus – ymmärrettäviä ja selkeitä väite- ja normilauseita.[5] Esimerkiksi rikosoikeudellisen legaliteettiperiaatteen yksi tausta-ajatuksista on

---

[3] Dekonstruktiivisessa oikeusajattelussa kielellisen merkityksen teoria on keskeinen väline. Merkityksen katsotaan muodostuvan suhteessa tiettyihin binaarisiin vastakohtiin, ja pysyvän liikkeessä juuri tästä syystä. Oikeudellisen argumentaation perustavanlaatuinen indeterminanssi ja kaikkien merkitysten suhteellisuus saadaan näin hyvin esille. Ei kuitenkaan ole aivan selvää, että näin pitkälle menevä relativismi on perusteltua. Ks. esim. regressiivisestä analyysistä *Koskenniemi* 1989, XVII–XXIV.

[4] Ks. esim. Teubnerin kommentteja oikeuspluralismin ja oikeudellisen autopoiesiksen suhteesta; *Teubner* 1995, 191–202.

[5] Teubner kuvaa värikkäästi mahdottomuutta ottaa naiivi realismi epistemologiseksi lähtökohdaksi: uudet teoriat oikeudesta (Foucault, Habermas, Luhmann) jakavat sen oletuksen, että kielen kyky kuvata monimutkaista todellisuutta on rajoittunut, eikä tavallinen kieli riitä siihen. Epistemologinen realismi ja metodologinen individualismi ovat käyneet mahdottomiksi. Naiivia realismia ei silti korvaa epistemologinen individualismi, vaan se muuttuu epistemologiseksi konstruktivismiksi, jossa metodologisen individualismin

siinä, että sitomalla rikosoikeudellinen lainkäyttö säännösten sanamuotojen rajoihin tulee mahdolliseksi ainakin jollakin tasolla määritellä ne teot, jotka ehdottomasti eivät voi olla rikoksia. Rikosoikeudessa on erityisen tärkeätä jättää mahdolliseksi oikeuden diskursiivinen itserajoitus. Rikosoikeusideologisesti tärkeänä lähtökohtana on välttämättömyys hahmottaa teoreettisesti se, mikä ei ole rikollista.

Suomalaisessa rikosoikeustieteessä on aivan viime vuosia lukuunottamatta harjoitettu suhteellisen vähän sellaista rikosoikeuden yleisiin oppeihin kohdistuvaa tutkimusta, jossa olisi noustu yksittäisten teorioiden tarkastelun ja käytännöllisten oikeustapauskommentaarien laatimisen yläpuolelle. Ari-Matti Nuutilan tutkimus tuottamuksesta on hieno poikkeus pääsäännöstä.[6] Siinä hahmotellaan laajasti rikosoikeuden tutkimuksen teoreettista viitekehikkoa, ja valaistaan järjestelmän normatiivisten perusteiden tuottamia yhteyksiä eri yleisten oppien instituutioiden välillä.

Tahallisuudesta on kirjoitettu enemmän, mutta tahallisuusteorioita ei ole niitäkään kytketty yleisempiin yhteyksiinsä. Lappi-Seppälä on mm. väitöskirjassaan käsitellyt koko joukkoa yleisten oppien kysymyksiä, mutta hänellekin ne ovat varsinaisesti sivuosassa, koska rangaistuksen määräämisen tematiikka alkaa vasta siitä, että teko jo on määritelty rikokseksi.[7] Fränden väitöskirjassa luonnostellaan minimalistista rikoksen käsitteen mallia tietoisena pyrkimyksenä päästä neutraaliin ja filosofisesti kestävään rakennemalliin. Fränden rikosopissa yleiset opit ovat eräänlainen tarkistuslista, joka läpikäymällä todetaan rikoksen olevan käsillä.[8] Pienimuotoisempaa tutkimusta on toki osoitettavissa melko runsaastikin.

Yhtenä tunnuspiirteenä viimeaikaisessa kotimaisessa rikosoikeuden tutkimuksessa on erilaisten aate- ja oppihistoriallisten tarkastelujen painottuminen. Tämä koskee Backmanin kahtakin teosta[9] sekä erityisesti Utriaisen tutkimusta[10]. Kovin syvälle ei Backmanin uudempikaan teos pureudu aivan viimeaikaiseen kansainväliseen keskusteluun, eikä tämä ollut siinä tarkoituskaan. Systemaattisia kokonaisesityksiä on vasta alettu taas laatia. Fränden (1994) oppikirja merkitsi tärkeää avausta tässä suhteessa. Nuutilan oppikirjat (1995, 1997) seuraavat toisenlaista, käytännöllisempää ajattelusuuntaa,

---

mukaiset eristyneet toimijat korvautuvat konstruktioilla, diskurssilla, sosiaalisella itsereflektiolla ja itseorganisaatiolla. *Teubner* 1989, 727–757.

[6] *Nuutila* 1996, passim.

[7] *Lappi-Seppälä* 1987, passim.

[8] *Frände* 1989, 160–214.

[9] *Backman* 1976 ja *sama* 1992.

[10] *Utriainen* 1984, passim.

jossa kriminaalipoliittinen argumentaatio on avoimemmin läsnä. Saksalainen keskustelu on osin karannut omille teilleen, kun sitä ei ole seurattu samaan tapaan kuin vielä Honkasalon aikoihin. Ennen muuta Nuutila on yrittänyt kuroa tuota eroa umpeen säilyttäen silti tietyn kriittisen etäisyyden saksalaisen lainopin helmasyntiin, hermeettiseen konstruktivismiin.

Kotimaisen rikosoikeustieteen tiet erosivat saksalaisista esikuvista viimeistään Welzelin finalismin aikaan. Sen jälkeistä saksalaista lainoppia ja sen teoriaa on katsottu etäisyyden päästä, siihen tarkasti ja sisältäpäin paneutumatta. Tavoiterationaalista tai funktionalistista rikosoikeusajattelua on puolustettu, mutta se on vasta hiljalleen johtamassa Suomessa yhtenäiseen rikosoikeuden yleisten oppien konseptioon. Samaan aikaan myös yleisten oppien työryhmä valmistelee esitystään uudeksi lainsäädännöksi.

Nykytilanteessa olisi Suomessa vaikea omaksua radikaalia kriitikon roolia, koska vastassa ei ole sellaista selkeää kokonaiskonseptiota, joka olisi sellaisenaan analysoitavissa ja alistettavissa kritiikille. Tulee vaikeaksi ylimalkaan päättää, mikä kritiikin muoto olisi valittava. Esimerkiksi Tuorin termein paljastavan kritiikin valinta olisi ongelmallista.[11] Tässä tilanteessa on yhä tärkeämpää pyrkiä sellaiseen konstruktiiviseen esitykseen, jossa päästään tietoisesti arvioimaan myös toteutuneiden tai toteutumassa olevien lainuudistusten merkitystä.

1.3 Modernin rikosoikeuden identiteetti: tehtävänasettelua

Rikosoikeuden kehityksessä on tullut viime aikoina näkyviin piirteitä, jotka näyttäytyvät ongelmallisina suhteessa klassisiin rikosoikeusideologisiin oletuksiin. Otan kaksi esimerkkiä, jotka kumpikin merkitsevät poikkeusta ulkonaisen oikeudenloukkauksen vaatimuksen suhteen: 1) Yhä useammin on säädetty vaarantamiskriminalisointeja, joissa rangaistavuus on kytketty varsinaisen oikeudenloukkauksen syntymistä edeltävään vaiheeseen; 2) Lainsäätäjä on modernissa rikosoikeudessa monesti muutoinkin asettunut suojaamaan yksilöllisiä oikeushyviä laajempia oikeudellisia intressejä, yhteisöllisiä oikeushyviä kuten liikenneturvallisuutta tai ympäristöä. Molemmat kuvatut tendenssit ilmentävät tavoiterationaalisten intressien tunkeutumista rikosoikeuden alueelle. Rikosoikeuden järjestelmä velvoitetaan tuottamaan preventiohyötyjä, reaalista suojaa oikeushyville. Tämä merkitsee olennaista muutosta tavassa tarkastella rikosta. Rikosoikeudessa ei yksinomaan määritetä yhteiskunnallisen järjestyksen tiettyjä reunaehtoja ja soviteta yhteen kansalaisten

[11] Kritiikkimuodoista ks. *Tuori* 1993, 733–738.

vapaudet, vaan siitä on tullut oikeudellinen ohjausinstrumentti, jota voidaan käyttää tietoisesti haluttujen vaikutusten aikaansaamiseksi yhteiskunnassa. Rikosoikeutta käytetään tavoiterationaalisena reaktiokeinona sosiaalisiin kysymyksiin, vastauksena sosiaalisiin tarpeisiin.[12] Rikosoikeudessa tarpeet ovat ennen muuta yhteisön tarpeita saada suojaa rikoksilta. Rikoksentekijän tarpeisiin vastaamalla voidaan taas mahdollisesti ehkäistä vastaisia rikoksia.

Rikosoikeudessa ei ole kuitenkaan luontevaa perustella järjestelmää rikoksentekijän tarpeilla. Rankaisemisen tarpeet ovat yhteiskunnan ja siten myös aktuaalisten ja potentiaalisten uhrien tarpeita saada suojaa rikoksilta.[13] Nuo tarpeet ovat luonnollisesti ehtymättömät, mistä syystä niiden oikeutus voidaan usein riitauttaa. Siksi on myös syytä rajata näiden tarpeiden »tyydytys» poliittisesti asetetun ja oikeudellisesti määritetyn rikosoikeuden järjestelmän piiriin. Rankaisemisen tarpeet ovat kytkettävissä yleisempään rikostorjunnan tarpeeseen, mistä jälkikäteiset toimet edustavat vain yhtä osaa.[14]

Rikosoikeuden kytkentä todellisuuteen on selvästikin yhteydessä rikosoikeuden yleisempiin tehtäviin. Kriminaalipolitiikan tai kriminologian kiinnostus rikollisuusilmiöihin ei ole neutraalia, vaan useimmiten ilmentää käsitystä rikosoikeuden käytännöllisistä, ei-metafyysisistä tehtävistä. Rikosoikeuden kannalta esimerkiksi kausaalisuhteet, riskit tai vaarat eivät vielä sellaisinaan ole kiinnostavia, vaan erityisesti siltä osin kuin kielletyillä teoilla voidaan osoittaa olevan käytännöllinen kytkentä oikeudellisesti suojattuihin intresseihin. Rikosoikeudessa rankaisemisen tarve tai intressi selitetään rikosten vaikutuksiin viittaamalla. Tästä syystä monet rikosoikeuden peruskäsitteistä ovat välttämättömässä yhteydessä todellisuudesta olevaan tietoon. Ns. objektiivisen puolen käsitteissä tämä on ilmeisempää kuin syyllisyydestä puhuttaessa.[15] Silti syyllisyysvaatimuskin täytyy voida muotoilla siten, että sen täyttyminen tai täyttymättä jääminen on todettavissa. Syyllisyyden käsitän moitittavuudeksi, joka edellyttää toisintoimimismahdollisuutta. Syyksiluettavuuden osalta on aina täsmennettävä, minkä tasoinen syyksiluettavuusvaatimus asetetaan. Moitittavuuden puutteen vuoksi teko voi olla anteeksiannettava, vaikka syyksiluettavuusvaatimus täyttyisikin.

---

[12] Ks. tästä *Nuotio* 1991. – Historiallisesti kyllä voinee väittää, että esimerkiksi politiarikokset ovat jo aikanaan edustaneet, jos ei hyvinvointivaltiollista, niin ainakin valtion huolenpidosta perustelunsa saavaa rationaliteettia.

[13] Ks. esim. Jescheckin termille »Strafbedürfnis» esittämää selitystä, *Jescheck* 1988, § 7 I 1 a.

[14] Ks. yleisesti *Kiehelä – Hakonen* 1993, 123–146.

[15] Ks. erityisesti RL 6:1:n yleisohje rangaistuksen mittaamisesta.

Rikosoikeuteen sisältyy monenlaisia jännitteitä. Modernin yhteiskunnan oikeudenalana rikosoikeuden tulisi ilmentää mielekästä reagointitapaa sosiaalisiin tarpeisiin ja ongelmiin. Kriminaalipolitiikan onnistumisen edellytyksenä on, että rikollisuusilmiöistä on tietoa päätöksenteon pohjaksi. Toisaalta rikoslainsäädännön erityinen suhde etiikkaan ja moraaliin estää sen asettamisen ja soveltamisen tarkastelun vain mekaanisesta sosiaali-insinöörin näkökulmasta. Abolitionistinen teoria on kaiken lisäksi osoittanut etiikan ja rikosoikeuden suhteelle uuden vaihtoehdon: dekriminalisointien tien.

Tarkastelen modernin rikosoikeuden eräitä perustavia rakenteita kriittisesti, mutta kuitenkin konstruktiivisesti. Pyrin osoittamaan rikosoikeuden yleisten oppien tulkintojen muotoutumisen erilaisten ristipaineiden seurauksena. Esitykseni painottuu rikoksen käsitteen ulkoisen puolen ilmiöihin, kausaalisuuden, vaaran ja teon käsitteeseen, lähinnä osana ns. tunnusmerkistönmukaisuuden vaatimusta. Kausaalisuuksia ja vaaroja suhteutetaan rikosoikeudessa normien tarkoituksiin. Teon käsite saa sekin lisäväritystä, kun arvioitavana olevat tapahtumienkulut yhä useammin sijoittuvat kommunikaatiota ja yhteistoimintaa edellyttäviin toimintajärjestelmiin. Teon käsitteestä tulee selvemmin sosiaalinen, ja samalla rikosoikeudellisen vastuun etiikka ainakin hienokseltaan muuttuu.

Oikeudelliset sääntelyt edellyttävät yhtä aikaa tiettyä formaalisuutta ja materiaalisuutta. Edellinen perustuu ennalta asetettujen sääntöjen yleisyyteen. Jälkimmäisessä taas on kyse siitä, että kriminaalipolitiikan suunnasta rikosoikeudelle asetetut rationaalisuusvaatimukset merkitsevät rikosoikeuden materiaalistumista, suuntautumista yhteiskunnan kannalta rationaaliseksi sosiaalisten ongelmien hallinnoinnin välineeksi. Kriminalisointi on yksi keino vaikuttaa tietyistä käyttäytymistavoista oleviin haittoihin. Kriminalisoinnin muoto ja sisältö eivät palvele kokonaan eri päämääriä.

Tarkastelun taustana – ei kuitenkaan kaiken aikaa esillä – ovat oikeuden ja yhteiskunnan modernisaatioprosessit, muutokset rikosoikeudellisissa sääntelytekniikoissa ja niissä yhteiskunnallisissa toimintajärjestelmissä, joita oikeusjärjestyksellä ohjataan. Rikosoikeuden erityisen osan normisto kehittyy heijastellen niitä tarpeita, joita sääntelyn kohdealueelta nousee. Modernissa rikosoikeudessa edistetään liikenneturvallisuutta, työturvallisuutta ja ympäristönsuojelua tai turvataan taloudellisen toiminnan edellytyksiä. Rikostunnusmerkistöjen tulkintaa varten on selvitettävä, mitä tehtäviä säännökset palvelevat. Erityisen osan kehitys ei kuitenkaan voi olla vaikuttamatta rikosvastuun yleisten edellytysten muotoiluun. Modernin rikosoikeuden ongelmat ilmenevät usealla tasolla. Erityisen osan kehitys eriyttää rikosoikeutta sisäisesti, koska sääntelyn kohteena olevat toiminnot poikkeavat yhä enemmän

toisistaan. Rikosoikeuden yleiset opit eivät enää ole itsestäänselvästi kaikille rikoksille yhteisiä.[16]

Rikosoikeuden normijärjestelmän kohdeympäristön käsitän perustavassa mielessä toiminnalliseksi. Rikosoikeudella pyritään vaikuttamaan ihmisten ja yhteisöjen käyttäytymiseen ja toimintaan. Usein tuo toiminnallinen kehikko on jo rikosoikeutta edeltävästi moninaisen oikeudellisen sääntelyn kohteena. Esimerkiksi tieliikenteen perustavat käyttäytymismallit pohjaavat liikennesääntöihin, jotka saavat rikosoikeudessa merkitystä ainoastaan siitä syystä, että liikennesääntöjen asemaa on haluttu vahvistaa muiden oikeudellisten sanktiointien lisäksi rikosoikeudellisilla sanktioilla. Oikeus on monitasoista, ja kullakin oikeudenalalla sama toimintajärjestelmä mielletään eri näkökulmasta. Oikeudelliset instituutiot saavat mielekkyytensä merkityksellisistä sosiaalisista instituutioista, ja voi varmasti puhua vuorovaikutuksesta oikeudellisten, oikeudellistuvien ja sosiaalisten instituutioiden välillä. Esimerkiksi tieliikenne ilman nykytyyppistä pakollista liikennevakuutusta olisi rikoslainsäätäjälle erilainen sääntelykohde kuin sellainen, jossa pakollinen liikennevakuutus on toteutettu.

Oikeusnormeilla säännellään instituutioita. Tällä on merkitystä myös sille, miten rikosoikeuden suhde oikeudenmukaisuuteen määrittyy. Rikosoikeuden normein suojattavat instituutiot voisivat periaatteessa olla epäoikeudenmukaisia, jolloin niitä tukeva rikosoikeudellinen sanktiointi olisi niinikään epäoikeudenmukaista. Rikosoikeudessa yksittäisiäkin tekoja arvioidaan usein taustanaan jokin instituutio. Instituutioyhteys rajaa kysymystä teon oikeudenmukaisuudesta ja sitoo rikosoikeutta tekokeskeisyyteen, tekojen arvon ulkoisen määrittämisen lähtökohtaan. Liberalistisessa perinteessä on yleisestikin tapana tarkastella oikeudenmukaisuutta sosiaalisena oikeudenmukaisuutena yhteiskunnallisten instituutioiden tasolla eikä niinkään yksilöiden tai heidän tekojensa tasolla.[17]

Tutkimustehtäväni on selvittää rikosvastuun syyksilukemisen rakenteita ja kausaalisuuden sekä vaaran käsitteiden asemaa ja merkitystä niissä. Kyse ei siis ole pelkästään seurauksen syyksilukemiseen liittyvistä kysymyksistä, vaan myös vaarantamiskriminalisointien erilaisten piirteiden analysoinnista. Pyrkimyksenä on esittää se, miten vaarantamisrikokset voidaan integroida osaksi modernia rikosoikeutta ilman, että olennaisesti tingitään sellaisista oikeusturvavaatimuksista, jotka seurausrikoksissa turvaavat rikoksentekijää

[16] Ks. tästä esim. *Nuotio* 1995a, 981, ja *Nissinen* 1997, 19–20, 229–230.

[17] Ks. esim. *Hellsten* 1996, 26–30.

valtiovallan puuttumiselta. Keskeiseen asemaan nousee yleisten oppien merkitys.

Rikosoikeudellisessa käsitteenmuodostuksessa on selvästi noussut esille uusia kysymyksiä. Rikosoikeuden oikeutukseen liittyvät kysymykset todistavat niinikään muuttuneista justifikaatiotarpeista samoin kuin muuttuneista tavoista yleensä esittää kysymys rikosoikeuden justifikaatiosta. Tutkimus on oikeustieteellinen eikä esimerkiksi oikeushistoriallinen. Kysymys historiasta ei silti ole tutkimusteeman kannalta sivuasia. Tutkimus on epähistoriallinen siinä mielessä, että esimerkiksi oikeustiedekäsitysten tai laintulkintaoppien muutoksia ei käsitellä sillä tavoin kuin historiallisessa tutkimuksessa.

Käsitykseni on, että modernia oikeutta yhdistää niin tietyt ratkaistavat ongelmat kuin lainsäädännön tehtäviin otettu lähestymistapa. Tällaisten puitteiden sisällä voidaan vielä edetä eri suuntiin. Esimerkiksi inhimillisen teon käsite voidaan hahmottaa hyvinkin erilaisista lähtökohdista. Teon ja kausaliteetin suhde on usein paljon ilmaiseva.

Tutkimus liikkuu eräässä mielessä sellaisen »epookin» tai oikeustyypin sisällä, jota voi sanoa moderniksi oikeudeksi. Tuon modernin oikeuden sisällä on kuitenkin erilaisia tapoja korostaa esitettävän oikeudellisen materiaalin piirteitä. Liberalistiseen oikeuskäsitykseen liitetään yleensä oikeuden käsitteellisyys ja formaalinen rationaliteetti. Oikeutta rekonstruoidaan tietystä näkökulmasta, ihmisten toiminnallisten vapauksien kannalta, kiinnittämättä erityistä huomiota tuon järjestyksen yhteiskunnallisiin vaikutuksiin. Hyvinvointivaltiollisessa käsityksessä taas oikeuden asettamisen aiheena oleva oikeuspoliittinen tavoite tulee selvemmin oikeuden sisäiseen käyttöön. Tämä muuttaa käsitystä oikeusnormien sisällöstä ja tulkinnasta.

Oma tarkastelukulmani on yhdessä suhteessa positivistinen. Oikeusjärjestyksen tietyt reaaliset kehityspiirteet otetaan sinänsä annettuina. Näihin kuuluu erityisesti vaarantamisrikosten korostunut asema rikosoikeudessa samoin kuin rikoslainsäädännön suojelutavoitteiden muuntuminen laaja-alaisemmiksi. Kysymys on samalla liberalistisen ja hyvinvointivaltiollisen rikosoikeuden tiettyjen jännitteiden tarkastelemisesta. Positivistiselta kannalta pyrin tiettyjen rikosoikeuteen kuuluvien ilmiöiden ymmärtämiseen ja tulkintaan. Rikosoikeuden tutkimuksessa ei traditiota tule ottaa annettuna. Traditioon on tarpeen kuitenkin tukeutua, mikäli tutkimuksesta haluaa nimenomaan rikosoikeudellisen. Tässä työssä asia on ratkaistu siten, että lähinnä kuluvan vuosisadan eurooppalaisesta ja angloamerikkalaisesta rikosoikeudellisesta kirjallisuudesta ammennetaan sellaisia ajatuksia, joilla on merkitystä tämän hetken tutkimuksen kannalta. Tradition kehitys tulee ymmärrettäväksi, vaikka sitä ei sellaisenaan kytketä mihinkään oikeuden ulkopuolisiin selityksiin.

Päämääränä on ennen kaikkea saada perspektiiviä siihen tehtävään, mitä on rikosoikeuden tutkiminen ja esittäminen tänään.

Tarkoituksena ei ole ratkaista lopullisesti kiistaa siitä, miten moderni rikosoikeus olisi jäsennettävissä ja oikeutettavissa. Menetelmäni on olennaisesti diskursiivinen: erilaisia käsityksiä tarkastellaan usein suhteessa toisiinsa. Liberalismin ja hyvinvointivaltiollisuuden ristiriitaa ei suoranaisesti ratkaista, vaan sille etsitään ilmaisutapaa.[18] Minulle se ilmenee siinä, miten tiettyjä modernin rikosoikeuden tunnuspiirteitä käsitteellistetään, käsitetään ja oikeutetaan. Jo niiden havaitseminen ongelmiksi edellyttää sellaista kysymyksenasettelua, joka sallii tämän tapahtua. Toisaalta niiden havaitseminen ongelmiksi voi olla myös merkki siitä, että nuo ilmiöt eivät sellaisenaan sovi johonkin totuttuun ajatusmalliin. Ajatusmallit taas eivät ole niinkään kiinni tietystä historiallisesta hetkestä kuin mallien käyttökelpoisuudesta ja hyväksyttävyydestä. Tämän vuoksi on aihetta mainita siitä, että kuvaamalla tietyt ilmiöt tietyllä tavalla myös synnytetään uutta, uusi tulkinta. En väitä, että tietyt rikosoikeuden erityisen osan kehityspiirteet olisivat johtaneet rikoslainopin kehitystä ja nostaneet esille juuri tietyt ilmiöt. Paremminkin sanoisin, että »moderneja» ilmiöitä on osoitettavissa jo rikosoikeuden teorian klassisen vaiheen ajoilta. Rikosoikeuden luonne yhteiskunnallisena ohjausinstrumenttina on käsitetty eri aikoina eri tavoin, ja periaatteessa kehitystä on voitu viedä eteenpäin eri tasoilta tulevilla »systeemi-impulsseilla».

Yhtenä työni teemana pidän oikeudellisen ja yhteiskunnallisen tiedon yhteyttä ja vuorovaikutusta. Esimerkiksi yhteiskuntatieteissä, vaikkapa oikeussosiologiassa, tarkastellaan yleensä sosiaalisia toimintajärjestelmiä, eikä arvioida yksittäisiä tekoja. Rikosoikeuden tutkimus ja lainkäyttö on tässä mielessä usein lähempänä historiantutkimusta kuin sosiologiaa. Tuomari joutuu määrättämään tietyn yksittäisen toiminnan oikeudellisen merkityksen ja arvon. Tällaisista ratkaisuista on toisaalta kiinni yhteiskunnan toimintajärjestelmienkin toiminta. Näitä järjestelmiä ohjataan tuomioistuinten ja muiden viranomaisten ratkaisuilla, joten siten ne eivät ole vaikutuksiltaan tapauskohtaisia ja ainutkertaisia. Työssä on samalla mahdollista käsitellä tekojen oikeudellisten ja sosiaalisten merkitysten vuorovaikutusta ainakin jollakin tasolla.

Tutkimuksessa pyritään myös havainnollistamaan kausaalisuuden ja vaaran käsitteiden läheinen rikoslainopillinen yhteys. Lainsäätäjän tarkoituksen

[18] Vastaavasti esimerkiksi Häyhän mukaan »voidaan kysyä, mitä sopimusoikeuden tehtävien kannalta on merkinnyt sopimusoikeuden toimintaympäristön joukkomittaistuminen». *Häyhä* 1996, 145.

selvittäminen edellyttää lainsoveltamistilanteessa kannanottoa siihen, onko tietty tapahtumainkulku sellainen, joka teon syyksilukemisen välitykselläkuuluu rikosoikeudelliselta kannalta kielletyn käyttäytymisen piiriin. Siten kausaalisuus- ja vaarantamiskysymyksissä joudutaan vertailemaan toteutuneita ja toteutumattomia tapahtumainkulkuja toisiinsa.

Vaarantamiskriminalisoinneilla muokataan ja muunnetaan syyksilukemisen asetelmia. Vaarantamishakuinen kriminalisointitekniikka muuttaa rikosoikeutta toisella tavalla kuin helposti voisi ajatella. Kotimaisessa rikosoikeudessa 1970-luku oli monien lainsäädäntöuudistusten aikaa. Rikosoikeuskomitean mietinnössä otettiin ajan hengen mukaisesti kantaa vanhentuneeksi koettuun seuraushakuisuuteen, ja vaadittiin »rangaistavuuden perusteiden painotusta vaarantamisvastuun suuntaan». Peruslähtökohtana rangaistavuuden arvostelussa tuli pitää »inhimillisen käyttäytymisen vahinkotodennäköisyyttä lisäävää luonnetta» konkreettisen vahinkoseurauksen sijasta. Erityisesti rikosoikeudellinen vastuu tuottamuksellisista rikoksista tuli komitean mukaan pyrkiä määrittämään siten, »ettei teon tai laiminlyönnin todennäköisen seurauksen sattumanvarainen toteutumatta jääminen johda rangaistusvastuusta vapautumiseen».[19]

Rikosoikeuskomitea piti siirtymää seurausvastuusta kohden vaarantamisvastuuta samalla »moitittavuusvastuun» voimistumisena. Tällainen luonnehdinta on kovin monitulkintainen. Siirtymä seurausvastuusta kohti vaarantamisvastuuta on toki syyllisyysmoitteen kannalta oikeutettu, jos seurausvastuulla tarkoitetaan perinteistä syyllisyydestä riippumatonta seurausvastuuta.[20] Mikäli taas »seurausvastuulla» tarkoitetaan sitä, että vahinkoseurauksen synty ylipäätään on rikostunnusmerkistön osa, on vaikea nähdä, missä mielessä vaarantamiskriminalisoinnit paremmin palvelevat syyllisyysmoitteen ilmaisemista.[21] Totta on, että vaarantamiskriminalisoinneilla varmasti päästään kattavampaan ohjausvaikutukseen kuin seurauksen syntyä edellyttävissä kriminalisoinneissa. Ilmeisesti tästäkään ei ole tarkalleen kysymys siinä, mitä komitea tavoittelee. Kysymys on yksinkertaisesti siitä, että vaarantava käyttäytyminen voidaan yhä selvemmin mieltää paheksuttavaksi ja moitittavaksi jo sellaisenaan.[22] Rikosoikeuskomitea lähti rangaistavuuden perusteiden arvioinnissa haitallisuuden ja paheksuttavuuden sekä niitä täydentävästä hyöty–haitta -vertailun kriteereistä. Paheksuttavuudella viitataan selvästi jonkin-

[19] *KM* 1976:72, 58–60.

[20] Ks. *Anttila* 1969, 625–648.

[21] Ks. komitean ehdotuksista tältä osin myös *Lahti* 1978, 815–823.

[22] Ks. *Lahti* 1978, 822–823. Ks. myös kriittisiä huomautuksia *Eriksson* 1977, 78–79.

tyyppiseen syyllisyysarvostelmaan. Joskus käyttäytyminen ei ole paheksuttavaa esimerkiksi sen vuoksi, että »käyttäytyminen ei osoita riittävän voimakasta moitittavaa asennoitumista».[23]

Itse katsoisin vaarantamisrikosten myös ilmentävän uudentyyppistä tapaa kohdentaa syyllisyysmoitetta. Syyllisyyden kohde, syyksiluettava teko muuttuu luonteeltaan, ja syyllisyysmoitteen taustaperustelua joudutaan muuntamaan vastaavasti. Erityisen selvästi tämä on osoitettavissa ns. presumoitua vaaraa edellyttävissä rikoksissa, joita ei enää muodollisessa suhteessa olisi välttämätöntä pitää lainkaan vaarantamisrikoksina.

Vaikuttaa siltä, että rikosoikeuskomitea piti seuraushakuisuutta ja vaarantamishakuisuutta jollakin tavoin *vaihtoehtoisina* rikosvastuun ja kriminalisointitekniikan valinnan perusteina. Vaarantamiskriminalisoinnit eivät kuitenkaan merkinneet sitä, että samalla olisi ryhdytty esimerkiksi tuottamuksellisten seurausrikosten dekriminalisointiin.[24]

Vaarantamiskriminalisoinneilla ulotetaan suojeltavien intressien suojamuuria entistä varhaisempaan tapahtumien kehitysvaiheeseen. Kaikkein pisimmälle siinä mennään kriminalisoimalla tietty käyttäytyminen ns. presumoidun vaarantamisen kiellon tekniikkaa käyttäen. Silloin jo tiettyyn normin kuvaamaan menettelyyn sinänsä syyllistyminen laukaisee rikosvastuun. Presumtio supistuu lainsäätäjän kriminalisointiratkaisun ratioksi. Presumtio voidaan joskus tulkita ehdottomaksi, joskus taas sellaiseksi, joka on tapauskohtaisen arvostelun perusteella kumottavissa. Ns. abstraktia vaaraa edellyttävissä rikoksissa edellytetään teon (tai laiminlyönnin) olleen yleiseltä luonteeltaan vaarallinen. Erityisesti ns. »on omiaan» -rikokset edustavat tätä tyyppiä. Konkreettisessa vaarassa taas selvästi edellytetään yksittäistapauksellista vaara-arviota samoin kuin vaarantamiskelpoisen kohteen joutumista vaaraan. Vasta erilaisten vaarantamisten »sipulinkuorten» alta tulee esiin se tilanne, jossa tietty vahinko todella on syntynyt. Yhä useammin tekojen rikosoikeudellisessa arvostelussa tulee otettavaksi huomioon näiden eri tasojen keskinäiset suhteet. Syyksiluettava teko voi olla esimerkiksi presumoidusti vaarallinen rattijuopumus, kun kuljettaja on samalla aiheuttanut kanssamatkustajalle tai muulle liikenteeseen osallistujalle vahinkoa.

Vaarantamisrikosten lukumääräinen lisääntyminen ja laadullinen kehitys epäilemättä muokkaa rikosvastuun perusteita. Kehitystä kohti vaarantamis-

[23] *KM* 1976:72, 49. – Vaikuttaa siltä, että rikosoikeuskomitean kielenkäytössä vaarantamista ei ymmärretä pelkästään tekoa ulkonaisesti luonnehtivaksi, vaan myös syyllisyyteen kuuluvia ilmiöitä käsittäväksi.

[24] Ks. esim. kriittistä arviota pyrkimyksestä edetä kovin voimakkaasti vaarantamisvastuun suuntaan, *Koskinen* 1977, 40–44.

vastuun korostusta ei voi tarkastella yksinomaan rikosoikeuden kriisi-ilmiönä[25], koska kyse selvästi on myös rikosoikeuden rikostorjuntapotentiaalien entistä rationaalisemmasta käytöstä oikeudellisten intressien suojaamiseksi. Rikosoikeuden tällaisen hyvinvointivaltiollisen rationaalisuuden painottuessa on entistä tärkeämpää, ettei vaarantamiskriminalisointeja pidetä vain satunnaisina poikkeuksina traditionaalisemmasta rikosvastuusta, vaan niiden tarkempi lainopillinen sisältö selvitetään ja saatetaan yhteyteen rikosoikeuden perinteisten vastuuperusteiden kanssa.

Hyvinvointivaltion rikosoikeuden kehityspiirteiden analyysissä ei voi edetä ilman modernia oikeutta koskevaa yleistä keskustelua. Paitsi oikeus- ja hyvinvointivaltiollisten tehtävien keskinäinen jännite, myös lainopin harjoittamisen tapa tulee haastavaksi ongelmaksi. Itse olen lähtenyt siitä, että vaarantamisarviot samoin kuin kausaalisuusarviot rikosoikeudessa tehdään käytännössä aina siinä yhteydessä, kun päätetään syyksilukemisesta. Kysymys koskee soveltamistilanteessa ensinnäkin tietyn käyttäytymisen kvalifiointia kielletyksi. Toisaalta kielletyksi kvalifiointi taas usein perustuu siihen vahinkoon tai vaaraan, joka teosta on aiheutunut, tai joka voidaan liittää teon ominaisuudeksi.

Nuutilan työhön (1996) verrattuna tässä ollaan osittain samantyyppisten ongelmien äärellä. Nuutila erottelee analyyttisesti teon huolimattomuudessa erilaisia asetelmia ja tarkastelee kausaalisuutta vain jonkinlaisena esivaiheena ennen normatiivisia vastuukysymyksiä. Tässä työssä kausaalisuus- ja vaarantamiskysymyksiä, kunhan ne asetetaan mielekkäästi, sen sijaan pidetään selvemmin osana näiden normatiivisten kysymysten ratkaisua. Samaa kantaa Nuutilan kanssa edustetaan pitkälle siinä tavassa, miten yhtä hyvin teon huolimattomuuden yleinen rakenne kuin rikosoikeuden normienkin luonne oikeushyvien suojaamisen kannalta perusteltuina toimintavapauden rajoituksina ymmärretään. Yhteistä on myös ongelmakeskeisyys rikoslainopin ihanteena tiukan systemaattisuuden sijasta. Tässä työssä ongelmakeskeisyys ja argumentatiivisuus ilmenevät erityisesti niin, että tarkasteltavana on myös se tapa, miten tarpeellisen argumentaation puitteet eri syyksilukemistilanteissa lainsoveltamisen kannalta rakentuvat. Rikosoikeuden käsitteistö luo sellaisen rakenteen, jonka puitteissa normatiiviset vastuukysymykset voidaan argumentatiivisesti selvittää. Esimerkkejä tästä jäsennetään tuonnempana erityisesti vaarantamisrikoksia koskevissa jaksoissa.

Tätä työtä yhdistää CLS-liikkeen piirissä harjoitettuun oikeuskritiikkiin se, että tietyt tarkasteltavat lainsoveltamistilanteet nähdään argumentatiivi-

[25] Ks. pamfletinomaista esitystä *Takala* 1995; *Prittwitz* 1993, 114–163.

sesti avoimina. Erilaisten ratkaisujen puolesta voidaan argumentoida, ja viime kädessä oikeuskäytäntö kertoo siitä, mikä normatiivisen harkinnan lopputulos on ollut. Vaarantamista ja toteutuneita tai toteutumattomia kausaalikulkuja arvioitaessa normatiiviset argumentit eräässä mielessä kääntyvät reaalisiksi ja päinvastoin. Juuri tietyt mahdolliset tapahtumienkulut tai tekotyyppien ominaisuudet voidaan katsoa lain ration piiriin kuuluviksi, kun taas toiset eivät siihen kuulu. Lain ratiota koskeva pohdinta on välttämättä argumentatiivista, koska laki ei itse määrää täydelleen soveltamisensa ehdoista. Tätä konstruktiivisuutta voidaan käyttää hyväksi pyrittäessä lain järkevään systematisointiin ja tulkintaan.

Työssäni argumentatiivisuutta ei ymmärretä puutteeksi oikeuden koherenssissa ja kiinteydessä eikä ilmaukseksi peruuttamattomasta oikeudellisen ratkaisun indeterminanssista. Pikemminkin argumentatiivinen avoimuus nähdään eduksi, joka mahdollistaa oikeuden soveltamisen inhimillisen mittapuun mukaan ja *oikeudelliselle lainsoveltamiselle* tyypillisen objektiivisuuden, joka toki on asteeltaan heikompaa kuin esimerkiksi luonnontieteissä väitelauseiden totuus. Jos niin halutaan, voitaisiin puhua myös objektiivisesta teleologiasta metodisena ratkaisuna.

1.4 Tutkimuksen rakenne

Tutkimuksen I luvussa tarkastellaan yleisellä tasolla rikosoikeuden systematisointia ja rikosoppiin avautuvia näkökulmia. Pääjakso II on rakennettu kausaalisuuden ja syyksilukemisen ympärille. Siinä valotetaan teon ja kausaalisuuden hahmotustapoja niin tieteenfilosofian kuin rikosoikeustieteenkin kannalta. Teon ja kausaalisuuden käsitteiden läheisyyden vuoksi myös vaara ja riski nousevat keskeisiksi käsitteiksi seurauksen syyksilukemista koskevissa kysymyksissä. Tarkastelun kohteeksi on valittu erilaista nykyisen rikoslainopin kannalta olennaista materiaalia. Varhemmasta saksalaisesta lainopista tarkastellaan mm. adekvaattisen kausaalisuusopin sekä toisaalta selvemmin normatiivisten syyksilukemiskäsitysten alkuvaiheita. Myös tärkeä oppi seurauksen luonnonlainmukaisuudesta otetaan esille samoin kuin oikeussosiologisempi käsitys funktionaalisesta kausaalisuudesta. Tarkoitus on ollut ottaa esille sellaiset keskeiset ainekset osin historiallisessa katsannossa, joilla on merkitystä nykyisenkin teorianmuodostuksen kannalta.

Oikeussosiologisesta ja oikeusteoreettisesta keskustelusta esille otetaan mm. Weberin ja Kelsenin käsitykset tekojen syyksilukemisesta. Angloamerikkalainen teoretisointi kausaalisuudesta tarjoaa kiinnostavan vertailukohdan saksalaispainotteiselle kontinentaaliselle teorialle. Luvun viimeisessä ala-

jaksossa ovat esillä kausaalisuuden ja normatiivisen syyksilukemisen suhteet tämänhetkisten oppien valossa.

Syyksilukemista vaarantamisrikoksissa selvitellään omassa luvussaan (III). Vaarantamisrikosten lainopillista problematiikkaa tarkastellaan kahden esimerkkisääntelyn valossa. Tarkastelukulma on tässä vielä vähemmän teoriahistoriallinen kuin se oli kausaalisuuden yhteydessä. Teoreettisesti ja oikeuspoliittisesti kiinnostava rattijuopumussääntely otetaan esille omassa alaluvussaan (III.2).

Toinen esimerkkisääntely on yleisvaaralliset rikokset, erityisesti tuhotyö (III.3). Erityisesti on esillä käsitteen *yleinen vaara* tulkinta. Mainittu käsite ei ole ollut ennen viime lainuudistusta yhtä tärkeällä tavalla rikostunnusmerkistöjen osana Suomessa. Kummankin rikostyypin osalta kotimaisessa lainsäädännössä voi nähdä selvästi hyvinvointivaltion oikeudelle tyypillisiä piirteitä, jotka osin erottavat sen esimerkiksi Saksassa omaksutuista lainsäädäntöratkaisuista. Rattijuopumuksen osalta modernisuus ilmenee mm. promillerajatekniikan käyttämisenä. Samoin on luovuttu edellyttämästä näyttöä siitä, että alkoholin nauttiminen on vaikuttanut ao. kuljettajan kykyyn kuljettaa ajoneuvoa turvallisesti. Tuo lainsäädäntöratkaisu, jota sinänsä ei ole tarkoitus riitauttaa, on sopiva esimerkki tarkasteltavaksi.

Tuhotyösäännöksen kiinnostavuus – ja ansio – taas perustuu siihen, että se tyydyttää legaliteettiperiaatetta aikaisempaa paremmin. Vaatimus yleisestä vaarasta on otettu tunnusmerkistötekijäksi. Tuhotyö eroaa entistä selvemmin politiaoikeudellisista vaarantamiskriminalisoinneista. Uusia laintulkintaongelmia tosin aiheutuu siitä, että tuhotyökriminalisoinnin oikeudellis-sosiaalista merkityssisältöä kuvaava normi on entistä yleisluonteisempi. Tämä korostaa vaarantamisvaatimuksen järkevän tulkinnan merkitystä normia täsmentävänä elementtinä. Vaarantamisrikosten tiettyjen erityiskysymysten pohjalta luonnostellaan yleisempää syyksilukemisopin konseptiota. Toisaalta osa vaarantamiseen liittyvistä rikoslainopillisista ongelmista on jouduttu jättämään tässä työssä sivummalle. Esimerkiksi yritysoppia ainoastaan sivutaan muutamin kohdin. Periaatteessa tarkasteluun olisi voitu ottaa muitakin vaarantamisrikoksia, kuten vaikkapa RL 48:1:n ympäristön turmeleminen. Sekä rattijuopumusrikokset että yleisvaaralliset rikokset olivat kuitenkin luonteva valinta. Muun muassa saksalaisessa vaarantamisrikosoikeudellisessa kirjallisuudessa on usein esimerkit valittu näiltä suunnilta.

Jaksossa III.4 palataan kausaalisuuden, vaaran ja politiarikosoikeuden kysymyksiin jälleen hieman yleisemmältä kannalta: valaistavana on hyvinvointivaltiolle tyypillisen vaarantamisrikosoikeuden tausta politiaoikeudessa ja ylimalkaan se ajattelullinen murros, joka on leimallista modernin ri-

kosoikeuden muotoutumiselle. Yhtenä piirteenä käsitellään sitä tiedollista murrosta, joka ilmeni rikosprosessioikeudessa legaalisten todistusteorioiden asteittaisena kumoutumisena ja yhteiskunnallisen kokemustiedon merkityksen kasvuna niin lainsäätämisen, lainkäytön kuin rikosoikeustieteenkin aloilla. Vaarantamisvastuun varhaisvaiheita, kuten yrityskriminalisointien kehitystä, ei tässä työssä käsitellä.

Edellä kuvattu syyksilukemiskysymysten asettuminen johtaa kysymään myös moderneja selityksiä rangaistuksen justifikaatiolle. Tämä on aiheena työn päättävässä IV pääjaksossa. Vastaukset justifikaatiokysymyksiin ovat olennaisesti kiinni siitä, miten kysymykset on ensin asetettu ja esitetty. Justifikaatio-ongelmien tarkastelussa pyritään osoittamaan, että tarkasteltaessa rikosoikeutta suhteessa johonkin kriittiseen tasoon, kuten kriminaalipoliittiseen rationaliteettiin, rajataan legitimaatiokysymykset aina tietyn sisältöisiksi. Rikosoikeuden järjestelmän justifikaatioehtojen työstäminen lopulliseen muotoon ei onnistu sen vuoksi, että vastaukset ovat vain relatiivisesti päteviä. Justifikaatiokysymysten yhteydessä voidaan vielä palata moniin myös aikaisemmissa jaksoissa esille tulleisiin kysymyksiin, kuten oikeushyvien suojelutehtävän sisältöön. Modernin rikosoikeuden justifikaatiokysymykset liittyvät toisaalta eräisiin modernin rikosoikeuden tunnusomaisiin piirteisiin, joita edeltävissä luvuissa jo on käsitelty. Vaarantamisrikosten justifikaatio-ongelmat ovat toisenlaisia kuin loukkaamisrikosten, ja yhteisölliset oikeushyvät rikosoikeudellisten normien suojelutavoitteina erilaisia kuin yksilön oikeushyvät. Vaarantamisvastuussa teon merkitys määrittyy yhä konstruktiivisemmin, kun esimerkiksi yhteiskunnasta oleva tieto voi olla välttämätöntä kriminalisointeja sovellettaessa. Vaarantamisrikokset ovat yhteiskunnallistuneen rikosoikeuden ilmentymää. Kriittisen oikeuspositivismin ajatuksen mukaisesti työssä selvitellään, mitä kriittisiä näkökohtia tulee ottaa huomioon yhtäältä lainsäätämisessä ja toisaalta lainsoveltamisessa. Kysymystä rikosoikeuden eettisestä oikeutuksesta ei varsinaisesti ratkaista. Pikemminkin pyritään selvittämään, millaisena rangaistuksen oikeutusta koskeva kysymys olisi ymmärrettävissä.

Kokonaisuus valaisee otsikon teemaa »Teko, vaara, seuraus» erityisesti niistä näkökulmista, jotka on tarkennettu alaotsikossa: »Rikosvastuun filosofisista, kriminaalipoliittisista ja lainopillisista perusteista». Filosofiset lähtökohdat tarjoavat niin monia näkökulmia rikosoikeuden kohteeseen, inhimilliseen toimintaan rikosoikeudellisesti arvotettuna ja tulkittuna, että on turha pyrkiä kanonisoimaan tiettyjä lähtökohtia teoreettisessa mielessä välttämättömiksi. Yhtenä kantavana ajatuksena on rikosoikeudellisen syyksilukemisen ja siinä tarvittavien arvostelmien käytännöllisyys. Rikosoikeuden suoja-

tehtävät heijastuvat siihen, mihin rikosvastuun katsotaan perustuvan. Käytännöllisyys heijastuu tiettyjen peruskäsitteiden tasolla samankaltaisena epätäsmällisyytenä, joka leimaa inhimillistä kokemusta muissakin suhteissa. Oikeusturvan takaamiseksi on kuitenkin edellytettävä, että rikosoikeudessa mahdollisimman pitkälle erilaisin käsite-erotteluin ja muin keinoin työstetään sellaista välineistöä, jonka avulla voidaan taata konkreettisten oikeudellisten arvostelmien yhteensopivuus rikosoikeudellisten periaatteiden kanssa. Soveltamisratkaisuilla on aina takaisinkytkentä oikeusjärjestelmään, niillä muokataan oikeusjärjestelmän sisältöä tai vähintäänkin uusinnetaan sitä. Siltä osin kuin rikosoikeudelliset säänteIyt – kuten vaara-arvostelmat – voidaan perustaa täsmällisesti mitattaviin suureisiin (esimerkkinä rattijuopumuskriminalisointi), syitä tuollaisen metriikan soveltuvuudelle sääntelytekniikkana on etsittävä koko sääntelyn hyötyjä ja oikeudenmukaisuutta koskevista perusteluista.

I LUKU

RIKOSOIKEUDEN SYSTEMATISOINNISTA JA RIKOSOPPIIN VALITTAVASTA NÄKÖKULMASTA

1. Nykyajan rikosoikeus

Rikosoikeudessa vaikuttaa omia tiettyjä hitausvoimia, jotka suojaavat rikosoikeutta muuttumasta kokonaan toisenlaiseksi. Esimerkiksi rikosoikeuden perinteiset oikeusperiaatteet muodostavat esteen rikosoikeuden rikostorjuntapotentiaalin rajattomalle pelkästään hyötyperusteiselle toteuttamiselle. Rikosoikeuden periaatteet ja kriminalisointiperiaatteet asettavat ehtoja niin hyväksyttävälle lainsäädäntötyölle kuin lainsoveltamiskäytännöllekin. Rikosoikeuden yleisten oppien käsitteet ja periaatteet eivät saa kokonaan selitystään siitä, miten rikosoikeutta käytetään välineenä yhteiskunnallisten ongelmien kohtaamisessa.

Modernissa rikoslainopissa rikosoikeuden peruskäsitteistö mielletään yhä selvemmin sisällöltään normatiivisesti määrittyväksi. Rikosvastuu ei ole vastuuta teosta, vaarasta tai seurauksesta sellaisenaan. Viime kädessä lainsoveltamistoiminta määrittää sen, missä vastuun rajat kulkevat, ja rikoslainoppi heijastelee eräässä mielessä koko oikeusjärjestelmän perusarvoja ja siinä tavoiteltavia päämääriä.[1] Toisaalta rikoksissa on kyse teoista ja laiminlyönneistä; usein rikosoikeudellinen vastuu edellyttää, että tekijä on aiheuttanut tietyn seurauksen tai saanut aikaan seurauksen syntymisen vaaran. Kriminaalipoliittisesti entistä tietoisemmin suuntautuvassa ajattelussa ei ole voitu luopua puhumasta rikoksista sosiaalisesti vahvasti kuvailevalla tavalla. Erityisen kiinnostavaa onkin tarkastella sitä, millä tavoin esimerkiksi tietyt rikosoikeuden perinteiset peruskäsitteet ovat muuntuneet siitä syystä, että rikosoikeuden peruskäsitteiden katsotaan määrittyvän korostetun normatiivisesti.

[1] Rikosvastuun kannalta kiinnostava kysymys ei ole vielä se, onko tehty jokin teko, vaan vasta se, oliko teko oikeusjärjestelmän mukaan rikoksena kielletty.

1.1 Oikeusperiaatteet ja laintulkinta

Lainopillisen tutkimuksen tehtäväksi katsotaan yleensä oikeudellisten normien systematisointi ja tulkinta. Tällainen tehtävänasettelu merkitsee samalla sitä, että lainopillinen tutkimus välttämättä perustuu johonkin käsitykseen oikeudesta. Lainopillinen tutkimus edellyttää harjoittajaltaan jäsentynyttä käsitystä siitä, mitä oikeus on. Nämä käsitykset voivat vaihdella täsmentymättömästä esiymmärryksestä jäsentyneen oikeusteoreettisen mallin omaksumiseen ja soveltamiseen. Oikeusteoria ei kuitenkaan pysty seisomaan yksin omilla jaloillaan, vaan sen oma perustelutarve avaa oikeustieteellistä tutkimusta jatkuvasti oikeus- ja yhteiskuntafilosofian suuntaan.

Rikosoikeuden yleisten oppien tutkimuksessa vaatimukset oikeus- ja yhteiskuntafilosofisten tai ylipäätään teoreettisten lähtökohtien tietoisesta pohdinnasta on syytä asettaa suhteellisen korkealle. Tähän on monia syitä. Rikosoikeus on oikeudenala, jolla kirjoitetun lain – varsinaisen asetetun, positiivisen lain – asema on erityisen vahva. Laintulkintaperiaatteet rikosoikeuden alalla ovat tiukemmat kuin toisilla oikeudenaloilla. Legaliteettiperiaate sanelee rikosoikeudessa yhtä hyvin huomioon otettavat oikeuslähteet kuin laintulkintaopinkin.[2]

Rikosoikeuden klassiset oikeusperiaatteet ovat enemmän vastuuta rajaavia kuin sitä perustavia. Tämän vuosisadan rikosoikeustieteessä ei ole ollut mitenkään kiistattomana lähtökohtana rangaistavan ja rankaisemattoman rajan mahdollisimman tarkka asettaminen, jotta voidaan välttää rikosoikeuden käyttämistä yhteiskuntapoliittisten päämäärien tavoitteluun yksilön oikeuksia vaarantavalla tavalla. Päinvastoin oikeusvaltiollista rikosoikeusajattelua vastaan on noustu useantyyppisistä lähtökohdista ja vaihtelevilla perusteilla. Erityisen kritiikin kohteeksi on joutunut metafyysinen sovitusajatus.[3]

---

[2] Ks. tästä *Frände* 1994, 27–62. – Näkökohdan kehittely olisi oma tutkimusteemansa. Frände on nähdäkseni oikeassa siinä, että rikosoikeuden periaatteet heijastuvat rikosoikeudellisten säännösten tulkintaan. Tässä mielessä laintulkintaoppi on oikeudenalakohtainen. Eritoten perusoikeusnäkökulma saattaisi tehdä asian ymmärrettäväksi. Ks. yleisesti pohdintojani *Nuotio* 1996 ja *sama* 1996b.

[3] Ks. esim. hyökkäystä teologista ja metafyysistä klassista oikeusajattelua vastaan, *Fattah* 1992, 65–66, ja vaikkapa myös Rossin arviota Woottonin kriminologisesta »abolitionismista», *Ross* 1975, 72–100.

Norrie taas pitää oikeusvaltiollisen rikosoikeuskäsityksen (justice model) ongelmana sen kaksijakoisuutta: valtion vallankäytön kontrollin tarpeen kannalta se on positiivinen, mutta toisaalta sen implisiittinen retributivismi ja oikeudellinen individualismi peittävät rikoksen sosiaalisena ilmiönä, mistä aiheutuu ratkaisematon ristiriita. *Norrie* 1991a, 196–203.

Yksilö tarvitsee suojaa suhteessa valtiovaltaan ja sen rikosoikeuskoneistoon. Toisaalta rikosoikeus toteuttaa sekin yksilöiden, yhteiskunnan ja valtionkin oikeudellisten intressien suojaa vaikuttamalla erilaisten toimijoiden toimintaan. Oikeuksien suoja saavutetaan nimenomaan prevention välityksin. Silloin voidaan puhua myös yksityisten välisiin suhteisiin ulottuvasta suojan tarpeesta tai vaikkapa erilaisten yhteiskunnallisten toimintajärjestelmien suojaamisesta siten, että näin välillisesti suojataan myös yksityisten oikeuksia. Valtiovallan tulee *kunnioittaa* yksilön oikeuksia pidättyen loukkaamasta niitä, *suojella* oikeuksia muiden taholta tulevia loukkauksia vastaan, ja *taata* (perus-)oikeuksien mahdollisimman täysimittainen toteutuminen.[4]

Nämä kolme suojaamisen suuntaa voidaan kytkeä kolmeen erilaiseen oikeusturva-ajatukseen. Niistä ensimmäinen ottaa esille oikeusturvan perinteisen oikeusvaltiollisen puolen. Toinen taas on tunnusomaista modernin hyvinvointivaltion oikeudelle. Kaikkein kiinnostavin kysymys onkin, miten kolmannessa mielessä pystytään yhdistämään nämä kaksi perin vastakkaista näkökohtaa. Kyse on Habermasin tarkoittamalla tavalla samalla siitä, miten modernin hyvinvointivaltion oikeus voidaan rekonstruoida oikeusvaltiona, esittää yhtenäisenä oikeusjärjestelmänä. Oikeuden hyvinvointivaltiolliset tehtävät nimittäin pakottavat tulkitsemaan uudelleen myös yksilön oikeusturvan tarpeet suhteessa valtiovaltaan. Yksilön oikeudet voivat vain harvoin olla täysin ehdottomia, koska ei olisi mieltä estää niihin vetoamalla sellaisten oikeussääntöjen tuottamista, jotka toisessa suunnassa palvelevat yksilön oikeusturvaa.

Klassisten rikosoikeudellisten oikeusturvaperiaatteiden asema oikeusjärjestyksessä ei perustu yksinomaan niiden muodolliseen asemaan. Esimerkiksi rikosoikeudellinen legaliteettiperiaate on ollut vain osiltaan rikosoikeudelliseen lainsäädäntöön kirjattuna. RVA 3 § koski alkuperäisen sanamuotonsa mukaan vain rikoslain voimaantulon tilannetta, joskin siitä voitiin yleistää lievemmän lain periaate. Uudistettu RVA 3.1 (770/90) säätää, että rikokseen sovelletaan sitä lakia, joka oli voimassa, kun rikos tehtiin. 2 ja 3 momentti käsittelevät tästä olevat poikkeukset, edellinen juuri lievemmän lain periaatteen. Perusoikeusuudistuksessa Hallitusmuotoon lisättiin legaliteettiperiaatetta vahvistava 6a §.

Legaliteettiperiaate on huomattavan laajaulotteinen, ja monilta merkityksiltään se sitoo jo rikoslainsäätäjää. Esimerkiksi taannehtivan lainsäädännön

---

[4] Ks. tästä selkeää Alexyn perusoikeusteoriaan perustuvaa esitystä *Nuutila* 1996, 62–71. Alexyn perusoikeusteoriassa olennaisesta jaottelusta »Rechte auf etwas» ja »Rechte auf Schutz» ks. *Alexy* 1986, 171–181 ja 410–428.

kielto ratkaisee osan taannehtivaan lainsoveltamiseen liittyvästä problematiikasta estämällä tietyntyyppisen lainsäädäntötekniikan käyttämisen. Sellaiset kiellot ovat olennaisesti perustuslain tasoisia. Jos jokaisen perusoikeutena on tulla tuomituksi rikosoikeudellisen legaliteettiperiaatteen kaikki piirteet (tai osasäännöt) huomioon ottaen, voidaan kysymys rikosoikeudellisen lainsoveltamisen legaliteettivaatimuksista nähdä kokonaisuudessaankin perusoikeuksia koskevana.[5]

Muiden oikeusperiaatteiden tapaan rikosoikeudellista legaliteettiperiaatetta voidaan tulkita ja käsitteistää eri tavoin. Yhden tällaisen jäsentelyn, joka tavoittaa periaatteen olennaisimman sisällön, on esittänyt Dan Frände.[6] Periaatteen keskeisenä sisältönä on luoda lainsoveltamiseen ennakoitavuutta, mahdollistaa se, että kansalaiset voivat toimintaansa suunnitellessaan tuntea valintojensa oikeudelliset seuraamukset ja saada takeet siitä, että rikosoikeudellinen vastuu ei kohtaa heitä niissä tilanteissa, joissa se ei perustu lain nimenomaisiin, teon tai laiminlyönnin hetkellä voimassa oleviin säännöksiin. Rikosoikeudellinen legaliteettiperiaate sitoo lainsäätäjän tiettyihin menettelyvaatimuksiin kriminalisointeja toteutettaessa, ja rajaa samalla tuomioistuinten vapautta ratkaisutoiminnassa esimerkiksi muiden oikeuslähteiden käytössä. Ei ole sattumaa, että rikosoikeudellinen legaliteettiperiaate koki läpimurtonsa valistuksen aikana, 1700- ja 1800-luvuilla.[7] Kaikkiaan voi todeta, että lakisidonnaisuus on rikoslainkäytössä keskeinen oikeusvaltiollinen vaatimus.[8]

---

[5] *HE* 309/1993 vp, 50 todetaan mm., että RL:n »kokonaisuudistuksen yhteydessä pyritään rikosoikeudellisen legaliteettivaatimuksen kattavaan ilmaisemiseen kirjoitetussa laissa. Tämä ei kuitenkaan poista tarvetta ottaa asiasta perussäännös myös perustuslakiin.» Nähdäkseni perusoikeuksien toteuttamisen kannalta legaliteettivaatimuksella on olennaista merkitystä rikoslainsäädännön tulkinnalle. Tältä osin ei ole tapana antaa rikosoikeutta koskevia tulkintaperiaatteita itse rikoslaissa. Koska valtiosäännön nähdään turvaavan »ihmisarvon loukkaamattomuuden ja yksilön vapauden ja oikeudet» sekä »edistävän oikeudenmukaisuutta yhteiskunnassa» (HM 1.1), on luonnollista, että perusoikeuksia ei voi tarkastella vain yksittäisinä, vaan tulkinnassa joudutaan aina sovittamaan yhteen useiden oikeuksien ja intressien suoja (tekijän, uhrin ja yhteiskunnan intressit).

[6] *Frände* 1989, passim.

[7] Periaatteen kansainvälisestä läpilyönnistä tiivistelmänomaisesti *Roxin* 1997, § 5 III Rn 12–17. Saksassa perustuslakiin kirjattua legaliteettiperiaatetta pidetään niin tärkeänä, että EIOS 7 art. 2 momentin säännöstä tiettyjen sotarikosten rankaisemista sivistysvaltioiden tunnustamien oikeusperiaatteiden nojalla ei ole katsottu mahdolliseksi ratifioida. Roxin (*mt.*, § 5 IV Rn 18–25) perustelee legaliteettiperiaatteen yhteyttä paitsi poliittiseen liberalismiin, demokratiaan ja vallanjako-oppiin, myös positiivisen yleisprevention teoriaan ja syyllisyysoppiin.

[8] Legaliteettiperiaatteen syvin olemus on usein nähty valtion rikosoikeudellisen pakkovallan käytön rajoittamisessa. Ks. tästä esim. *Hall* 1960, 27–69 (28).

Legaliteettiperiaatteen ja sen tausta-ajatusten vuoksi rikosoikeudellinen tutkimuskin tulee jossakin määrin sidotuksi lakipositivistiseen oikeusteoreettiseen lähtökohtaan. Samaan suuntaan vaikuttaa syyllisyysperiaate, jolla voi nähdä samantyyppisiä tausta-ajatuksia. Toisaalta rikosoikeuden alalla on silmiinpistävää sekin, että tosiasialliseen tekojen rangaistavuuteen vaikuttavat monet sellaisetkin seikat, jotka eivät tule lopullisesti täsmennetyiksi lakiin kirjoitettujen säännösten perusteella. Tulkittuna oikeusjärjestelmän osana rikosoikeuden systeemi ylittää olennaisesti sen, mitä voidaan suoraan johtaa kirjoitetun lain säännöksistä. Monet keskeiset käsitteet ovat Suomessa yhä vailla laintasoista määrittelyä, esimerkkinä vaikkapa se, mitä tarkoitetaan »tahallisuudella» tai »huolimattomuudella», eikä ole sanottua, että lakitekstiin sisällytetyt käsitemäärittelytkään olennaisesti helpottaisivat yleisiin oppeihin liittyviä laintulkintaongelmia. Positiivinen rikoslainsäädäntö on jättänyt laajoja kysymysryhmiä lainopillisen tutkimuksen ja käytännön lainsoveltajan ratkaistavaksi. Tämä on ollut syynä siihen, että niin Suomessa kuin monissa meitä oikeuskulttuuriltaan lähellä olevissa maissa yksi keskeisistä tutkimuksen tehtävistä ja tavoitteista on ollut luonnostella oikeudenalan yleisten oppien järjestelmä, joka mahdollistaisi systemaattisista näkökohdista katsottuna johdonmukaisen ja myös tapauskohtaisesti oikeudenmukaisen rikoslainkäytön.

Lain ja oikeuden suhdetta koskevan kysymyksen ratkaiseminen ei onnistu lainsäädännöllisin keinoin. Näin ollen laki- tai oikeuspositivismiakaan ei voida säätää velvoittavaksi oikeusteoriaksi yhtä vähän kuin lainsoveltamisen ongelmat voidaan ratkaista säätämällä, että lakia on tulkittava lain mukaan tai lainsäätäjän tarkoittamalla tavalla. Laki ei ole sellaisenaan sama kuin oikeus.[9] Jos laintulkinnassa esimerkiksi oikeusperiaatteet tai vastavuoroisesti tunnustettujen perusoikeuksien järjestelmä antavat välttämättömän viitekehikon lain sisällön selvittämiseen, niiden voi sanoa olevan osa lakia, jopa sen olennaisin osa. Oikeusperiaatteet ja perusoikeudet ovat eräässä mielessä oikeudessa edellytettyä ainesta, ja vasta tällaisten edellytysten jälkeen voidaan edes ajatella teknisempää lainsoveltamisen teoriaa.[10]

---

[9] Koska laki on asetettu, saattaa siihen liittyä »omapäisyyden ja muun erityisyyden aikaansaamia sattumia». Siitä syystä laki voi erota sinänsä oikeasta. Ks. tästä *Hegel* 1994, 212 § huomautuksineen. Positiivisessa oikeudessa lainmukainen on oikeaa koskevan tiedon lähde; sen lähde, mikä lain mukaan on oikein. Lailla on oma käsityksensä oikeasta. Positiivisen, lain tavoin historiallisen oikeustieteen raja on tässä: se ei voi kuin ymmärryksellään tulkita tuota lakia.

[10] Esimerkiksi ns. kriittisen oikeuspositivismin oppeja kehitellyt Kaarlo Tuori ei ole kovinkaan täsmällisesti työstänyt teoriaan tarvittavaa laintulkintaoppia.

Yleisiin oppeihin kohdistuvaa rikoslainopin tutkimusta värittää vastaava jännite: yhtäältä tiukka vaatimus ankkuroitua lainsäädännön positiviteettiin, mutta toisaalta mahdottomuus tukeutua siihen kovinkaan suuresti. Toiselta kannalta saman asian voi sanoa myös viittaamalla rikosoikeudellisten sääntelyiden yleiseen luonteeseen: koska rangaistusten käyttö on valtiovallan käytettävissä olevista reaktiotavoista ainakin lähtökohtaisesti kaikkein ankarin ja koska rangaistuksilla puututaan yksilöiden kaikkein perustavimpiin oikeuksiin, on rikosoikeudessa rankaisemisen oikeutus jatkuvasti käsillä oleva kysymys.

Rikoslainopissa joudutaan siis tukeutumaan jokseenkin välttämättä teorioihin, periaatteisiin, kriminaalipoliittisiin tavoitteisiin, tieteenfilosofiaan, oikeus- ja moraalifilosofiaan, eli ainekseen, jota ei ole saatavissa suoraan kirjoitetusta laista. Rikosoikeus on perinteisesti ollut oikeudenaloista ehkä kaikkein suorimmin yhteydessä filosofiaan. Filosofiset virtaukset hallitsivat rikosoikeuden yleisten oppien perusmäärittelyitä suomalaisen rikosoikeustutkimuksen alkutaipaleella.[11] Myöhemmin taas on ollut nähtävissä pyrkimyksiä integroida kriminologista ja kriminaalipoliittista tutkimustietoa muuhun rikosoikeudelliseen tietoon. Saksassa on tässä yhteydessä puhuttu »Gesamtstrafrechtswissenschaften»-konseptiosta, rikosoikeustieteiden yhteisestä piiristä.

Rikosoikeuden soveltaminen rikoslainkäytössä ei ole pelkkää teoriaa eikä rikosoikeustiede ole koskaan täydellisesti hallinnut oman alansa oikeudenkäyttöä. Rikosoikeustutkimus on vain yksi monista vaikutteiden lähteistä, joita tuomioistuimet ottavat huomioon lakia soveltaessaan. Rikosoikeustutkimuksessakin unohdetaan helposti se, että mitä tiukempia tieteellisyysvaatimuksia lainopilliselle tutkimukselle asetetaan, sitä etäämmäksi tiede joutuu lainsoveltajan konkreettisesta ratkaisutilanteesta. Rikosoikeustutkimuksen ei tulekaan pyrkiä esittämään ideaalista valmiiden ratkaisujen suurta järjestelmää, jossa ratkaisija tiettyä metodia seuraamalla pääsee kulkemaan optimaaliseen ratkaisuun, vaan olennaisinta on kysymysten jäsentäminen ja niiden arvojen osoittaminen, joiden varassa konkreettinen lainsoveltamistoiminta voi olla hyväksyttävää. Tässä työssä ei siten omaksuta myöskään täysin oikeusrea-

[11] Tuttuna esimerkkinä K.G. Ehrströmin Hegelin oikeusfilosofiaan ja sen saksalaisiin kehittelijöihin pohjaava rikosoikeusoppi. Ks. siitä muiden ohella *Wahlberg* 1989, passim.

listista ja skeptistä kantaa, jonka mukaan lain soveltamisratkaisuille ei voitaisi lainkaan asettaa oikeudellisia, normatiivisia mittapuita.[12]

1.2 Mitä rikosoikeudessa oletetaan yhteiskunnasta?

Klassisissa yhteiskuntasopimusteorioissa (Locke, Kant) yksilöiden vapausoikeudet muodostivat lainsäädännön ytimen, ja samalla sen rajan, jota lainsäätäjä ei saanut ylittää. Tässä käsityksessä valtion tehtävien rajoitus on yhtä tärkeätä kuin vapausoikeuksien turvaaminen positiivisen lainsäädännön ja valtion täytäntöönpanokoneiston avulla: rikosoikeuden sisällöstä säätäessään lainsäätäjä ei saanut ylittää kuvitteellisessa yhteiskuntasopimuksessa määriteltyjä rajoja.[13] Rikosoikeus on vahvasti moraalilla ja arvoilla ladattu oikeudenala, mistä syystä legitimaatiotarve koskee aivan perustavimpiakin institutionaalisia kysymyksiä. Voisi ajatella, että esimerkiksi sopimusoikeudessa ei välttämättä ole tarvetta vastaavalla tavalla esittää perusteluja sille, miksi sopimuksia on sallittua tehdä. Sopimusten sitovuus on ollut kuitenkin keskeinen aihe esimerkiksi 1600- ja 1700-lukujen luonnonoikeudellisesti sävyttyneessä juridiikassa.[14]

Lainsäätäjän tehtävät rajoittuivat rationalistisen luonnoikeusopin mukaan ulkonaisten oikeudenloukkausten estämiseen; pelkistä ajatuksista ei ollut lupa rangaista. Rikosoikeuden tällaiset »liberalistiset» lähtökohdat ovat meidän rikosoikeusjärjestelmässämme selvästi havaittavissa siinä, että yksilön vapauteen ja muihin tärkeimpiin oikeuksiin kohdistuvat teot ovat edelleen rikosoikeutemme keskeistä sisältöä. Rikossäännökset koskevat sanamuotonsa mukaisesti lähes poikkeuksetta tekoja, eivät laiminlyöntejä; epävarsinaisten laiminlyöntirikosten konstruktion avulla rangaistavaksi on tosin selitetty myös

---

[12] Lainsoveltamiseen oikeuslähdeoppien ja laintulkintaoppien jälkeenkin jäävästä »eettisestä jäännöksestä» *Høilund* 1995, 55–59 ja passim.

[13] Beccaria tiivisti aikanaan asian siten, että rangaistuksen tuli olla julkinen, välitön, tarpeellinen, lievin mahdollinen annetuissa olosuhteissa, rikosta vastaava sekä lain määräämä. *Beccaria* 1977, 196–197.

[14] Yhteiskuntasopimusteorioissa on saatettu perustella valtiovallan rankaisuoikeutta osana valtioon sitoutumista. Rationalistisessa luonnonoikeusopissa (esim. Hobbes) ei välttämättä tukeuduta ajatukseen kansansuvereniteetista ja kansasta itse itseään hallitsemassa. – Saattaisi myös ajatella, että vaikka sopimusten tekeminen ei sinänsä ehkä ole instituutio, joka vaatisi erillisen hyväksynnän, ei ole lainkaan itsestään selvää, minkä vuoksi valtiovalta tarjoaa oikeus- ja täytäntöönpanokoneistonsa sopimukseen perustuvien oikeudellisten vaateiden toteuttamiseksi.

kielletyn seurauksen aiheuttaminen laiminlyönnillä eräissä tilanteissa, joissa aiheuttaja on ns. vastuuasemassa.[15] Vain muutamassa tapauksessa on rangaistuksen uhalla säädetty aktiivisesta toimintavelvollisuudesta. Rikosoikeudellisen sanktion uhalla tehostetut käyttäytymisnormit ovat näin ollen ensi sijassa kieltonormeja, ja vain poikkeuksellisesti käskynormeja. Mutta mitään loogista syytä ei ole siihen, miksi näin olisi oltava. Tekojen kieltämisen pääsääntöisyys sääntelyn mallina on kuitenkin yhteydessä edellä sanottuun liberalistiseen lähtökohtaan. Kansalaisten velvollisuutena on ideaalimallin mukaan lähinnä välttää vapautensa käyttämistä tavalla, joka loukkaa toisen vastaavaa vapautta. Lähtökohtaista velvollisuutta toisen aseman parantamiseen tai solidaristista yhteisvastuuta ei tunneta, vaan kunkin tulee vain varoa aiheuttamasta positiivisen oikeuden tarkemmin määrittelemää ulkonaista oikeudenloukkausta. Paternalistiset kriminalisoinnit, joiden moraalinen oikeutus usein kiistetään, ovat nekin suhteellisen harvinaisia.[16]

Liberalistinen tarkastelutapa johtaa systematisoimaan oikeusjärjestystä sellaisen vastuumallin pohjalta, jossa vastuusubjektina on yksittäinen henkilö. Vastuun perusteena on mm. se, että henkilö täyttää tietyt suhteellisen muodollisesti käsitetyt syyntakeisuuden edellytykset.[17] Rikokseen itseensä kuuluu tekijän toiminta ja sen kausaaliyhteys seuraukseen, joka on samalla ulkonainen oikeushyvän loukkaus. Aiheutunut seuraus luetaan tekijän syyksi, imputoidaan tekijän viaksi, jos käsillä on lisäksi vaadittava tietoisuus seurauksen syntymisen mahdollisuudesta tai seurauksen tahtominen. Tämä malli on kuitenkin jo muovautunut toiseksi, kun esimerkiksi niin tuottamuksellisten rikosten, vaarantamisrikosten kuin myös laiminlyöntiperusteisen vastuun merkitys kasvaa.

Rikosoikeuden ideologisiin lähtökohtiin kuuluu oletuksia kansalaisten vapaudesta, rationaalisuudesta, yhdenvertaisuudesta samoin kuin kriminaalipolitiikasta, joka selittää rikoslainsäädännön rationaaliseksi oikeuteen koh-

[15] Ks. *Palmén* 1978, 41–103.

[16] Liberalistisen rangaistusteoreetikon tunnistaa yleensä parhaiten paternalismikritiikeistään. Ks. Joel Feinbergin laajan tuotannon ohella viimeksi *Schonscheck* 1994, 101–182.

[17] Liberalistisen oikeusajattelun abstraktista individualismia on erityisesti marxilaissävytteisessä kritiikissä pidetty todellisuutta vääristävänä ja eräässä mielessä kokonaan vääränlaisena oikeuden oikeutuksen lähteenä. Norrie on selvitellyt liberalistisen rangaistusideologian kehittymistä historiallisesti, ja hän pyrkii esittämään tuon ideologian ristiriitaisuuden. Ks. *Norrie* 1991a, 1–7 ja monin kohdin. Kritiikin kohde tulee kuitenkin jo niin yleiseksi, että koko oikeusajattelu olisi samalla perusteella hylättävä.

distettujen odotusten suhteen. Nämä eivät sinänsä ole mitään tieteellisiä totuuksia, vaan paremminkin jaettuja uskomuksia, joiden varaan positiivinen lainsäädäntö on rakentunut, ja jotka ovat tulleet erilaisina perusoikeus- ja ihmisoikeusnormeina osaksi oikeusjärjestelmäämmekin. Persoonan käsite on niinikään rikosoikeudessa suhteellisen muodollinen.[18] Tekijän asema ja siihen liittyvät rooliodotukset voivat toisaalta monin kohdin vaikuttaa rikosoikeudellisen vastuun rajoihin ja sen sisältöön. Tuottamusarvostelussa huolellisuusvaatimusten taso voidaan asettaa riippuvaksi tekijän asemasta.[19] Myös vaikkapa epävarsinaisten laiminlyöntirikosten vastuuasemaopissa on kyse tiettyjen oikeudellis-sosiaalisten vastuuperusteiden täsmentämisestä[20]. Rikosoikeudelliset instituutiot voivat tässä suhteessa poiketa toisistaan: jotkut ovat formaalimpia kuin toiset. Vastuuasema saattaa myös määräytyä enemmän tai vähemmän staattisesti: edellä käyneeseen toimintaan perustuen vastuu on hyvinkin tapauskohtaisesti ja toiminnan laadun perusteella määräytyvä, kun taas esim. virka-asemaa voi pitää usein melkoisen staattisena asemana. Vaikka sosiaaliset roolit ja oikeudelliset roolit saattavat olla lähellä toisiaan, konstruoi oikeus sosiaaliset odotuksetkin omalta kannaltaan.[21]

Rikosoikeudessa on ollut tapana tarkastella monia tieteenfilosofisia kysymyksiä käytännöllisesti. Tieteenfilosofisessa mielessä naiivin realistiset maailmanselitykset ovat nykyään itse asiassa harvinaisuuksia. Tieteenfilosofiassa käydyt keskustelut eivät tosin ole häirinneet käytännön rikoslain soveltamistyötä, eivätkä aina ole heijastuneet kovin suoraan lainopilliseen tutkimukseenkaan. Tämä on johtunut siitä, että lainopillisessa tutkimuksessa on

---

[18] Näihin oikeutemme liberalistisiin lähtökohtiin voi toki liittyä mitä merkittävimpiä ongelmia. Esimerkiksi naisoikeuskeskustelussa on yhä selvemmin katsottu naista alistavien rakenteiden perustavan legitimiteettinsä liberalistisesti. Kommunitaristinen lähtökohta yhteisön ensisijaisuudessa yksilöön nähden tarjoaisi pidemmälle menevät mahdollisuudet yksilöiden erilaisten suojan tarpeiden huomioon ottamiseen. Edellä mainittiin oikeusturvan kolme ulottuvuutta. Kommunitaristinen käsitys rakentaisi korostetusti preventioajattelun varaan ja korostaisi valtion aktiivista suojelutehtävää.

[19] Esim. *KKO* 1995:68; ks. kommentteja *Nuotio* 1995a, 960–962.

[20] Ks. esim. Nuutilan kommentteja ns. kuhne-hoitoa koskeneessa tapauksessa KKO 1994:101 (*Frände – Nuutila* 1996, 492); »... epävarsinaisen laiminlyöntirikoksen olennaisin erikoisuus rikoslainopillisten konstruktioiden joukossa on se, että vastuuasema *ei ole staattinen yhteiskunnallinen asema* vaan *kussakin konkreettisessa tilanteessa ja olosuhteissa erikseen arvioitava* toimintavelvoitteen perusta.»

[21] Nuutila näkee aivan oikein vastuuaseman perusteen olevan vastavuoroisissa perustelluissa odotuksissa, siltä osin kuin rationaalinen ja oikeusvaltiollinen kriminaalipolitiikka niitä suojaa. *Mk.*, 493.

lähdetty usein asian luonteen mukaisesti hyvin käytännöllisistä tavoista ratkaista tällaiset kysymykset. Rikosoikeustiede luo oman kuvansa todellisuudesta, ja siinä on ollut sallittua varsin ongelmattomasti puhua »syntyneistä seurauksista», »kausaalisuhteista», »tahdosta» jne. Esimerkiksi Nils Jareborgin rikosoppi on nähtävissä teoreettisena yrityksenä selittää sellaisia ilmiöitä, jotka jo ovat meille arkiajattelussamme suhteellisen ongelmattomia. Pragmaattinen oikeuden tarkastelutapa on usein liittynyt käytännönläheiseen ja syvemmälle teoreettisuudelle vieraaseen common sense -ajatteluun.

Erityisen selvästi lainopillisen tutkimuksen »rekonstruoimien» rikosoikeuden yleisten oppien järjestelmien moninaisuus ilmenee katsottaessa eri aikoina eri maissa laadittuja yleisesityksiä. Rikoslainopin käsitteellistämisen teoreettiset lähtökohdat saattavat vaihdella huomattavastikin, vaikka niiden perustana olisivat suhteellisen samantyyppiset lainsäännökset. Erityisesti saksalaisessa rikoslainopissa on tapana tarkastella oikeusdogmaattisen tutkimuksen historiallista kehitystä eräänlaisena kollektiivisena oppimisprosessina, jossa seuraava vaihe rationaalisuudessaan aina ylittää edeltäjänsä.[22] Kuvaustapa jättää kuitenkin huomiotta sen, että mikään konstruktio ei voi asettaa itseään lopulliseksi ja estää joutumistaan kritiikin kohteeksi. Oletus systematisointimallien lineaarisesta kehityksestä jatkuvan kritiikin olosuhteissa onkin kaikkea muuta kuin itsestäänselvyys.

Modernissa oikeusteoriassa on keskusteltu vilkkaasti moraalin, oikeuden ja politiikan suhteista. Oikeusperiaatekeskustelu on avannut uusia mahdollisuuksia moniulotteistaa kysymystä oikeuden voimassaolosta ja »johtaa» oikeuden legitimaatio aikaisempaa monivivahteisemmin. Oikeussääntöperusteiseen tarkastelutapaan verrattuna, jossa voimassaolokysymykset usein esiintyivät joko/tai-tyyppisinä ja jossa monesti tyydyttiin selvittämään sitä, mikä oikeussääntö on osa hierarkkiseksi sääntöjen järjestelmäksi käsitettyä positiivisen oikeuden järjestelmää, oikeusperiaatetarkastelut avaavat oikeusdogmaattiselle rekonstruktiotyölle uusia mahdollisuuksia.[23]

---

[22] Teoreettisesti tärkeä kansallissosialistinen rikosoikeusajattelu sivuutetaan tavallisesti lähes huomaamatta, vaikka sitäkään ei voi pitää tradition kannalta yksinomaan satunnaisena harhapolkuna. Tällaisessa oppihistorian esitystavassa traditioon kuuluminen määrittyy siten nykyisyyden horisontista.

[23] Tarkoitan ennen muuta Ronald Dworkinin, Robert Alexyn, Aleksander Peczenikin, Aulis Aarnion, Klaus Güntherin ja Jürgen Habermasin töitä. Oikeusperiaatekeskustelu on Suomenkin oikeustieteessä innoittanut monia viimeaikaisia väitöskirjan tekijöitä.

Yksi rikosoikeusdogmaattiselle tutkimukselle tunnusomainen piirre, joka erityisesti leimaa saksalaista oikeuskirjallisuutta, on rikosoikeuden järjestelmän monien peruskysymysten rajaaminen rikosoikeuden systematisointiin. Esimerkkinä olkoon oikeushyvän käsite. Rikosoikeuden normien tarkoituksena on usein esitetyn käsityksen mukaan suojata oikeushyviä. Oikeushyvän käsite on itsenäinen käsitekonstruktio. Oikeushyvä-käsitteistöä analysoidaan etupäässä »systematisoivasti» tarkastelemalla niitä intressejä, joita erilaisilla sääntelyillä katsotaan olevan tarkoitus suojata.[24] Käsite abstrahoidaan tulkinnallisesti lainsäännöksistä ja lain esitöistä, ja toisaalta sitä taas käytetään tulkinnan ja systematisoinnin apuvälineenä. Tällaisella erityisellä käsitteistöllä vältetään oikeuksista puhuminen, mistä on etuna se, että rikosoikeuden käsky- tai kieltonormeja ei tarvitse määrittää suhteessa yksilöiden oikeuksiin. Oikeushyvän käsite antaa rikosoikeuden systeeminmuodostukselle yhden kohtalaisen selkeältä tuntuvan kiinnekohdan, antaa nimen rikosoikeudella suojeltaville intresseille, ja on toisaalta riittävän väljä, jotta se voi kattaa hyvin monenlaiset kysymykseen tulevat intressit.[25] Oikeushyvän käsitettä ei ole ollut tarpeen perustaa esimerkiksi perus- tai ihmisoikeusnormeihin, vaan on voitu pitäytyä rikosoikeussysteemin sisäisessä tarkastelussa.

Toisena esimerkkinä voidaan mainita rikosoikeuden järjestelmän yleispreventiotavoite. Usein esitetyn käsityksen mukaan rikosoikeuden normeilla ylläpidetään lainkuuliaisuutta, integroidaan yhteiskuntaa ja tuetaan sitä koossapitävää moraalinormistoa. Rikosoikeuden systematiikan kannalta tämä lähtökohta otetaan usein enemmän tai vähemmän annettuna. Toisin sanoen kriminologisen tutkimuksen yksi kiinnostava tutkimusteema otetaan rikosoikeuden tutkimuksessa dogmaattisena lähtökohtana.

2. Yleisten oppien perusteita

Kotimaisessa yleisten oppien tutkimuksessa oikeusperiaatteista käyty keskustelu on ollut viime vuosina hallitsevassa asemassa. Tuota keskustelua on käyty

[24] Systemaattisesta tiedonintressistä tältä kannalta ks. *Hassemer* 1973, 20–22.

[25] Esimerkiksi Roxinin rikoslainopissa rikosoikeuden kriminaalipoliittinen funktio on selkeästi oikeushyvien suojelu. Roxin ei näe estettä tähdätä oikeushyvien suojaan myös välillisesti. Rikosoikeudessa voidaan pyrkiä ylläpitämään tiettyjä toiminnallisia arvoja (Handlungswerte), kunhan niillä vastaavasti on jokin yhteys oikeushyvien suojaan. *Roxin* 1997, § 2 VII Rn 23.

jo useimmilla oikeudenaloilla, eikä sitä ole tarpeen erikseen tässä kerrata. Esimerkiksi sopimusoikeudellisessa tutkimuksessa on kyse ainakin osaksi ollut yleisen ns. sosiaalisen siviilioikeuden teorian luomisesta, mihin myös aineellisen oikeuden kehitys on ollut synnyttämässä tarvetta: on syntynyt uudentyyppisiä selitettäviä, jäsennettäviä – ja oikeutettaviakin – hyvinvointivaltiollisia oikeusinstituutioita, joita perinteisessä oikeusajattelussa on kohdeltu poikkeuksina.[1]

Lainopin teorian kannalta Juha Pöyhösen tutkimus oikeustointen kohtuullistamisesta on erityisen tärkeä.[2] Sen eräiden keskeisten ajatusten valossa on mahdollista alustavasti tuoda esille rikosoikeuden yleisten oppien tutkimisen erityispiirteitä. Pöyhösellä hyvinvointivaltion sopimusoikeuden sisäinen jännite paikantuu aivan tiettyyn pisteeseen, josta se tosin säteilee sopimusoikeuteen yleisemminkin. Itse taas käsittelen jonkin verran paitsi lainsoveltamistason, myös lainsäädäntötason ilmiöitä.[3]

Omalta kannaltani kiinnostavaksi Pöyhösen työn tekee se, että siinä tarkastellaan oikeuden yhteiskunnallista luonnetta ja moraalin ja politiikan välittymistä oikeuteen oikeussysteemin näkökulmasta. Pöyhöselle oikeuden materiaalistuminen, hänen esimerkissään aineellisten kohtuusnäkökohtien huomioon ottaminen oikeustoimilain 36 §:n pohjalta tapahtuvassa sopimusten sovittelussa, on samalla uhka oikeuden systemaattisuudelle. Sopimusoikeuden systeemitason käsittelyssä Pöyhöselle olennaisiksi tulevat erilaiset sopimusmallit, joilla jäsennetään sopimusoikeuden keskeiset periaatteet ja niiden keskinäissuhteet. Samalla sopimusoikeuden systeemille annetaan ns. syväjustifikaatiota selittämällä sopimuksen tausta-ajatukset myös systeeminulkoisesti.

Oikeusperiaatekeskustelussa on yhtenä ajatuksena selvästikin ollut saada näkyviin tietyntyyppisten harkintaratkaisujen taustalla olevan harkinnan oikeudellinen luonne. Esimerkiksi Lappi-Seppälän rangaistuksen määräämistä varten kehittelemä oikeusperiaatemalli edustaa juuri tällaista pyrkimystä.[4]

---

[1] Ks. yleisesti *Tuori* 1990, 77–80; *Wilhelmsson* 1992, 101–145 käy läpi oikeudellisia esimerkkejä yksityisoikeuden useilta lohkoilta.

[2] *Pöyhönen* 1988, passim.

[3] Rikosoikeudessakin lainsoveltaminen on aina tapauskohtaista. Onkin syytä korostaa sitä, että kaikki periaatteet ja systematisointi-ideat kasvavat merkitykseensä vain sovelletuksi tulemisen kautta.

[4] Ks. *Lappi-Seppälä* 1987, 19–20. Oikeusperiaateteoria sopi selittämään asteikollisten normien luonteen. Rangaistuksen mittaamista koskevat normit ja niiden soveltamisessa tarvittava harkinta voitiin näin hyväksyä aidossa mielessä juridiseksi. Lappi-Sep-

Analysoimalla ratkaisutilanteita ja tehtyjä ratkaisuja oikeusperiaatteiden soveltamisratkaisuina voidaan ratkaisut nähdä kannanottoina eri oikeusperiaatteiden keskinäiseen painotukseen. Erityisen hyvin oikeusperiaateajattelu sopii sellaisiin ratkaisutilanteisiin, joissa väistämättä on punnittava useaan suuntaan osoittavia periaatteita tai argumentteja. Erottelu sääntöihin ja periaatteisiin voi tarkoittaa monta asiaa. Sitä ei olisi tarpeen kytkeä ainoastaan normien luokitukseen, kuten Pöyhönen on tehnyt.[5] Erottelu ei myöskään sinänsä ratkaise ongelmia, mutta se täsmentää kysymyksenasettelua. Erottelulla tehdään oikeutta oikeudellisen harkinnan moniaineksisuudelle ja monitasoisuudelle.[6]

Korostan oikeusperiaatteiden kahdeksaa funktiota. Periaatteet:

1) Rajaavat ratkaisutoiminnassa sallittujen ja relevanttien argumenttien määrää paikantamalla ratkaistavan kysymyksen;
2) Tuottavat systeeminsisäistä justifikaatiota lainsoveltamisratkaisuille antamalla tukea yksittäisille materiaalisille argumenteille ja joskus myös täyttämällä viimekätisen argumentin tehtävän[7];
3) Artikuloivat oikeuden sisäisen jännitteen erilaisten arvojen ja tavoitteiden välillä, mikä samalla luo yhtä hyvin vaihtoehtoisten soveltamisratkaisujen kuin niihin liittyvän argumentaation mahdollisuuden;
4) Suuntaavat laintulkinnassa oikeusjärjestelmän mukaista tulkintaasennetta ja sitä kautta vaikuttavat esimerkiksi siihen, miten normin tarkoitusta tulkitaan. Kysymys voi olla esimerkiksi supistavasta tulkinnasta[8];

---

pälän tutkimusteemana ei kuitenkaan ollut rikosoikeuden yleiset opit sinänsä, vaan pikemminkin rangaistuksen mittaamisen yleisten oppien luominen. Tästä syystä rikosvastuuta määrittävien normien soveltamiseen liittyvä yleinen problematiikka ei tule kovin keskeisesti esiin.

[5] Periaatteet voisivat esimerkiksi vaikuttaa siihen, millainen sääntelyn tekninen toteuttamistapa on hyväksyttävä. Periaatteet voisivat asettaa reunaehtoja hyväksyttävälle oikeusjärjestelmälle, ja esimerkiksi paljastaa näiden rajojen ylityksiä. Perus- ja ihmisoikeudet toteuttavatkin usein tällaista funktiota. Soveltamistason lisäksi mukaan tulee silloin oikeuden asettaminen.

[6] *Pöyhönen* 1988, 78.

[7] Ratkaisuun päätymisen ja sen perustelemisen näkökulmasta oikeusperiaatteet on luontevaa ymmärtää optimointikäskyiksi. Toisin sanoen niitä on pyrittävä toteuttamaan mahdollisimman pitkälle. Oikeusperiaatteiden varassa tehtävät ratkaisut säilyttävät juridisen luonteen, mikä taas helposti peittyy, jos soveltamisharkinta pelkistetään kokonaan ns. reaalisiin argumentteihin perustuvaksi. Ks. tältä osin Jonkan hyödyllistä esitystä *Jonkka* 1991, 167–172.

[8] Ks. tästä esim. *Nuotio* 1996b, 1024–1034.

5) Ovat viimekätisinä tausta-arvoina selvitettäessä lain tarkoitusta ratkaistavana olevassa yksittäistapauksessa;
6) Antavat oikeuden niin sisäisen kuin ulkoisenkin mittapuun säädännäisen oikeuden arvioinnille[9], ja osoittavat sen kehityksen ja muutosten ongelmakohtia sekä yleensä auttavat tunnistamaan oikeuden oman historiallisuuden[10];
7) Niiden kautta kulkee systeeminulkoinen yhteys perustaviin käsityksiin ihmisestä, yhteiskunnasta ja oikeudesta. Tämä taso, jota voi kutsua yhteiskuntafilosofiseksi, ei ole sekään muuttumaton;
8) Edellisessä samoin kuin säädännäisenkin oikeuden tasolla tapahtuvat muutokset saattavat antaa aiheen tulkita uudelleen oikeusperiaatteita ja niiden yhteyttä oikeuden muihin tasoihin.[11]

Oikeusperiaatteiden vuoksi kysymys oikeusnormien muodollisesta voimassaolosta tulee uuteen valoon. Oikeusperiaateargumentaatio on sisällöllistä ja periaatteiden painoon ja hyväksyttävyyteen nojaavaa, mistä syytä oikeusperiaatteet huomioon ottavassa tarkastelussa ei voida tehdä tarkkaa eroa de lege lata ja de lege ferenda -tutkimukseen.[12] Vaikka oikeusperiaatteet ei-

[9] Eri oikeudenalojen oikeusperiaatteet ovat usein tavallaan oikeudenalakohtaisia sovelluksia yleisistä valtiosäännön tasoisista perusoikeusnormeista ainakin siltä osin kuin kyse on julkisen vallan ja yksilön suhteista. Perusoikeuksien tulkintavaikutuksen korostaminen vahventaa tästä syystä myös oikeusperiaatteiden asemaa. – Perusoikeusuudistuksen merkityksestä rikosoikeuden kannalta ks. myös *Lahti* 1996, 930–939; hän pitää merkittävimpinä perusoikeusuudistuksen ja jo sitä edeltäneen ihmisoikeusajattelun pitkäaikaisvaikutuksia rikosoikeuden kehittämiseen ja tutkimukseen.

[10] Tämä vastannee ainakin osaksi sitä, miten Tuori perustelee kriittisen positivismin mahdollisuutta oikeuden monitasoisuudella. Esim. *Tuori* 1995, 2.

[11] Käsitykseni ei poikkea ratkaisevasti siitä, miten mm. Tuori on sijoittanut yleiset opit oikeuden tasotteluunsa. Eroa on lähinnä siinä, että mielestäni voimassaolevan oikeuden järjestelmän muutoksia voidaan tuottaa useasta suunnasta: lainsäätämisen lisäksi erityisesti (mitä laajimmassa mielessä) oikeusideologiset muutokset voivat heijastua paitsi oikeusperiaatteiden keskinäiseen painoarvoon myös siihen, miten yksittäisen periaatteen sisältö ymmärretään.

[12] *Pöyhönen* 1988, 78. – Ks. myös *Aarnio* 1989, 99–100.

Tämä ajatus on kuitenkin ongelmallinen. Positiivis-oikeudellinen käsitys oikeuden muuttamisesta on nähdäkseni hyvin tiiviisti yhteydessä ajatukseen siitä, että oikeuden »tila» voidaan täsmällisesti määritellä. Tunnistamissäännön puuttuminen keskeiseltä osalta normistoa lisää ratkaisevasti oikeuden sisällöstä vallitsevaa epävarmuutta ja myös keinoja eliminoida tuota epävarmuutta. Äärimallia tässä suhteessa edustanee dworkinilainen oikeusteoria, jossa periaateteoria takaa kaikkiin ratkaisuihin yhden ainoan oikean ratkaisun – jopa ilman lainopin teorian antamaa apua. Esimerkiksi Benthamin käsityksen mu-

vät toimisi ratkaisunormeina vaan ainoastaan tulkintoihin vaikuttavina normeina, tulevat ne välttämättömäksi osaksi oikeutta. Oikeusperiaatteiden asema selvenee olennaisesti, jos ne voidaan nähdä yhteydessä perus- ja ihmisoikeuksiin. Käsitykseni mukaan esimerkiksi rikosoikeuden keskeiset oikeusperiaatteet, kuten legaliteetti- ja syyllisyysperiaate ilmentävät juuri pyrkimystä toteuttaa tiettyjä perusoikeuksia, kuten vapauden ja itsemääräämisoikeuden suojaa. Perusoikeusajattelun nousun myötä oikeudenalakohtaiset oikeusperiaatteet on voitu kytkeä yhä selvemmin oikeusjärjestelmän yleisiin perusarvoihin.

Tämä selventää rikosoikeudessa yhtä hyvin yleisten oppien kuin esimerkiksi erityisen osan säännösten laintulkinnallista asemaa. Rangaistusuhalla sanktioidut käyttäytymisnormit eivät merkitse *poikkeusta* perusoikeuksien suojasta, vaan tapaa *toteuttaa* sitä suhteuttaen toiminnan arvo niihin arvoja tavoiteperusteisiin, jotka puhuvat toiminnan rajoittamisen puolesta. Rikosoikeuden yksittäiset käyttäytymisnormit ovat lainsäätäjän ratkaisujen tulosta tällaisissa punnintatilanteissa. Sallitun ja kielletyn rajaa määritetään useimmiten kirjoitetuissa lainsäännöksissä. Lainsäätäjän tuota toimintaa voidaan arvioida kehittämällä oppia ns. kriminalisointiperiaatteista. Rikosoikeuden sisäisessä käytössä kriminalisointiperiaatteet voivat olla apuna laintulkinnassa vain, mikäli niiden avulla voidaan selvittää kriminalisoinnin sisältöä.

Toisaalta lainsoveltaminen edellyttää, että lainkohtaa tulkitaan tarkoitusperiensä valossa. Eräässä mielessä on silloin palattava siihen harkintatilanteeseen, joka alun alkaen oli lainsäätäjän ratkaisun taustalla. Vaikka yksittäinen kriminalisointipäätös merkitsee eräässä mielessä sitä, että tuotetaan yleisiin perusoikeussäännöksiin nähden tietynlainen lex specialis, ei sillä ole voitu tarkoittaa sulkea kokonaan pois näiden samojen arvojen ja tavoitteiden tulkintavaikutusta lainsoveltamistilanteessa. Rikosoikeudellisessa lainsoveltamisessa on käytännössä aina kyse täsmällisten käyttäytymisvaatimusten asettamisesta konkreettisessa tapauksessa. Lainsoveltajan esiymmärryksessä on jo käsitys siitä, että käyttäytymisnormin asettamisella on jokin tarkoitus ja että se ratkaisee jonkin intressien ristiriidan antamalla säännön sen ratkaisuksi. Siitä syystä on luonnollista, että nuo tausta-arvot edelleen vaikuttavat tuon säännön tulkinnassa. Soveltajan sidonnaisuus lakiin on sitä, että

---

kaan jo oikeuden muuttaminen edellytti sitä, että voimassaoleva oikeus voidaan määritellä. Oikeustiede voi siten ottaa kahtalaisen tehtävän: joko tutkia oikeutta sellaisena kuin se on tai sellaisena kuin sen pitää olla. Ks. tark. *Bentham* 1982, 293–300; *Atiyah* 1987, 163. Ks. myös *Postema* 1986, 403–408 ja passim.

hänen tulee lähteä sovellettavasta säännöksestä ja tarkentaa sen sisältöä oikeudellisten arvojen ja tavoitteiden näkökulmasta.[13] Myös yleisten oppien alueella perusoikeuksien tulkintavaikutus merkitsee joutumista takaisin tämäntyyppisiin punnintoihin. Tässä työssä nämä punninnat otetaan erityisesti esille tulkittaessa yleislausekkeita, jotka muodostavat vaarantamisrikoksissa vaara-tunnusmerkin.

Myös oikeusperiaatteiden ja varsinaisten oikeuskäsitteiden[14] suhde on hyvin läheinen. Lakisidonnaisuusperiaate sitoo rangaistavuuden tekohetken lain mukaan määräytyvään rikokseen ja rangaistukseen. Rikos ja rangaistus taas ovat käsitteitä, jotka jakaantuvat alakäsitteisiin ja jotka saavat sisältönsä konkreettisessa lainsoveltamisessa oikeusperiaatteiden pohjalta. Syyllisyysperiaatetta toteutetaan asettamalla syyllisyyttä koskevia vaatimuksia, kuten esimerkiksi vaatimus tietynasteisesta syyksiluettavuudesta. Tätä vaatimusta taas kuvataan tietyllä käsitteellä, esimerkkinä tahallisuus. Huolimattomuuskaan ei ole periaate, vaan käsite, mutta tuon käsitteen tilannekohtainen tulkinta edellyttää sen sisällön konkretisointia erilaisten periaatteiden avulla.

Oikeuskäsitteet voivat nekin täyttää viimekätisen argumentin paikan – ellei muuta argumenttia enää ole. Kaiken lisäksi oikeuskäsitteilläkin on oma historiallisuutensa, niitäkin tulkitaan jatkuvasti uudelleen. Oikeuskäsitteiden varhemmat merkitykset saattavat saada voimassaolevan oikeuden kannalta merkitystä, kun niihin perehdytään.[15]

Oikeuskäsitteiden yhteys syväjustifikaatioon tuottaa niille myös keskinäisen yhteyden. Oikeuskäsitteet ovat verkostuneita, järjestelmän muodostavia. Lainopin traditio on myös näiden käsitejärjestelmien kehitystä ja uudelleenmäärittelyä. Jotkin oikeuskäsitteet määrittävät niin keskeisesti tuota

---

[13] Ks. pohdintojani perusoikeusmyönteisestä laintulkinnasta ja tämän vaatimuksen heijastumista tarpeeseen kehitellä laintulkinnan teoriaa, *Nuotio* 1996b, 1024–1025. Jareborgin laintulkintaopissa ns. rangaistusarvopohdinnat saavat saman tehtävän. *Jareborg* 1994, 363–366 (366): »Rekommendationer i lagmotiv rörande straffvärdebedömningar ges ofta formen av rekommendationer om restriktiv eller extensiv tolkning». Itse lähtisin siitä, että sisällöllinen, perusoikeuden ulottuvuuden huomioonottava laintulkinta ei tuossa harkinnassa ole niinkään sidottu siihen, että juuri esityömateriaalista »löydetään» tukea tietynlaiselle tulkinta-asenteelle.

[14] Ks. termistä *Alexy* 1983, 315–319.

[15] Esimerkkinä Bindingin tuottamusanalyysissä esiin nouseva, Vermeidbarkeit-periaatteen suunnasta esitetty tulkinta, jonka mukaan tuottamuksen olennainen sisältö on vahingon vältettävyys. Tuota ajatusta on sittemmin kehitelty monenkin kirjoittajan töissä saksalaisella kielialueella, esimerkkinä *Kahrs* 1968.

käsitejärjestelmää, että niiden muutokset merkitsisivät oikeusjärjestelmän perustan muuttumista. Käsitejärjestelmänäkin oikeusjärjestyksellä on merkittävä syvyysulottuvuus.[16]

Rikosoikeuden ominaispiirteenä länsimaisessa talous- ja oikeusjärjestelmässä on tietty formaalisuus, mikä heijastuu lainopin peruskäsitteisiin. Voi sanoa, että nykyhetken säädännäisen rikosoikeuden järjestelmää mallittamisen kannalta tarkastelevassa tutkimuksessa ei voi välttää sitä, että tuon oikeuden oikeustyyppien omaa laajempaa historiallisuutta on hankalaa saada esiin. Kyse on samasta asiasta, johon törmättäisiin oikeusperiaatteiden historiallisessa tarkastelussa, ellei aikaperspektiivi olisi hyvin laaja. Esimerkiksi perusoikeuksien asema oikeusjärjestelmässä sen yleisenä implisiittisenä tai eksplisiittisena aineksena on olennaisesti modernin valtion ja modernin oikeuden tunnusmerkki.

Rikosoikeuden systematisoinnin ja tulkinnan lähtökohdaksi on syytä ottaa paitsi oikeudenalan, myös oikeusjärjestyksen yleiset arvot ja tavoitteet. Jäljempänä kehitellään oikeusteoreettista kehikkoa sille, miksi näin on meneteltävä. Tässä vaiheessa riittää mainita siitä, että rikosoikeuden normistoa värittää se jännite, joka vallitsee yksilön perusoikeuksien ja rikosoikeuden normien suojelutavoitteiden välillä. Rikosoikeus oikeusjärjestyksenä ilmentää sitä muotoa, jolla lainsäätäjä reagoi tähän jännitteeseen ja asettaa oikeudellisten intressien suojaamisen tarkoituksessa käyttäytymismuotoja rangaistusuhan alaiseksi.

Tämä jännite paikantuu rikosoikeuden normiston eri osissa eri tavalla. Silti sielläkin, missä selkeimmin on kyse käyttäytymisnormien asettamisesta, tuo jännite on paikannettavissa. Tämä heijastuu siihen, ettei rikosoikeudessa – yhtä vähän kuin millään muullakaan oikeudenalalla – voida systematisoida oikeutta rakentamalla sellainen »malli», joka ei koostuisi useammansuuntaisesta aineksesta. Onkin epävarmaa, missä mielessä voidaan puhua tiukista oikeudenalakohtaisista malleista systematisoinnin apuvälineinä.

---

[16] Käsitteitä käsitteistönä on tarkastellut erityisesti *Paasto* 1994, 262–265. Ks. myös hänen analyysiään Pöyhösen sopimusmallista (*mt.*, 259–265). Paasto korostaa Pöyhösen pitävän silmällä malleissaan ratkaisunäkökulmaa. Tarkoitus on ohjata ratkaisutoimintaa ja palvella ratkaisutoiminnan itseymmärrystä. Lainopillisessa tutkimuksessa tätä piirrettä ei voidakaan kokonaan sivuuttaa. Intressinä ei ole yksinomaan oikeuden historiallisen muutoksen ymmärtäminen, vaan sen ymmärtäminen, mitä oikeus ratkaisijalta vaatii. Oikeuden aatehistorian ja teoreettisen lainopin erään yhteyden voisikin nähdä juuri tässä: myös historiallisessa oikeuden analyysissä on pidettävä mielessä se, että lainsäädännössä ja laintulkinnassa on toimittu tietyn oikeuteen sidonnaisuuden vallassa.

Rikosoikeuden tutkimuksen kannalta erityisen tähdellistä on panna merkille, että Pöyhösen teoksessa periaatteiden painoarvoja ja oikeudenalan perushahmotusta jäsentävien mallien käyttö »sekä edellyttää että lisää ja korostaa oikeuden systemaattisuutta». Sopimusmalli on alustavan määrittelyn mukaan »näkökulma, joka omaksutaan sopimusoikeuden normiston tarkastelussa». Sopimusmalli on »se tausta-ajatus tai esitieto, joka sopimusnormiston tarkastelijalla aina on sopimuksesta». Systemaattisuuden korostuminen »merkitsee, että sopimusmallien yhteydet tiettyihin yhteiskuntafilosofisiin järjestelmiin tai ainakin yhteiskunnallisiin arvoihin ja tavoitteisiin tulevat tärkeiksi».[17]

Pöyhönen katsoo sopimusmallin kokonaisuudeksi, jossa on kolmenlaisia tyypillisiä elementtejä: peruskäsitteitä, dogmeja ja konstruktioita. Kunkin elementin taakse voidaan ajatella elementtiä perusteleva teoria.[18] Pöyhösen mallinjäsennys samoin kuin Tuorin oikeuden monitasoisuutta koskeva esitys antavat tietyn teoreettisen taustan, jota vasten rikosoikeudenkin järjestelmää voidaan lähestyä. Pöyhösen malliopissa oikeusperiaatteet eivät ole mallin elementtejä, niinkuin eivät oikeussäännötkään. Itse jäsentäisin laajimmillaankin oikeudenalakohtaisen mallin siten, että oikeusperiaatteet selittävät tai jättävät selittämättä oikeusjärjestelmän argumentaatiorakenteessa mallin elementtejä. Mallillakin on siis syvyyttä, eikä se poikkea olennaisesti siitä, miten koko oikeuttakin voidaan jakaa tasoille. Oikeudenalan yleiset opit kaikkine elementteineen ja piirteineen ovat osa oikeutta tulkituksi järjestelmäksi käsitettynä.

Oikeusperiaatteiden ja oikeuskäsitteiden läheinen yhteys systematisointihakuisessa lainopissa tuo etsimättä mieleen ne vaarat, joita voidaan liittää abstraktioilla operoivaan lainoppiin. Esimerkiksi rikosoikeuden soveltamisessa on yhdeltä kannalta kyse käsitejärjestelmän soveltamisesta. Modernissa oikeudessa on kuitenkin voimia, jotka vähentävät systemaattisuusihanteesta seuraavia vaaroja. Oikeusjärjestyksen ymmärretään yhä selkeämmin saavan merkityksensä yhteiskunnan toiminnallisissa puitteissa.[19]

---

[17] *Pöyhönen* 1988, 79–80.

[18] Pöyhönen ei pohdi tällaisen erottelun edellytyksiä. Voi olla yllättävän vaikea pitää yllä tällaista jakoa, ainakin jos asiaa ei tarkastella nimenomaan suhteessa tiettyyn oikeudenalaan ja sen tiettyyn malliin. Esimerkiksi tahallisuus on peruskäsite, mutta se voi olla myös dogmi tai konstruktio.

[19] Klami on korostanut normien toiminnallisuutta myös siinä mielessä, että säännön tulkitsemisen ja soveltamisen tarve tekevät jo itse normistakin toiminnallisen. *Klami* 1983, 28. Vastaavasti Klami pitää oikeuden yhteiskunnallisen luonteen ymmärtämistä tulkin-

Oikeuden toiminnallisen yhteyden ymmärtäminen ei mielestäni edellytä sitä, että laintulkinnassa voitaisiin syrjäyttää perinteinen oikeudellinen argumentaatio ja siirtyä puhumaan suoraan yhteiskuntapoliittisista tavoitteista. Jo perusoikeusnäkökulma velvoittaa lainsäätäjän edistämään yhteiskuntapoliittisia tavoitteita aina oikeudellisesti hyväksyttävissä muodoissa. Lakia ei saa soveltaa sillä tavoin puhtaasti, että laki pelkistyisi lain tavoitteeseen, jota ei suhteutettaisi muihin oikeusjärjestyksen perustaviin arvoihin ja tavoitteisiin.

Oikeustieteellisessä tutkimuksessa on myös vahingonkorvausoikeuden teoriassa yritetty hahmottaa oikeudenalan yleiset opit tältä pohjalta: vahingonkorvausoikeus ei ole periaatteetonta, mikä ilmenee juuri siinä, että vahingonkorvausoikeuden perustavimmatkin dogmit voidaan riitauttaa. Pöyhönen ja Korhonen tekevät sen kolmannelle aiheutuvien vahinkojen korvaamatta jäämistä koskevan dogmin osalta rakentamalla tuolle oikeussäännölle uuden, »ajanmukaisen» taustan. Korvaamalla »käsite- ja oikeussubjektiperusteinen» normin sisällön ajatus »riski- ja toimintaperusteisella», päädytään normin sisällön täsmentämisessä osaksi toisenlaisiin ratkaisuperiaatteisiin. Olennaiseksi tulevat osapuolten riskipositiot sekä heidän mahdollisuutensa kontrolloida vahinkojen syntymistä ja varautua niihin.[20]

Seuraavassa esitän joitakin esimerkkejä siitä, millaisia peruskäsitteitä, dogmeja ja konstruktioita rikosoikeuden alalla voisi edellyttää. Tietenkään ei ole välttämätöntä analysoida rikosvastuun mallien elementtejä juuri tällaisen jaottelun varassa. Jos vastuumalleista ylipäätään halutaan puhua, saadaan tällaisella erottelulla kuitenkin näkyviin sellaisia ilmiöitä, joilla on yhteytensä myöhemmin tarkemmin käsiteltäviin justifikaatiokysymyksiin.

2.1 Rikosoikeuden peruskäsitteet

Rikosoikeuden oppikirjoihin tutustumalla rikosoikeuden peruskäsitteiksi osoittautuisivat epäilemättä rikos ja rangaistus sekä rikoksen keskeiset rakenne-elementit tunnusmerkistönmukaisuus, oikeudenvastaisuus ja syyllisyys.

On ajateltavissa, että peruskäsitteitä olisivat esimerkiksi teko, tietoisuus, syyllisyys, kausaalisuus, vaara, seuraus, oikeushyvä. Mitkä ovat peruskäsitteitä, ja mitkä taas niihin liittyviä alakäsitteitä, ei välttämättä ole edes aivan olennainen kysymys. Voisi hyvinkin ajatella, että rikoksen perustavat jaot-

---

nallista vapautta lisäävänä. Tulkinta-asenne vapautuu, kun käsitelainopin kahleista vapaudutaan tavoitteellisen laintulkinnan hyväksi. *Klami*, mt., 64.

[20] Ks. yleisesti *Pöyhönen – Korhonen* 1996, 256–262, 284–287.

telut jo ilmentävät kannanottoa esimerkiksi rangaistusteoreettisiin kysymyksiin.[21] Rikosoikeuden pitkässä perinteessä perusedellytykset rikosoikeudelliselle vastuulle esitetään rikoksen käsitteen muodossa. Puhutaan myös rikoksen rakennemallista tai rikoksen yleisestä tunnusmerkistöstä.[22]

On ajateltavissa, että kaikki rikosta keskeisesti konstituoivat elementit olisivat rikosoikeuden peruskäsitteitä. Tämä ei olisi sen vuoksi tyydyttävää, että esimerkiksi oikeushyvän tai vaaran käsitettä ei yleensä esitetä osaksi rikoksen teoreettista rakennemallia, mutta silti näille käsitteille annettavan sisällön voi katsoa kuuluvan olennaisena osana rikosoikeudellisen vastuujärjestelmän hahmotukseen.[23]

Oikeushyvän käsitteen muodostuminen ja läpilyönti liittyy oppihistoriallisesti sosiologisen koulun korostetun policy-tyyppisiin lähtökohtiin. Oikeushyvän käsite antaa rikosoikeudelle »ulkoisen referenssin» selittämällä, mitä intressejä rikoslainkäytössä palvellaan, ja mitkä siis ovat rikosoikeuden suojaa saavia intressejä, arvoja, hyviä. Käytännöllinen »intressilainopillinen» käsitys rikosoikeuden tehtävistä korosti tällaisen referenssin välttämättömyyttä. Oikeushyvän käsitteen kehitys ja erityisesti se, että tuo käsite on vakiinnuttanut paikkansa rikosoikeudellisessa kielenkäytössä, kertoo tuona aikana tapahtuneesta perustavanlaatuisesta muutoksesta sen suhteen, miten rangaistuksen tarkoitus nähtiin. Esimerkiksi selvemmin filosofiset rangaistuksen tarkoituksen perustelut (Kant ja Hegel), joissa rankaisemisen järkivaatimus on käsitetty oikeudenmukaisuussyiden vuoksi välttämättömäksi yksilön – toisen tai jopa ja ennen kaikkea tekijän – oikeuksien kannalta, taas nojautuvat syvällisemmin periaatteen luonteisiin arvoihin.[24]

---

[21] Esimerkiksi puhtaan klassisen liberalismin rikosopissa peruskäsitteitä voisivat olla tahdonvapaus, teko ja oikeudenloukkaus. Käsitteiden kausaalisuus, vaara, oikeushyvä ja intressi merkityksen korostuminen taas aivan ilmeisesti liittyy siihen, että rikosoikeuden justifikaation katsotaan liittyvän aineellisten intressien suojaan eikä pelkästään oikeusjärjestyksen muodolliseen voimassaoloon.

[22] Esim. *Koskinen* 1976, 22–29; *Koskinen* 1996, 26–28.

[23] Niissä molemmissa voisi nähdä tietynlaisen järjestelmän ulkoisen referenssin: oikeushyvä on jotakin, johon viitataan, mutta joka eräässä mielessä kuitenkin on *myös* oikeudellisen rajan sisäpuolella. Oikeuden »sisäisessä käytössä» oikeudellinen intressi on lainsäännöksen suojelutavoitteena välttämätön lainsoveltamisen apuneuvo. Oikeuden »ulkoisessa käytössä» se on oikeus- ja kriminaalipoliittinen peruste lainsäätäjään kohdistettaville vaatimuksille. Oikeuden ulkoisena referenssinä oikeushyvän käsite määrittyy olennaisesti yhteiskunnallisesti.

[24] Oppihistoriallisista oikeushyvän käsitteen tarkasteluista ks. *Amelung* 1972 ja *Sina* 1962, molemmat passim. Ks. myös yleisesti *Hassemer* 1973, passim.

Vaaran käsitteen asema on riskin käsitettäkin epäselvempi. Vaaroista on puhuttu arkikielessäkin jo pitkään ennen juridisen erityiskäsitteistön muodostumista. On aivan ilmeistä, että vaaran käsitteen merkityssisältö on riskin käsitettä siinä suhteessa laajempi, että vaarallisuus voi perustua juuri tiettyyn tiedolliseen epävarmuuteen.[25] Riskin käsitteessä taas periaatteessa pyritään täsmentämään tuon epävarmuuden vaikutuksia, muuntamaan epävarmuudesta riskejä. Riskin käsite liittyy rationaalisen toiminnan mallin laajentumiseen modernissa maailmassa, jossa ymmärrettiin tärkeäksi »pelata» luontoa ja toista ihmistä vastaan panoksilla, vaikka se joskus johtaisikin menetyksiin. Riskin käsite liittyy alkuaan jonkin epävarman taloudellisen sijoituksen kannattavuuden kalkylointiin.[26]

Riskin ja vaaran käsitteistä on tulossa rikosoikeudellisen lainopin keskeisimpiä alakäsitteitä – ja tärkeitä myös muussa lainopissa. Niiden kummankin etuna on eräänlainen objektiivisuus. Vaara on jo valmiiksi ulkoistettuna luontoon, kun taas riskiarviot voidaan pyrkiä objektivoimaan toisella tavalla. Riski selitetään yleensä laskettavaksi kaavasta: Riski (R) = Todennäköisyys (P) X Haitta (H). Riskin arvioiminen sisältää kummankin muuttujan arvioinnin.[27] Riskin käsite liittyy niinikään olennaisesti epävarmuuden käsitteeseen. Hyvin usein nimenomaan tiedon puute joidenkin tapahtumien reunaehdoista tai niitä koskevista lainalaisuuksista estää sen, että päätöksentekotilanne voitaisiin kokonaan matematisoida riskikaavioiden edellyttämällä tavalla.[28] Olisi ajateltavissa, että riskin ja vaaran käsitteen epäsymmetrisyys perustuisi siihen, että vaaran käsite sisältää epävarmuuden toisin kuin riski, jossa se osaksi rajautuu käsitteen ulkopuolelle.[29]

---

[25] Ks. esim. *Lahti* 1982, 142: »Kun tilanne... ei ole tekijän hallinnassa, (osa)syynä on säännöllisesti epätietoisuus joistakin todellisen (objektiivisen) vaaran arvosteluun vaikuttavista teko-olosuhteista...»

[26] Riski-sanan etymologiasta ja suhteesta vaaran käsitteeseen, ks. esim. *Luhmann* 1991, 17–26; laajemmasta perspektiivistä *Bonß* 1995, 108–146. Ks. myös *Nuotio* 1994a ja *sama* 1995.

[27] Ks. riskin ja päätöksenteon monista kytkennöistä *Kamppinen – Raivola – Jokinen – Karlsson* 1995, 15–78; *Rescher* 1983, 5–8. Viime mainitussa lähteessä korostetaan riskin käsitteen ontologista luonnetta epistemologisen sijaan.

[28] Ks. tästä viimeksi *Klami* 1997, 39–42.

[29] Symmetrisyyttä on puoltanut *Luhmann* 1991; asiallisesti melko lähellä tätä on myös *Giddens* 1993, 34–35. Ks. myös erottelua »to take a risk» / »to face a risk», *Rescher* 1983, 5–9. – Riskisosiologian peruskäsitteistä ks. *Bonß* 1995, 27–103, monine ajanmukaisine viitteineen.

Myös vaarantamisarvioissa arvioinnin kohteena olevaa toimintaa verrataan objektiiviseksi määrittyvän, rationaalisen »standardisubjektin» toimintaan vastaavassa konkreettisessa tilanteessa. Tuo subjekti ei enää ole arvioita suorittava subjekti itse, vaan standardipersoonaksi objektivoitu henkilö. Rikosoikeudessa voisikin puhua siitä, että esimerkiksi eriyttämällä tuottamusarviointia eri rooleissa toimivien henkilöiden osalta tunnustetaan sosiaalisten roolien vastaava eriytyminen ja myös tuotetaan sitä aktiivisesti. Rikosoikeudellisilla ratkaisuilla tässä mielessä muokataan maailmaa.[30]

Riskin ja vaaran käsitteet tuottavat niinikään oikeudelliseen lainsoveltamiseen tarpeellista konkreettisuutta ja havainnollisuutta. Riskien ja vaarojen objektivointi on mahdollista. Niistä voi olla tietoa, ja niistä voi esittää näyttöä, mutta silti ne eivät ole sellaisia entiteettejä, joiden olemassaolo voitaisiin suoraan perustaa esimerkiksi havaintoihin. Riskien ja vaarojen arviointi edellyttää aina arvioitsijalta konstruktiivista panosta. Erityisesti tämä liittyy siihen, että modernissa oikeudessa ei riskinotto tai vaarantaminen voi olla koskaan kategorisesti kiellettyä, vaan vain siltä osin kuin se tehdään rikosoikeuden kannalta kielletyllä tavalla.

Vaarakäsitteistössä tiivistyy tietty jännite. Kriminalisoinneilta edellytetään tarkkarajaisuutta rangaistavuuden rajoitusvaikutuksen periaatteen mukaan, mutta toisaalta kriminaalipoliittinen ajatus rangaistusuhkien rationaalisesta käytöstä oikeushyvien suojaamiseksi edellyttää rangaistusuhkien suhteuttamista uhkan intensiteettiin ja oikeushyvän arvoon. Vaarantamiskriminalisoinnit ovat keino porrastaa rangaistavuutta tuossa suhteessa. Tämän vuoksi vaarakäsitteiden määritelmillä ei voida poistaa niihin liittyviä tulkintaongelmia. Vaarantamisen kiellon rajat ovat joustavia samassa mielessä kuin oikeushyvien suojan tarve.

Peruskäsitteitä käytetään Pöyhösen mukaan »toisaalta normiston systematisoinnin apuvälineinä, toisaalta ratkaistavien juridisten ongelmien sijoit-

[30] Periaatteessa mitä tahansa tuottamusratkaisua voidaan lukea tästä näkökulmasta. Voisikin sanoa sanoa, että tiedonsosiologisen todellisuuden sosiaalisen rakenteistumisen »päällä» lepää vielä oikeudellinen tuon rakenteistumisen ja siihen kuuluvien roolien tuottaminen. Ks. edellisestä *Berger – Luckmann* 1994, passim., ja erityisesti roolien merkityksestä osana sosiaalisten instituutioiden järjestelmää, *mt.*, 87–93. Oikeudellisten roolien eriytyminen tarkoittaa sitä, että vain tietyt kriteerit täyttävät henkilöt tulevat tuon roolin mukaan arvosteltaviksi. Konkreettiset henkilöt taas ovat keskenään vaihdettavissa. Tässä mielessä roolikäsitteissä tehdään aina abstraktiota. Henkilöön liittyviä rooleja voidaan luokitella eri tavoin, mm. sillä perusteella tehdäänkö abstraktio kyvyn vai esimerkiksi tarpeen suhteen. Ks. *Wilhelmsson* 1992, 93–100.

tamisessa normiympäristöönsä». Peruskäsitteiden kaksi käyttötehtävää edellyttävät niiltä erilaisia ominaisuuksia, joten usein systematisoinnin kannalta paras käsite ei ole paras ongelmanratkaisukyvyn kannalta.[31] Rikosoikeuden yleisten oppien muodostaman vastuujärjestelmän kannalta voidaan vielä mainita peruskäsitteiden esitystekninen ja pedagoginen tehtävä. Jäsentämällä peruskäsitteiden avulla vastuuoppien järjestelmä hallittavaan muotoon järjestelmän sisältö tulee samalla helpommin omaksuttavaksi. Tämä pedagoginen tehtävä ei silti ole varsinaisesti erotettavissa muusta systematisoinnin tarpeesta. Peruskäsitteillä hahmotetaan sellainen ajatustila, jossa oikeudellisen ongelman ratkaisuvaihtoehdot voidaan muotoilla. Kysymysten läpikäyntiin saadaan järjestystä, mikä merkitsee usein myös taloudellisuutta: jos rangaistavuuden edellytyksissä havaitaan puute, asian ratkaisu ei vaadi enää kannanottoa jäljempänä oleviin ongelmiin.

2.2 Rikosoikeuden dogmit ja konstruktiot

Dogmeja voisivat olla esimerkiksi usko rangaistusuhkien ja rangaistusten tuomitsemisen preventiiviseen vaikutukseen.[32] Dogmi on myös käsitys siitä, että kansalaiset pystyvät päättämään omasta toiminnastaan ja tekemään rationaalisia valintoja. Kansalaista rationaalisena ja valintoja vapaasti tekevänä ihmisenä pitävä dogmi perustuu käsitykseen ihmisestä autonomisena yksilösubjektina. Kyse ei kuitenkaan ole yksinomaan abstraktista moraalifilosofisesta periaatteesta, vaan sitä voi myös pitää länsimaisen oikeuskäsityksen yhtenä välttämättömänä lähtökohtana ja oletuksena.

Myös ns. konformiteettiperiaatteen tarkoittaman kyvyn ja tilaisuuden täyttää rikosoikeuden toiminnalle asettamat vaatimukset katsottaneen lähtökohtaisesti olevan käsillä, jos tekijä on syyntakeinen. Konformiteettiperiaate luo oikeastaan oletuksen siitä, että henkilö olisi halutessaan voinut toimia lainmukaisesti, mistä syystä siinä on jopa syyllisyyspresumtion vivahde. Tuo pre-

---

[31] *Pöyhönen* 1988, 81. – Tämä liittyy käsitteiden välttämättömään abstraktisuuteen. Käsitteiden konkretisoimiseksi ja saattamiseksi sovellettavaan muotoon tarvitaan täsmennystä, mikä taas edellyttää käsitesisältöjä koskevaa teorianmuodostusta. Käsitteen ja systematiikan vastakkainasettelu on oikeastaan tarpeetontakin, koska systematisointi taas edellyttää etenemistä toiseen suuntaan, konkreettisesta käsitesisällöstä (tai periaatteen sovelluksesta) yleisempään käsitteeseen (tai periaatteeseen).

[32] Usko kieltojen ja rangaistusten preventiovaikutuksiin on dogmi nimenomaan rikosoikeuden sisäisessä argumentaatiossa, kun taas kriminaalipoliittisessa argumentaatiossa se on helpostikin riitautettavissa.

sumtio voidaan ehkä vielä kumota esimerkiksi sen vuoksi, että olosuhteisiin liittyy moitittavuuden poistava anteeksiantoperuste.

Rikosoikeudellinen legaliteettiperiaate liittyy luonnollisesti konformiteettiperiaatteeseen, koska esimerkiksi taannehtivan rikoslainsäädännön olosuhteissa olisi mahdotonta ylläpitää dogmia siitä, että tekijä on valintansa perusteella tehnyt lainvastaisen teon.[33] Jo teon käsitteeseen on toisinaan sisällytetty pakosta vapauteen viittaavia elementtejä. Esimerkiksi Honkasalo edellyttää, että jotta kyse olisi teosta rikosoikeudellisessa mielessä, teon on täytettävä tietyt tahdonvaltaisuuden minimiedellytykset. Niihin ei kuitenkaan tavallisesti tarvitse kiinnittää huomiota.[34]

Dogmit edellyttävät sisältönsä mukaista ratkaisua, jos ne soveltuvat. Vakiintuneilla dogmeilla on Pöyhösen mukaan keskeinen merkitys systeemin-muodostuksessa.[35] Dogmille voidaan antaa kaksi tulkintaa, toinen hyväksyvä, toinen taas kriittinen. Dogmi on kyseessä silloin, kun jotakin ratkaisuun pääsemisen tapaa ei tyypillisesti riitauteta. Tämä taas voi johtua siitä, että hyvin perusteltu ratkaisumalli on muuntunut dogmiksi siten, että perustelutarvetta ei ratkaisumallin sisäistämisen jälkeen enää koeta olevan. Rutiiniratkaisuissa on usein tämä tilanne. Argumentaatiota ei pidetä tarpeellisena, koska lopputulosta ei riitauteta. Todellisuudessa dogmien arvo ratkaisuun pääsemisen apuneuvoina lienee yhteydessä siihen, että juridinen ammattitaito usein on juuri niiden tilanteiden tunnistamista, joissa argumentaation tarvetta ei ole. Näin voidaan kohdentaa argumentaatio relevantteihin kysymyksiin.

---

[33] Konformiteettiperiaatteen tarkemmasta sisällöstä ks. *Jareborg* 1988, 40–52; *sama* 1994, 194–196. *Lappi-Seppälä* 1987, 138–143. Periaatteelle voidaan antaa yhtä hyvin moraalifilosofinen kuin sosiologinenkin tulkinta. Jareborgin mukaan vahva tulkinta edellyttää vain tilaisuutta tai kykyä toisin toimimiseen, kun taas heikommassa tulkinnassa otetaan huomioon kohtuusperusteisena lisäksi se, olisiko tekijältä voitu vaatia muunlaista toimintaa. Uudessa oppikirjassaan Jareborg käsittelee kohtuusperusteista elementtiä enää ainoastaan anteeksiantoperusteiden yhteydessä (det-kan-inte-begäras -periaate; *Jareborg* 1994, 258).

Ross itse asiassa kehitti tulkintansa toisintoimimismahdollisuudesta sosiaalisen odotuksen pettämisenä nimenomaisena tarkoituksenaan irrottaa periaate moraalifilosofisesta tahdonvapaus- ja determinismikeskustelusta. Ross pitää ihmistä vastuullisena myös motiiveistaan, ja onkin kysyttävä, oliko ihmisen »vallassa» toimia toisin. Rangaistuksen tehtävä olisi juuri ihmisten motivaatioon vaikuttaminen. Ks. *Ross* 1975a, 159–178.

[34] *Honkasalo* 1965, 103. Tahdonvaltaisuus tai tahdosta riippuvuus ei Honkasalonkaan mukaan merkitse syyksiluettavuuden täysimittaista mukaantuloa »teko-oppiin».

[35] *Pöyhönen* 1988, 83.

Kriittiseltä kannalta dogmit taas ovat systeemin keino estää muutoksia. Dogmeissa on kyse hallitusta unohtamisesta, perustelutarpeen katkaisemisesta. Kun dogmeja otetaan tarkasteluun, ei voi olla varma, että ne ovatkaan perusteltavissa. Kriittinen tarkastelu voi pyrkiä paljastamaan oikeusajattelusta sellaisia dogmeja, joiden oma perusteltavuus ei ole kestävää. Silloin dogmi voi muuttua konstruktioksi.

Konstruktiolla taas mallin sovellutusalue ulotetaan sellaisiin tapauksiin, joihin malli muuten ei soveltuisi. Konstruktiot tukevat dogmeja selittämällä sellaiset konkreettiset oikeusasemat ja -ilmiöt, jotka olisivat joutumassa ristiriitaan mallin abstraktien perusoletusten kanssa.[36] Konstruktiot ilmentävät mallin omaa ristiriitaisuutta, kuten Pöyhösen oma esimerkki, hiljaisen tahdon konstruktio sopimusoikeudessa. Rikosoikeudessakin voidaan osoittaa selviä konstruktioita. Esimerkiksi tiedoton tuottamus on perinteisen syyllisyysopin kannalta konstruktio, koska tälle nimenomaiselle tilanteelle on tunnusomaista, että tuottamuksella ei ole välitöntä kiinnekohtaa asianomaisen henkilön »subjektiivisessa syyllisyydessä». Saksalaisessa finalistisessa rikosoikeusopissa samastettiin rikosoikeudellinen tahallisuus toiminnan intentionaalisuuteen ja finaalisuuteen, ja tuottamuksellisten rikosten varalta jouduttiin kehittämään erillinen potentiaalisen finaalisuuden konstruktio.[37]

Syyllisyysperiaate edellyttää, että rikosvastuussa aina asetetaan syyllisyysvaatimus. Voidaan puhua myös syyntakeisuudesta, syyksiluettavuudesta ja moitittavuudesta. Syyllisyysperiaate on rikosoikeudessa niin keskeinen, ettei siitä luopuminen ole käytännössä eikä teoriassa mahdollista. Syyllisyysvaatimuksen asettaminen on keskeisiä vastaajan oikeusturvaa toteuttavia periaatteita. Se, että syyksiluettavuusvaatimus asetetaan esimerkiksi tahallisuuteen, parantaa oikeusturvan toteutumismahdollisuuksia myös rikosprosessissa. Esimerkiksi syyttömyysolettama ei saisi muutoin täyttä yksilön oikeusturvaa rikosprosessissa takaavaa merkitystä.[38]

---

[36] Paasto sijoittaa konstruktion tehtävään välittää abstraktin määritelmän ja konkreetin oikeudellisen aseman mahdollista käsitteellistä ristiriitaa. Abstraktin ja konkreetin ristiriitaa hallitaan konstruktioita rakentamalla. *Paasto* 1994, 278–279.

[37] Vastaavantyyppisen ongelman eteen joutui Jerome Hall, mutta hän ei hyväksynyt kään tiedottoman tuottamuksen konstruktiota, vaan vaati negligence-vastuun poistamista rikosoikeudesta. *Hall* 1963, passim.

[38] Jonkka näkee niin tuomitsemiskynnyksen, todistustaakkanormit kuin in dubio pro reo -periaatteenkin syyttömyysolettaman eritasoisiksi ilmauksiksi. *Jonkka* 1991, 236–238.

Toisaalta esimerkiksi syyksiluettavuusvaatimukset voidaan tulkita monin tavoin. Huolimattomuus voidaan määritellä ulkonaisin perustein. Subjektiivinenkin huolimattomuus voidaan määritellä siten, että se ei viittaa rikoksentekijän todelliseen tietämiseen ja tahtomiseen. Syyllisyysperiaatteelle etsitään yhteisöllisempiä tulkintoja. Kriminaalipoliittiset syyllisyysperiaatteen selitykset ovat tämän kehityksen huipentumaa. Kehitys osoittaa sen, että konstruktioilla on taipumusta kasvaa merkitykseltään ja muokata hiljalleen mallin perusoletuksia. Käsitteen saadessa uuden tulkinnan on koko käsitteistö tulkittava uudelleen.[39]

Konstruktioiden etuna on niiden joustava apu mallien ongelmanratkaisukyvyn kannalta. Esimerkiksi finalistinen rikosoikeusoppi olisi tuskin voinut saada suurtakaan kannatusta, jos se olisi joutunut avoimeen ristiriitaan säädännäisen oikeuden kanssa, joka selvästikin sisälsi tuottamuskriminalisointeja. Tuottamus jäi finalistisen rikosoikeusopin yhdeksi heikoksi kohdaksi, mutta se ei estänyt tällaisen systeemimallin periaatteellista hyväksymistä.

Dogmit ja konstruktiot ovat molemmat juridisia fiktioita. Ne luovat presumtioita, oletuksia siitä, että jotkin oikeustosiseikat ovat käsillä. Esimerkiksi joissakin vaarantamisrikoksissa on voitu pitää yllä ajatusta näiden rikosten vaarallisuudesta, vaikka tällaisen vaarallisuuden toteamista ei yksittäistapauksessa ehkä edes sallita. Kielletyn riskinoton vaatimus on voitu asettaa suorastaan kaiken rikosvastuun perusteeksi. Riskinotosta voi tulla konstruktio. Riskit perustelevat kieltoja, normien tarkoituksena on torjua riskejä ja riskinottoa ja ne samalla konstruoivat sen, mikä on kiellettyä riskinottoa. Tulee yhä tärkeämmäksi tuntea, millä tavoin normit kvalifioivat riskinottoa kielletyksi.

Käyttäytymisnormi yhdistettynä joidenkin intressien eli oikeushyvien suojelutavoitteeseen tuottaa sellaisen rakenteen, että käyttäytymisnormien rikkominen jo johtaa katsomaan teon suojelutavoitteen vastaiseksi ja siten vaarallisuutensa vuoksi kielletyksi. Erityisesti yhteiskuntaa koskevan empiiristyyppisen tiedon lisääntyminen johtaa tämän verkon tiivistymiseen. Tuo tieto

[39] Esimerkiksi konformiteettiperiaate on tulkittu uudelleen juuri tarkoituksessa saada tuottamuksen ilmentämä syyllisyys sopusointuun toisintoimimismahdollisuuden kanssa. Toisintoimimismahdollisuus puuttuu kyllä, mutta se johtuu tekijän toiminnasta. Jos tekijä olisi tehnyt sen, mitä hänen olisi pitänyt, hän olisi tullut ymmärtämään tekonsa luonteen. Tiedottomassa tuottamuksessa olennaista on selonottovelvollisuuden laiminlyönti. Ks. tästä *Jareborg* 1994, 194, 212. Tiedottomasta tuottamuksesta ns. ryhtymistuottamuksena ks. myös *Nuutila* 1996, 565–569.

osoittaa usein jonkinlaisen yhteyden jonkin norminrikkomuksen ja vahinkotodennäköisyyden lisääntymisen välillä. Yhteiskuntaa koskeva tieto palvelee siten tekojen vaarallisuuden ja kiellettyisyyden konstruointia.

Konstruktiot osoittavat eri mallien heikkoja kohtia, kritiikin kohteita.[40] Esimerkiksi joidenkin vaarantamisrikosten pulmallisuudella oikeushyvien suojelun ajatusta korostavassa rikosoikeusmallissa voidaan perustella oikeuspoliittisia vaatimuksia tällaisten kriminalisointien poistamisesta. Rikosoikeuden legitimaatiotarpeet ovat ilmeiset, mikä näkyy mittavina kritiikin mahdollisuuksina.

3. Rikosvastuun mallit

3.1 Rikosvastuun mallien perusteista

Jos konkreettisen ja normatiivisen välinen jännite ajatellaan yhdeksi keskeiseksi oikeudellisessa käsitteistössä toistuvaksi jännitteeksi, on selvää, että normatiivista oikeudellista tasoa, jolle itse asiassa kaikki sopimus- tai rikosvastuumallin elementit kuuluvat, ei voida määritellä suoraan konkreettisista ilmiöistä lähtien. Mallin rakennustyö aloitetaan suoraan jäsentämällä jo sinänsä normatiivisen tason ilmiökenttää. Oikeudessa, ja siten myös rikosoikeudessa tarkastellaan luonnollisen henkilön toimintaa aina abstraktion tasolla, ei milloinkaan täysin konkreettisesti. Rikosoikeuden peruskäsitteistö ja siihen liittyvät dogmit ja konstruktiot hahmottavat juuri sen abstraktioiden tason, jonka lävitse rikosoikeus lukee ilmiömaailmaa. Oikeustiede on näin ollen – sekä tieteenä historiansa kautta että lainsäädännön positiviteetin välityksellä – tiiviisti sidoksissa moniin fiktioihin. Tai vielä kärjistetymmin: rikosvastuumallin elementeissä ei ole mitään, mikä ei olisi joltakin kannalta myös fiktio tai konstruktio.

---

[40] Tällainen ajatus on helppo radikalisoida. Teubner saattaa olla oikeassa siinä, että mitään muuta ei olekaan kuin konstruktioita. Kun rikosprosessissa vaikkapa selvitetään teon olleen tahallinen, sovelletaan tahallisuusteoriaa ja näytön arviointeja koskevia sääntöjä, *konstruoidaan* tahallisuus, eikä vain »todeta» sitä. Teubnerin ajatus onkin, että oikeus määrittelee aina itse oman todellisuutensa, vaikka se näyttäisi nojautuvan muihin tieteisiinkin. Mistä syystä hiljainen tahto siis olisi *enemmän* konstruktio kuin tahto yleensä? Ks. *Teubner* 1989, monin kohdin. Esim. *ma.*, 740: »Legal communications are the cognitive instruments by which the law as a social discourse is able to »see» the world. Legal communications cannot reach out into the real outside world, neither into nature or society.»

Kyse on myös työstettävän rikosoikeusfilosofian mallista. Esimerkiksi hegeliläiselle luonnonkausaliteetti vailla tietoisen toiminnan ohjaavaa vaikutusta on sokeaa, sattumanvaraista tapahtumista vailla järjestystä, kun taas tekijän tahto on todellinen maailman merkityksellisen tulkitsemisen viittauspiste. Kelsenille puolestaan niin tahto, oikeushenkilö kuin syyksilukeminenkin ovat juridisia konstruktioita tai sen tuloksia.[1]

Systeemiteoreettisessa funktionalismissa oikeussysteemin katsotaan olevan yhteiskunnasta eriytynyt systeemi, eikä mitään ulkopuolisia subjekteja ole tarpeen eikä voikaan olettaa. Systeemi kehittyy omien lakiensa mukaan, ylläpitäen järjestystään. Systeemiteoriassa legitimaatio-ongelmat ratkaistaan selittämällä kysymys väärin asetetuksi: systeemistä ei tarvitse viitata ulos.

Rationalistisen luonnonoikeudellisen ajattelun perinteessä taas on lähdetty siitä, että yksilö on yhteiskuntaan, valtioon ja oikeusjärjestykseenkin nähden ensisijainen, ja jälkimmäisten tehtävänä on palvella yksilöiden hyvinvointia. Tämä klassinen oikeusfilosofian ongelma on taustalla monissa nykyhetkenkin kiistoissa osuvimmista ja oikeimmista rikosoikeuden teorioista ja myös lainopin teoreettisen tai filosofisen taustan selityksissä.[2]

Rikos on toisaalta myös oikeusjärjestelmän ja oikeudellisten käytäntöjen konstituoima institutionaalinen tosiasia. Funktionalistinen kriminaalipoliittinen rikosoikeuskäsitys pyrkii käyttämään tätä piirrettä hyväkseen. Rikos on hyvinkin monessa mielessä rikosoikeuden järjestelmän itsensä luomus. Aivan samoin kuin sopimusmalli määrittelee sopimuksen konstituution eli siis osoittaa, mitkä oikeusjärjestyksen normeista määrittävät sopimusinstituutin, määrittää rikoksen malli rikoksen instituutiona. Konstitutiiviset normit luovat juridisen kvaliteetin nimeltä sopimus tai rikos.[3]

Rikoksen osalta se juridinen prisma, jonka läpi sosiaalista ilmiötä tarkastellaan, on huomattavan vahva. Sopimuksella on yhteytensä moraalisiin instituutioihin, kuten lupaus, mutta rikoksen käsitteen taustalta sellaista yleistä moraalista instituutiota ei voi osoittaa. Rikos on määritelmällisesti väärin,

---

[1] *Kelsen* 1923, 144–146. Ks. myös *Larenz* 1927, 74.

[2] Muun muassa luhmannilaisen systeemiteorian positivismiin ajautunut Jakobs on etsiytynyt rikastuttamaan systeemiteoriaansa hegeliläisellä persoonan käsitteellä. *Jakobs* 1992, 41–44; *sama*, 1993, 26–30; *sama* 1995, 849–853. Erityisesti Jakobsin varhempaan tuotantoon kohdistuvasta kritiikistä ks. *Schünemann* 1995, 217–221. *Lüderssen* 1995, 882–893, moittii Jakobsin systeemifunktionalismia mm. siitä, että Jakobs liian pitkälle samastaa yhteiskunnan ja valtion sekä ohittaa turhan helposti kysymyksen valtiovallan rangaistusoikeuden legitimaatiosta.

[3] Ks. *Pöyhönen* 1988, 87.

ja moraalisesti väärin sen vuoksi, että lainkuuliaisuus on moraalinen ominaisuus. Mikäli rikosoikeudessa pidetään joidenkin normien pysyvyyden ja loukkaamattomuuden takaamista keskeisenä, korostuu normien sääntelytehtävä, preventio, ja siten regulatorinen aspekti konstitutiivisen aspektin kustannuksella.

Preventiosuuntautuneet käsitykset ovat saaneet vastaansa myös kritiikkiä. Esimerkiksi Höffen kantilaisessa kritiikissä utalitaristisia ajatuksia kohtaan ei sallita lainkaan rikosoikeuden arviointia sen mukaan, mitä vaikutuksia sillä on.[4] Kuitenkin jo Kant edellytti rikosoikeuden rajaamista tietoisiin ja vakaviin rikoksiin. Siksi kantilainen kritiikki on nykypäivänä helposti myös oikeuspoliittista kritiikkiä.

Hassemer taas katsoo, että vaikutussuuntautuneisuus on jäänyt puolitiehen, kun funktionalistisessa rikosoikeudessa sivuutetaan kysymykset rikosoikeuden soveltuvuudesta kulloisenkin sosiaalisen ongelman käsittelyyn. Hän päätyy vaatimaan rikosoikeudelta itserajoitusta.[5] Jonkinlainen paluu vastaajan oikeusturvaperiaatteita kunnioittavaan, rikosoikeutta rajoittamaan pyrkivään rikosoikeusfilosofiaan saattaa olla tapahtumassa myös toista kautta: jos rangaistusten utilitaristinen perustelu ei ole tyydyttävä, voisi rikosoikeuden merkityksen päähuomio siirtyäkin seuraamuskysymyksistä syyksilukemiseen, ja yleensäkin offensiivisesta defensiiviseen kriminaalipolitiikkaan.[6] Moraalisen ja oikeudellisen vastuun osoittamisessa rikosoikeudenkäynnissä ei olennaisinta olisi rangaistusten ankaruus ja suhteellisuus, vaan tapahtumien ja vastuiden selvittäminen.[7]

Klassisessa liberalistisessa oikeusajattelussa oikeusnormien pääasialliseksi tehtäväksi nähtiin oikeudellisesti suojattujen vapauspiirien luominen. Vapausoikeuksien takaaminen on sen mukaan mahdollista vain rajoittamalla toisten vapausoikeuksien käyttöä. Legitiimi järjestys on oikeanlainen kompromissi toimintavapauksien takaamisen ja niiden oikeudellisten rajojen määrittämisen välillä. Vapauden käyttö on sallittua vain siten, että samalla ei loukata toisten vapautta, ja monia oikeudellisia käyttäytymisnormeja voidaankin perustella tällä tavoin. Tällaiset teemat ovat olleet keskeisiä erityisesti

---

[4] *Höffe* 1990, 215–248.

[5] *Hassemer* 1993, 42–43, 52–53.

[6] Ks. siitä *Jareborg* 1995a, 24–27.

[7] Ks. Jonkan huomioita rikosprosessin itsenäisistä merkityksistä julkisuusperiaatteen kannalta. *Jonkka* 1991, 230–236 (236): »... en malta olla heittämättä esiin ehkäpä utopistiselta kuulostavaa ajatusta, olisiko mahdollista rikosoikeudellisen järjestelmän painopistettä tietynlaisissa tilanteissa voimakkaammin siirtää itse selvittelypuoleen.»

Kantin ja Hegelin oikeusajattelussa. Oikeuslaki jatkaa siitä, mihin moraalilaki päättyy.[8]

Käyttäytymisnormien hyväksyttävyys jo sellaisenaan on ongelmallinen. Juuri sen vuoksi, että käyttäytymisnormit ovat toimintavapauden rajoituksia, niiden asettaminen vaatii perusteluita. Rikosoikeudessa siis havaitaan ilmeistä legitimaatiotarvetta jo tämän kysymyksen osalta. Erityisen keskeiseksi legitimaatio-ongelmat tulevat silloin, kun toimintanormien rikkomiseen liittyy rikosoikeudellisen seuraamuksen uhka. Legitimaatiotarve on sitä suurempi, mitä ankarammasta seuraamusuhkasta on kysymys.[9]

Sopimusoikeuden normeja ei luontevasti tai ainakaan kaikilta olennaisilta osiltaan voi ymmärtää käyttäytymisnormeiksi, kun taas rikosoikeudessa normien käyttäytymisnormiluonteeseen on perinteisesti kiinnitetty runsaasti huomiota. Vahingonkorvausoikeudessa taas on mahdollista puhua siitä, että korvausvastuun edellytyksenä on tietynlainen käyttäytymisnormin rikkominen.[10] Vahingonkorvausoikeudessa ollaan rikosoikeuteen verrattuna vielä selvemmin kiinni seurauksen, vahingon, käsitteessä, vaikka toisaalta taas kausaalisuusvaatimukseen voidaan joskus suhtautua varsin väljästi.[11] Oikeus vahingonkorvaukseen edellyttää vahingon syntymistä, kun taas rikosoikeudessa vahinkoa aiheuttamatonkin menettely voi olla rangaistava.

3.1.1 Käyttäytymisnormi vastuumallin osana

Usein vasta tietyn normin rikkomisesta asetettu sanktiouhka tekee normin rikosoikeudellisiksi. Esimerkiksi liikennerikosoikeudessa tieliikennelain liikennesäännöillä on usein ratkaiseva merkitys arvioitaessa sitä, onko kyse lii-

---

[8] Hegel korostaa sitä, etteivät moraali tai moraalikäskyt voi varsinaisesti olla objektiivisesti voimaanasetetun oikeuden eli lain kohteena. *Hegel* 1994, 211–213 §. Kantin käsityksen mukaan niin lainkäyttäjä kuin lainsäätäjäkin voivat rikkoa oikeudenmukaisuusperiaatteita ja syyllistyä oikeuden vääristelyyn (Rechtsbeugung). *Höffe* 1990, 240–242.

[9] Ajatellaan jatkumoa: käyttäytyminen, vaarantava käyttäytyminen, vahinkoon johtava käyttäytyminen. Tietyn käyttäytymisen kieltäminen kokonaan, ilman vaarantamisen tai seurauksen synnyn lisäkvalifikaatiota, vaatii voimakkaimman legitimaation, koska siinä puututaan kaikkein ankarimmin toimintavapauteen.

[10] Siinä missä rikosoikeudessa normin rikkominen ilmaistaan viittaamalla »kiellettyyn riskinottoon», ulottuu vahingonkorvausvelvollisuus jo »kvalifioituun riskinottoon». Ks. esim. *Pöyhönen – Korhonen* 1996, 261.

[11] Ks. esim. vahingonkorvausta koskevaa ratkaisua KKO 1992:138. Astutettavaksi sovittu koira oli kadonnut. Vastaaja määrättiin suorittamaan vahingonkorvausta myös saamatta jääneistä pennuista.

kennerikoksesta.[12] Liikennesääntöjen tarve ja olemassaolo ei sinänsä ole muuten sidoksissa rikosoikeuteen. Voitaisiin hyvin kuvitella, että liikennesäännöt saisivat merkitystä, vaikka niiden tehosteeksi ei lainkaan olisi säädetty rangaistussäännöksiä.

Rikosoikeudellinen vastuu on useimmissa rikostunnusmerkistöissä kytketty jonkin vahingollisen seurauksen aiheuttamiseen. Teoreettisessa mielessä on saatettu väittää, ettei tarkan eron tekeminen teko- ja seurausrikoksiin ole mahdollista. Väitteen esittäjä Nils Jareborg katsoo niinikään, että seurausrikoksia ei ole mahdollista myöskään määritellä sen perusteella, missä rikoksissa törmätään kausaalisuusongelmiin.[13]

Vaikka »ahtaamman» ja »laajemman» teon käsitteen välillä oleva ero[14] jää mielivaltaiseksi, on sellaisiakin rikostunnusmerkistöjä, jotka edellyttävät käyttäytymisen ja seurauksen aiheuttamisen selkeää erottelua. Sillä perusteella, edellytetäänkö rikostunnusmerkistössä seurauksen esiintymistä, voidaan rikokset karkeasti ottaen jakaa teko- ja seurausrikoksiin. Tulkinnanvaraisia rikostunnusmerkistöjä tässä suhteessa ovat esimerkiksi sellaiset, joissa puhutaan vaaran aiheuttamisesta. Periaatteessa seuraukseksi voitaisiin katsoa paitsi konkreettinen vahinkoseuraus, myös vaaraseuraus.[15] Omassa käsitteistössäni tekorikoksia ovat puhtaat käyttäytymiskriminalisoinnit sekä abstraktin vaaran kriminalisoinnit. Seurausrikoksessa taas edellytetään joko konkreettisen vaaran tai vahinkoseurauksen ilmenemistä. Erottelulla teko- ja seurausrikoksiin ei ole suoraan keskeistä merkitystä lainsoveltamisessa. Epäsuoraa merkitystä jaottelu erilaisiin syyksiluettaviin tekoihin saa siitä, että esitettävät kysymykset muodostuvat erilaisiksi.

Seurausrikoksissa tekijän vastuu käyttäytymisnormin rikkomisesta edellyttää seurauksen syntymistä. Kuolemantuottamuksesta ei voida tuomita, ellei kukaan ole kuollut, vaikka joku olisikin syyllistynyt sellaiseen varomattomuuteen, josta kaiken todennäköisyyden mukaan olisi voitu olettaa kuoleman seuraavan. Rikosoikeudessa on usein tässä mielessä kyse seurausten ai-

[12] Ks. esim: *Tolvanen* 1996, 140–148.

[13] *Jareborg* 1970, 181. Keskustelusta kotimaiselta kannalta ks. *Träskman* 1977, 81–94 viitteineen.

[14] Ks. erottelusta *Honkasalo* 1965, 105.

[15] Ymmärrettäessä vaaran käsite Luhmannin tapaan ei niinkään ontologiseksi, vaan perspektiivin sisältäväksi käsitteeksi, ei olisi ongelmia nähdä sitä, minkä vuoksi vaara voi olla seuraus. Se johtuisi silloin siitä, että tekijän toimintaa tarkastellaan ulkopuolisen, uhrin, perspektiivistä, kun taas tekijälle itselleen kyse on riskistä. *Luhmann* 1991, 111–119.

heuttamisen kielloista. Kuolemaa ei voida kieltää tapahtumasta, koska sellainen normi olisi mieletön. Kuitenkin esimerkiksi huolimattomuudesta tapahtuva kuoleman aiheuttaminen voidaan kieltää. Tällaiset tunnusmerkistöt vaativat huomattavaa konkretisointia, ennen kuin niitä voidaan soveltaa. Luonnollisesti syynä mainittuun avoimuuteen on se, että tuottamuksellinen kuoleman aiheuttaminen voi tapahtua lukemattomin eri tavoin.

Rikosoikeudessa on usein kyse jossakin mielessä seurauksen synnyn sääntelystä, seurauksen syntymisen torjumisesta sanktioimalla seurausten synnyn kannalta relevantteja tilanteita. Toisaalta yhtä selvää on se, että normilla voidaan ohjata vain ihmisen toimintaa, ja vaikuttaa vain ihmisen käyttäytymiseen. Jo Binding kehitti ns. imperatiiviteoriaa, jonka mukaan rikosoikeuden normit ovat aina käyttäytymistä koskevia käskyjä ja kieltoja.[16] Koska rikosoikeuden normeilla tavoitellaan sellaisia suhteellisen konkreettisia päämääriä kuten oikeushyvien suojelu, on selvää, että normien järkeväksi toiminta-alueeksi tulee inhimillisen toiminnan sääntely, ja sekin vain siinä määrin, kuin on perusteita uskoa siihen voitavan vaikuttaa.[17]

3.1.2 Käyttäytymissäännöt, soveltamisperiaatteet ja seurauksen syyksilukeminen

Varastamisen kielto on voimassa sosiaalisena normina. Vasta tuomioistuin soveltaessaan juridisesti rikoslain 28 luvun säännöksiä soveltaa oikeusnormeja vaativammassa mielessä. Kansalaisen kannalta on olennaisinta tuntea rangaistavuuden rajan pääpiirteet, jotta hän osaa ex ante välttää tuollaista käyttäytymistä. Lainsoveltajan tehtävänä taas on oikeudenmukainen ja perusteltavissa oleva lainsoveltaminen, jossa aina on ex post -näkökulma. Tuo näkökulma korostaa oikeusperiaatteiden merkitystä. Käyttäytymisnormit voidaan periaatteessa muotoilla säännöiksi. Ratkaisijan kannalta rikosoikeudellisessa lainsoveltamisessa on aina kyse muustakin kuin käyttäytymisnormin rikkomisen toteamisesta. Rikosoikeudellinen lainsoveltaminen ei koskaan karkaa rikosoikeuden yleisten oppien ulkopuolelle, vaan ne ovat siinä yleisesti välttämätöntä tulkintakehikkoa.

---

[16] *Binding* 1872, 23–31.

[17] Vaikka puheella »luonnon oikeuksista» on selvä perustansa huolessa siitä, ettei ihminen osaa ottaa riittävästi huomioon muun elollisen luonnon intressejä, on ainakin rikosoikeudessa selvänä rajana se, että ympäristösuojeluetuja voidaan ottaa huomioon vain siten, että ihmiselle asetetaan tähän liittyviä velvollisuuksia.

Paul H. Robinson on korostanut tätä seikkaa analysoidessaan rikosoikeutta kahdentyyppisen normiaineksen ja normien kahdentyyppisen funktion näkökulmasta. Rikosoikeuden pedagoginen, kansalaiselle suunnattu valistusfunktio edellyttää käyttäytymisnormeilta yksinkertaisuutta ja ymmärrettävyyttä, eli niiden muotoamista mahdollisimman selkeiksi säännöiksi. Robinson painottaa sitä, että tämä rikosoikeuden normien funktio tulisi ottaa vakavammin. Tulisi pitää huolta rikosoikeudellisen lainsäädännön olennaisimman normiaineksen selkeydestä niin, että kansalaiset voivat saada rikoslaista käyttäytymisohjeita.[18] Tuomiostuinten ratkaisutoiminta taas edellyttää, että siinä otetaan huomioon oikeusperiaatteita. Tuomioistuintoiminnan kannalta helppo sovellettavuus ei ole olennainen arvo. Vain periaatteiden ohjaama soveltaminen voi olla oikealla tavalla kompleksista ja siten kyetä ilmaisemaan teon moitittavuudesta yhteisöllisen arvostelman.[19]

Rikosoikeuden kannalta relevanteilla alueilla on tapahtunut merkittävää säädännäisen oikeuden vahvistumista. Monilla elämänalueilla ovat aikaisemmin jokseenkin kirjoittamattomat tapasäännöt korvautuneet täsmällisillä ja yksityiskohtaisilla toimintanormeilla. Uusien turvamääräysten antaminen monimutkaistaa erityisesti seurausrikoksten syyksilukemistilanteita. Työturvallisuuslainsäädännössä säännellään yhä tarkemmin ja aktiivisemmin yhtä hyvin työnantajan ja tämän edustajan kuin myös työntekijän velvollisuuksia. Samalla syntyy uusia käyttäytymisnorminrikkomuksia, joilla voisi kuvitella olevan jonkinlaisen yhteyden seurauksen syntyyn. Esimerkiksi turvavyön käyttöpakon säätäminen synnyttää kysymyksen siitä, mitä vaikuttaa kuljettajan vastuuseen kanssamatkustajan kuolemasta se, että matkustaja tietoisesti jätti käyttämättä turvavyötä.

Rikosoikeudessa voidaan hahmottaa erilaisia rikosoikeuden syväjustifikaatioita. Erilaiset systeemi-ideat voitaisiin nähdä kantaviksi, ja sen mukaisesti voidaan korostaa eri elementtejä ja eri periaatteita rikosoikeuden mallissa. Tahdonvapautta ja vastuuta tahdonvapaudesta korostava malli saa hyvin erilaisen muodon kuin sellainen malli, jossa rikosoikeuden tehtävät määritellään puhtaasti preventiivisesti, esimerkiksi erilaisten sosiaalisten toimintasysteemien suojaamisen kannalta välttämättöminä reaktiotapoina. Rikos-

[18] Robinson ei pidä normissa mainittua seurausta osana käyttäytymisnormia, kun ajatellaan normin kansalaisille suunnattua funktiota. Korostaisin sitä, että myös oikeuden periaatteellisempi aines kiinnostaa ihmisiä, vaikka siitä ei aina saakaan käyttäytymisohjetta. Näitä kahta rikosoikeuden normien funktiota ei voikaan asettaa niin kiinteästi vastakkain kuin Robinson tahtoisi olettaa. Seurauksesta ja kausaaliyhteyden vaatimuksesta ks. Robinsonin hieman yliyksinkertaistavaa esitystä, *Robinson* 1990, 742–743.

[19] *Robinson* 1990, 765–766.

oikeudessa preventioteoriat ovat tällä vuosisadalla hallinneet kenttää suvereenisti. Tällä voidaan ehkä selittää se, että monissa nykyisissä systeemimalleissa pyritään hahmottamaan rikosoikeuden normit suhteellisen ulkoisten tunnusmerkkien perusteella. Yhä keskeisemmäksi on tullut erilaisissa rooleissa toimivien henkilöiden ulkoisten huolellisuusvelvoitteiden muotoilu sen pohjalta, mitä voidaan odottaa missäkin tilanteessa siinä toimivalta. Preventiivisesti ymmärretty rikosoikeus johtaa usein tarkastelemaan rikosta jonkin toimintasysteemin häiriönä, jonka poistaminen on tärkeää nimenomaan systeemin häiriöttömän toiminnan turvaamiseksi. Oikeushyvän käsite laajenee näiden systeemien itsenäisen suojaamisen suuntaan.

3.1.3 Liberalismi vastaan hyvinvointivaltiollisuus

Modernia rikosoikeutta koskevassa keskustelussa on ollut vastakkain pitkälti perinteinen liberalistinen yksilön vapauksista lähtevä käsitys, jossa yksilöautonomian merkitys korostuu, ja sitä vastassa yleisistä sääntelytarpeista lähtevä hyvinvointivaltiollinen käsitys. Erityisesti hyvinvointivaltiollinen käsitys on kuitenkin monitulkintaisempi kuin ensi katsomalta voisi luulla. Systeemiteoreettinen käsitys voi äärimmilleen vietynä alistaa yksilön vapauden kokonaan toimintajärjestelmän omille tarpeille, kun taas esimerkiksi kommunitaristinen käsitys vain jossakin mielessä painottaisi rikoksen yhteisöllisten piirteiden ensisijaisuutta. Lienee yhä selvempää, että esimerkiksi oikeushyväoppien selittäminen perinteisen liberalismin pohjalta käy entistä vaikeammaksi.

Toisaalta liberalistisessa keskusteluperinteessä on merkkejä siitä, että yksilön autonomiaa ei enää pidetä ainoana arvoperusteisena lähtökohtana. Esimerkiksi Rawlsin hyvinvointiliberalismissa ja sen mukaisessa poliittisessa oikeudenmukaisuuskäsityksessä vapaan ja tasa-arvoisen kansalaisen lähtökohta ei ole suoraan yksilöautonomiassa. Poliittinen oikeudenmukaisuus edellyttää vastavuoroisuutta, joka sellaisenaan ylittää autonomian.[20]

Sosiaalivaltiollinen oikeuskäsitys voi näkyä siinä, miten yksilön toiminta ymmärretään ja erityisesti siinä, miten rikoksessa ilmenevä väärä hahmotetaan. Tässä viittaan Nils Jareborgin kehittelemään jaotteluun asennoitumisetiikkaan ja teonetiikkaan. Asennoitumisetiikassa tekijän viaksi jää itse teon

[20] Ks. tästä *Rawls* 1993, xliii–l. Libertarismissa sen sijaan vapaus on ehdoton arvo. Minimalistista valtiota perustellaan ajatuskokeella oikeudenmukaisesta alkutilanteesta. Valtion tulee suojata sen mukaisia asemia, mutta toisaalta välttää yksilön oikeuksia vaarantavaa puuttumista yksilöiden suhteisiin. Libertarismista ks. *mt.*, 262–264.

ohella puute lainkuuliaisuudessa, eli rikos kohdistuu myös oikeusjärjestykseen. Teonetiikan mukaan teon vääryys taas johdetaan ainoastaan teon kiellon perusteista – eli rikosoikeudessa kriminalisointiperiaatteista. Jareborgin tiukasti kritisoimaa asennoitumisetiikkaa edustanevat esimerkiksi Alf Ross[21], Andrew Ashworth[22], Claus Roxin[23] ja Johs. Andenæs[24].

Asennoitumiseettinen lainkuuliaisuuden ylläpitämisen korostaminen merkitsee kansalaisten käyttäytymisen tarkastelua osaksi luottamuksensuojan näkökulmasta. Rikokseen syyllinen pettää oikeusyhteisön toisten jäsenten luottamuksen, ja oikeusyhteisön oikeususkollisuuden ylläpitäminen voi periaatteessa edellyttää reaktiota rikokseen valtiovallan taholta. Funktionalistisessa käsityksessä lainsäätäjän katsotaan melko laajoissa rajoissa voivan käyttää hyväksi sitä, että kriminalisoimalla käyttäytyminen se saatetaan paheksunnan alaiseksi. Yhteiskunnan arvovaltainen paheksunta puolestaan muokkaa välillisesti ihmisten asenteita ja arvostuksia.[25]

Asennoitumiseettinen lähtökohta voi ilmetä esimerkiksi siinä, sallitaanko rikoslainopissa tai kriminalisointiperusteiden tasolla operoitavan esimerkiksi välinpitämättömyydellä tai paheksuttavuudella (moitittavuudella). Paheksuttavuus lienee ymmärrettävissä lähinnä teon törkeysarvostelun sellaiseksi osaksi, jossa teon vahingollisuuteen ja vaarallisuuteen lisätään tekoa moraalisesti arvottavia piirteitä. Erityisesti syyksiluettavuusopin tahallisuusteorioissa operoidaan usein välinpitämättömyys-kriteerillä. Siinä on selvästi tekijän asennoitumiseen viittaava komponentti, erityisesti milloin arvioitavana on ajallisesti pistemäistä pitempikestoisempi tapahtuma. Tekijän asennoituminen tekoonsa voidaan ottaa huomioon rikosvastuun rakenteissa. Esimerkiksi tahallisuudessa moitittavuuden voi sanoa osaksi ilmenevän siinä,

---

[21] Rossin skandinaavisessa realismissa – erityisesti varhemmassa tuotannossa – käyttäytymisasenteet ovat hyvinkin keskeisessä asemassa. Ks. *Helin* 1988, 144–152. Ks. paheksuttavuudesta myös esim. *Ross* 1975, 24–27.

[22] Ashworthin asennoitumiseettinen lähtökohta ilmenee ensinnäkin siinä, että syyllisyyden katsotaan osaksi olevan rikosvastuuta perustelevaa eikä pelkästään vastuuta rajoittavaa. Ja toisaalta kyse on muutoinkin tietynlaisesta subjektivismista, mikä ilmenee erityisesti yritysopin muotoilussa syyllisyyselementtejä korostaen ja sattuman vaikutusta eliminoiden. Ks. *Ashworth* 1995, esim. 442–445. Ks. *Jareborg* 1996, 125–129.

[23] Roxinin asennoitumisetiikka näkyy mm. siinä, että hän tukeutuu voimakkaasti ns. positiivisen yleisprevention teoriaan, jossa rangaistuksen tehtäväksi katsotaan todistaa oikeusyhteisön jäsenille oikeusjärjestyksen loukkaamattomuutta ja siten vahvistaa kansalaisten oikeususkollisuutta. *Roxin* 1997, § 3 I 26–32.

[24] *Andenæs* 1997, 78–79. Ks. myös *Lappi-Seppälä* 1987, 200–201, 203–204.

[25] Ks. tästä esim. *KM* 1976:72, 38–41.

että tekijä ei ole käyttänyt toimintavapauttaan tavalla, joka ottaa huomioon toisten legitiimit odotukset.

Rikosoikeuden hyvinvointivaltiollisista tehtävistä todistavat tietysti sekä tuottamusvastuun, laiminlyöntivastuun että vaarantamisvastuun alan laajentuminen. Säädännäisen oikeuden asettamisessa otetaan yhä selvemmin huomioon oikeuspoliittisia tavoitteita, mistä syystä rikosoikeus ei enää ilmennä vain tiettyjä yleisiä periaatteita. Esimerkiksi modernia työ- ja ympäristörikosoikeutta olisi vaikea ymmärtää perinteisen oikeusvaltiollisen ajattelun valossa. Kysymys ei toisaalta ole siitä, että sääntelyiden yhteiskunnallistuneet ulottuvuudet olisivat sellaisenaan uutta. Tämä tulee havainnollisesti esille tuonnempana politiaoikeutta koskevassa tarkastelussa.

3.1.4 Rikosvastuun mallin edellytyksiä

Rikosoikeuteen valittava näkökulma selvästikin vaikuttaa siihen, mitä yleensä pidetään rikosoikeuden peruskäsitteinä. Funktionalistisessa rikosoikeudessa esimerkiksi riskin käsitteestä on tullut yksi uusi peruskäsite. Vastaavalla tavalla rikosvastuun perusteita voi osoittaa usealta suunnalta. Malleissa voidaan yhdistellä erilaisia aineksia. Vain yhden ajatuksen varaan rakentuvia rikossysteemimalleja on harvoin edes esitetty.[26]

On esitetty, että rikosoikeudessa sopimusmallia vastaa rangaistusteoria.[27] Tämä käsitys on kuitenkin pinnallinen. Luonnollisesti voitaisiin sanoa, että jokin rikossystemaattinen malli on pohjattavissa rangaistusteoriaan, mutta on varmasti virheellistä sanoa, että itse rangaistusteoria on sellainen malli. Rangaistusteoria voi olla osana rikossystemaattisen mallin syväjustifikaatiota ja preventioargumentit voivat jopa tulla suoraan otettaviksi huomioon rikosoikeudellisessa seuraamusharkinnassa.

Erityisen rikostunnusmerkistön täyttyminen on rikosvastuun harvoja selvästi positiivisia vastuuehtoja. Rikosvastuun yleisistä opeista on vähemmän laintasoisia määritelmiä kuin mitä esimerkiksi rangaistuksen mittaamisessa. Rangaistuksen mittaamista ohjaavat oikeusperiaatteet on lakiin kirjattu. Rikoslaissa ei taas ole säännöksiä siitä, mitä ovat teko, kausaalisuus, vaara, seuraus, laiminlyönti, tuottamus tai tahallisuus, tunnusmerkistönmukaisuus, oikeudenvastaisuus, vaikka nämä ovat keskeisiä elementtejä rikoksen raken-

---

[26] Esimerkkinä hyvin vahvasti oikeushyvien suojelun optimaaliseen takaamiseen tukeutuvasta mallista voi esittää Kratzschin kyberneettisen rikosoikeuskonseption. *Kratzsch* 1985, passim.

[27] *Pöyhönen* 1988, 103 av. 287.

neopissa. Laissa ei myöskään ole mitään systemaattista jäsennystä siitä, millainen malli näistä elementeistä olisi koottava.

Rikosoikeudessa vastaajan oikeusturvaintressit ovat korostetussa asemassa. Tästäkin syystä on perusteltua edellyttää, että aina on konstruoitavissa rikoksen rakennemalli, joka sisältää pääasiallisen kuvauksen rikosoikeudellisen vastuun perusteista, ja siten myös rikosoikeuden yleisten oppien rungon.

Yleisiin oppeihin kuuluu myös runsaasti oikeusperiaatteita, joiden sisältöä ei ole lainkaan kirjattu lakiin. Esimerkkeinä voidaan mainita teon tahdonvaltaisuuden vaatimus teko-opissa, kausaalisuusopin ennakoitavuus-periaate, sosiaaliadekvanssi, loukatun suostumus, (liikenne)rikosoikeuden luottamusperiaate ja osallisuusopin regressikielto. Oppi teon huolimattomuudesta voi kerätä piiriinsä useita sanotuista periaatteista. Rikosoikeudellinen legaliteettiperiaate on itse myös periaate, jonka alle oikeastaan kuuluu useita osasääntöjä tai -periaatteita.[28]

3.2 Rikosvastuun mallien kehityksestä

Pöyhösen mukaan mallien syntyessä keskeistä on peruskäsitteiden määrittely ja dogmien vakiinnuttaminen. Mallin »kypsyessä» keskeiseksi tulee ongelmanratkaisun ohella yhä uusien konstruktioiden kehittely, joiden avulla malli sopeutetaan muuttuneeseen normistoon.

Malleilla olisi tämän mukaan hyvin samantyyppinen asema oikeustieteellisessä teorianmuodostuksessa kuin mistä luonnontieteiden yhteydessä on totuttu puhumaan paradigmoina. Kuhnin tunnetun teoksen jälkeen onkin usein puhuttu kahdentyyppisestä vaiheesta tieteellisen teoriakeskustelun kannalta. Uuden paradigman syntyminen on aina tulosta jonkinlaisesta tieteellisestä vallankumouksesta, kun taas paradigman puitteissa tapahtuvaa kehitystä voidaan kuvata normaalitieteen vaiheena. Yksi keskeinen Kuhnin ajatus on, että vain paradigman puitteissa tapahtuvaa kehitystä voidaan kuvata lineaarisena tieteen edistymisenä, kun taas erilaisten paradigmojen väliset hyppäykset estävät näiden sijoittamisen samaan tieteelliseen kehityksen jatkumoon.[29]

---

[28] Jareborg pitää legaliteettiperiaatetta kriminalisointiperiaatteena (tai paremminkin, kriminalisointia toteutettaessa huomioon otettavana periaatteena), eikä varsinaisesti rikosoikeuden yleisiin oppeihin kuuluvana. *Jareborg* 1994, 335–342. *Frände* (1989, 2–4) jakaa periaatteen osasäännöt kahteen kahden säännön ryhmään, joista toinen pari on kohdistettu tuomariin, toinen lainsäätäjään.

[29] *Kuhn* 1970, 23–34, 43–51, 66–91.

Varsinkin saksalaisessa rikosoikeustieteessä on tapana kuvata rikosoikeustieteellisen ajattelun kehitystä siten, että katsotaan erilaisten katsomusten muodostavan jonkinlaisen jatkumon. Von Lisztin ja muiden »klassikkojen» naturalistista rikosoikeuskäsitystä seurasi uuskantilaisen arvofilosofian hallitsema uusklassismi tai uuskantilaisuus (Radbruch, Sauer, Mezger ym.), sitä taas Welzeliin henkilöityvä finalismi, finalismia puolestaan (nopeasti ohitetun kansallis-sosialistisen välivaiheen jälkeen) tavoiterationaalisiksi luonnehdittavat käsitykset (esim. Roxin, Schmidhäuser).[30] Kotimaista rikoslainoppia on harvemmin kytketty vastaavalla tavalla yhtenäiseen kehityslinjaan. Kattavin tutkimus on Eero Backmanin.[31] Yleiskuvaksi jää sen perusteella kotimaisen rikoslainopin melko vakaa ja pitkä linja oikeusvaltiollisesti perustellussa käsitelainopissa, joka vasta kriminaalipoliittisen ajattelun voimistuessa 1970-luvulta lähtien on jälleen lähentynyt viime aikojen saksalaisia virtauksia. Saksalaisesta rikoslainopista erityisesti finalismi jäi vaille nimenomaista reseptiota.[32]

Usein esitetään myös, että teorioiden kehitystä on suureksi osaksi määrännyt aikaisemmin hallitsevassa olleeseen ajatusmalliin kohdistettu kritiikki. Tässä yhteydessä on mielenkiintoista panna merkille Hassemerin kommentti finalismin väistymisestä. Hänen mukaansa on toissijaista pohtia sitä, oliko siinä kyse paradigman muutoksesta, joskin hänen mukaansa tapahtunut paljolti vastaa sitä, mitä Kuhn on kuvannut tieteellisenä vallankumouksena. Hassemerin mukaan finalismin dogmaattisia teoreemoja ei kumottu eikä sen metodologiaa löyty hajalle, vaan ne yksinkertaisesti unohdettiin, ja keskustelu lähti liikkeelle toisesta kohtaa ja toisella tavalla.[33]

Saksalaisessa rikosoikeustieteessä on pidetty hyvin keskeisenä sitä, että rikosoikeudellisen vastuun yleiset oikeudelliset edellytykset voidaan pukea yhtenäisen rikoskäsitteen muotoon. Hans-Heinrich Jescheck perustelee sel-

---

[30] Yksityiskohdissaan kuvauksissa on eroja. Ks. esim. *Jescheck* 1988, § 22; *Jescheck* 1981, 4–25; *Schünemann* 1984, 18–64; *Roxin* 1997, § 7 III.

[31] *Backman* 1992, 237–441.

[32] Finalismista ks. *Utriainen* 1984, 169–190 ja *Nuutila* 1996, 190–192.

[33] *Hassemer* 1993, 20–22, ks. myös av. 51. Lainopin harjoittamisen matriisista ks. myös *Aarnio* 1984, 26–30. Aarnio korostaa lainopillisen tutkimuksen ongelmalähtöisyyttä. Matriisia määrittää siis osaltaan se, mikä mielletään oikeudelliseksi ongelmaksi.

Aarnio ei nykyisin enää puhuisi edes paradigman muutoksista oikeustieteessä, vaan kyse on siitä, että lainopillisen tutkimuksen perusmatriisille annetaan erilaisia tulkintoja. Perusmatriisin tulkinnoiksi taas hyväksytään vain sellaiset oikeustieteelliset suuntaukset, joita ei harjoiteta pelkän teoreettisesti, vaan myös käytännöllisen lainopin muodossa. Ks. *Aarnio* 1997, 78–87.

keästi välttämättömyyden rakentaa näistä vastuuedellytyksistä jokin malli eli kokonaisuus, joka ylittää sen, mitä säännöksissä näistä on sanottu. Rikoskäsitteeseen kootut yleiset tunnusmerkit sitovat Jescheckin mukaan ratkaisutoimintaa poistaen siitä epävarmuutta ja tunteenomaisten harkintojen vaikutusta, mikä vasta mahdollistaa ratkaisutoiminnan rationaalisuuden, asianmukaisuuden ja yhdenmukaisuuden.[34] Hän tosin samalla varoittaa liian abstrakteihin kaavoihin puetun rikosoikeusdogmatiikan vaaroista.[35]

Jescheck korostaa sitä, että rikosopin tasolla muutokset tapahtuvat hitaasti, ja että rikoslainoppi osoittaa huomattavaa stabiilisuutta.[36] Yleisen rikosopin tulee olla laista johdettavissa tai ainakin sen kanssa yhteensovitettavissa. Saksan voimassaolevassa rikoslaissa, jossa on suhteellisen yksityiskohtaiset yleistä osaa ja yleisiä oppeja koskevat säännökset, on Jescheckin mukaan ilmaistu puitteet sille, millainen rikoskäsitteen on oltava.[37]

Rikoskäsitteen on sovittava yhteen rikosoikeuden tarkoituksen ja välineiden kanssa. Tällä viitataan rikosoikeuden ja kriminaalipolitiikan yhteyteen. Rikosoikeuden tarkoituksena on ihmisten yhteisöllisen kanssakäymisen suojaaminen vakavilta oikeudenloukkauksilta, ja rikosoikeuden pääasiallisena keinona ovat rangaistukset. Rangaistuksella uhkaamisessa ja rangaistukseen tuomitsemisessa on kyse siitä, että oikeudenloukkauksen vakavuuden mukaan rikokseen reagoidaan ansaitulla pahalla oikeusjärjestyksen ylläpitämisen tarkoituksessa.[38]

Rikoskäsitteen on myös oltava yhdistettävissä rikosprosessioikeuden formaalisten menettelyllisten vaatimusten kanssa. Tämän mukaisesti rikoskäsitteen on oltava selkeä ja yksinkertainen, jotta poliisi, syyttäjälaitos ja tuomioistuimet rutiinimaisesti toimimallakin, rajallisen ajan ja niukan henkilökunnan oloissa voivat soveltaa sitä varmasti ja yhdenmukaisesti. Rikoskäsitteen elementtien tulee olla oikeudenkäynnissä todettavissa ja todistettavissa olevia.[39]

Jescheckin metodiset huomautukset rikoskäsitteen muodostamiselle asetettavista vaatimuksista kuvaavat hyvin hänen rikosoppinsa painotuksia. Kyse

---

[34] Jescheck sanoo tämän katsomuksen muodostavan suorastaan eurooppalaisen rikosoikeustieteen yhteisen perustan. *Jescheck* 1988, 175 av. 3.

[35] *Jescheck* 1988, § 21 I 2. Ks. myös Roxinin kommenttia tähän, *Roxin* 1989, 323–327.

[36] *Jescheck* 1988, § 21 I 2.

[37] *Jescheck* 1988, § 21 II 1.

[38] *Jescheck* 1988, § 21 II 2.

[39] *Jescheck* 1988, § 21 II 3.

on syyllisyyden hyvitys -rikosoikeudesta, jossa positiivisen oikeuden säännöksillä ja kriminaalipoliittisilla argumenteilla perustellaan rikosopin yleinen käsitejärjestelmä. Käsitejärjestelmän käytännöllinen ratkaisufunktio kuitenkin korostuu olennaiseksi siten, että asetetun käsitejärjestelmän varassa päästään rutiininomaisessa lainsoveltamisessa yhdenmukaisiin tuloksiin. Jescheckin metodiikassa jätetään erikseen tähdentämättä sitä, että yleisen rikosopin tarkoituksena olisi aineellisesti oikeudenmukainen ratkaisu yksittäistapauksessa. Jescheckin rikosoppia voisi kutsua helppokäyttöisen ansaitun rangaistuksen malliksi.

Luottamus systeemiajatteluun ratkaisukäytännön välittömänä ohjaajana on kuitenkin selvästi vähenemässä ja ongelmakeskeinen lähestymistapa on voittamassa alaa. Lainsoveltamisessa ymmärretään tämän mukaan olevan kysymys argumentaatiosta eikä deduktiivisesta päättelystä. Roxin on vertaillut systeemiajattelun etuja ja vaaroja kallistuen »heikomman», ongelmakeskeisen ajattelun puolelle. Kun systeemiajattelusta osittain luovutaan, ratkaisuun ei enää päästä yhtä helposti. Ongelmakeskeisessä ajattelussa voidaan tätä puutetta korvata tukeutumalla topiikan piirissä kehiteltyyn pro et contra -argumentaation metodiin. Rikosoikeudessa systeemiajattelu ei kuitenkaan voi kokonaan väistyä, koska lakisidonnaisuusperiaate ja oikeuslähdeoppi rajaavat argumentaatiomahdollisuuksia. Tämän vuoksi jonkinlainen synteesi on enin, mihin voidaan päästä.[40] Tooppisen argumentaation tavat ovat nekin osin ongelmallisia; tämä on yhteistä kaikenlaiselle pragmaattiselle argumentaatiolle. Esimerkiksi ns. uudessa retoriikassa on pyritty lähentämään topiikkaa ja retoriikkaa toisiinsa.[41]

Ongelmakeskeisessä ajattelussa ei enää pyritä tiukkaan systemaattisuuteen, vaan avoimen argumentaation merkitys ratkaisutilanteessa tunnustetaan eduksi. Aivan ilmeisesti juuri ongelmakeskeinen lähestymistapa sallii paremmin rikosoikeudellisten soveltamisratkaisujen testaamisen myös suhteessa oikeusjärjestyksen muihin osiin kuin systemaattisuutta äärimmilleen korostava. Esimerkiksi perusoikeuksien huomioonottaminen lainsoveltamisessa edellyttää sitä, että niille jää tilaa rikosoikeudellisessa argumentaatiossa. Tässä tutkimuksessa argumentatiivisuuden korostaminen tukeutuu kyseiseen piirteeseen. Roxinin näihinkin käsityksiin palataan tarkemmin tuonnempana.

Vaikuttaa siltä, että rikosoikeudessa ei ole välttämätöntä kehitellä nimenomaista oppia tyylipuhtaista rikosvastuun malleista. Se ei kuitenkaan tarkoita,

---

[40] *Roxin* 1997, § 7 IV. Ks. tästä myös *Nuutila* 1996, 125–131.

[41] *Perelman – Olbrechts-Tyteca* 1971, 45–47.

etteikö rikosoikeudellinen argumentaatio todellisuudessa suuntautuisi sellaisille tavoilla, joiden taustaselitykset olisivat jäsennettävissä jonkinlaisen rikosvastuumallin muotoon. Erityisesti kriminaalipoliittisessa keskustelussa voi olettaa näiden mallien esiintyvän puhtaimmillaan. Tietyntyyppisessä liberalistisessa ajattelussa ei voitaisi hyväksyä valtion tehtäväksi määrätynlaisten kriminalisointien toteuttamista. Liberalistiset kriminalisointiperiaatteet poikkeaisivat sellaisesta mallista, jossa yksilön oikeuksille annettaisiin vähemmän painoa. Vaarantamiskriminalisoinnit eivät olisi hyväksyttäviä, mikäli äärimmilleen korostettaisiin vapausoikeuksien suojaa. Rikosvastuun malli heijastuu siten myös järjestelmän oikeutusta koskeviin kysymyksiin. Näihinkin palataan tuonnempana.

Rikosoikeuden sisällä rikosvastuun mallin keskeistä rakennetta edustaa rikoksen rakenneoppi, sen keskeisimmät käsitteet ja niille annettava sisältö. On tarpeen siirtyä astetta konkreettisemmalle tasolle käsittelemään sitä, miten yleisen rikosopin asema ja sisältö tarkemmin määräytyy. Seuraavassa hahmotetaan tätä aihetta tarkastelemalla kahta varsin kaukana toisistaan olevaa teoriamallia. Saksalaisesta keskustelusta vertaillaan »johtavan» kriminaalipoliittisesti suuntautuneen kirjoittajan Claus Roxinin kannanottoja yhden hänen »frankfurtilaisen» kriitikkonsa, Wolfgang Naucken, kriittisiin kannanottoihin. Tässä vertailussa selvitetään sitä, miten painotuserot rikosoikeuteen kohdistettavissa odotuksissa johtavat erilaisiin käsityksiin muun muassa peruskäsitteiden tehtävistä. Roxinin kriminaalipoliittinen painotus osoittaa selvästi hänen lähtökohtaansa hyvinvointiliberalismissa, kun taas Naucke korostaa sen kaltaista kansalaisvapauksien suojaa, jossa olennaisinta on rikosoikeuden rajojen selkeys. Naucken mukaan on tärkeää sisällyttää yleisiin oppeihin kriittisen suhteen rikoslainsäädäntöön mahdollistavia aineksia. Näistä kummassakin näkemyksessä on pohdinnan arvoisia piirteitä.

4. Yleisen rikosopin asema ja perustelutavat

4.1 Roxinin kriminaalipoliittisesti perusteltu rikosoikeuskäsitys

Saksalaisessa rikosoikeusteoriassa ovat teleologiset ja kriminaalipoliittiset katsomukset nousseet voimakkaasti esiin 1970-luvun alusta lähtien.[2] On vaa-

[2] Ks. esim. *Schmidhäuser* 1984, 4/1–32, *Jakobs* 1991, 1/1–3, 9–11 ja passim; *Hassemer* 1974, 23–64 ja passim.; *Schünemann* 1984, 45–64.

dittu omaksuttavaksi uudenlainen, kriminaalipoliittisiin näkökohtiin aikaisempaa keskeisemmin huomiota kiinnittävä ajattelutapa. Kaikkein selvimmin tämä on havaittavissa Claus Roxinin tuotannossa. Finalismin metodologinen kritiikki oli yksi hänen varhaistuotantonsa keskeisimpiä lähtökohtia.[3] Rikosopin funktionaalisen, kriminaalipoliittisen perustelemisen Roxin korotti vuonna 1970 luonnostelemansa ohjelman pääkohdaksi.[4] Tuossa kirjoituksessaan Roxin hahmottelee ensimmäisen kerran kokonaiskonseption rikosopin ja koko rikosoikeuden järjestelmän uudenlaisesta normatiivisesta perustelusta.[5]

Roxinin merkitys on kahtalainen. Yhtäältä hän on teoreetikko, joka on kehitellyt eräitä tärkeitä yleisten oppien teorioita. Keskeisimpinä erottuvat riskinlisäämiseen perustuva oppi ns. objektiivisesta syyksilukemisesta ja syyllisyysvaatimuksen uudelleentulkinta vastuullisuutena. Toisaalta hän on myös – erityisesti oppikirjansa ensimmäisessä ja ainoassa julkaistussa osassa (1997; ensimmäinen painos 1991) – kehitellyt sellaista rikosvastuun kokonaiskonseptiota, joka sovittaa yhteen rikosoikeuden hyvinvointivaltiolliset ja oikeusvaltiolliset suojatehtävät. Hänen »offensiivinen» funktionalisminsa on rikastunut nimenomaan siihen »defensiiviseen» suuntaan, että rikosvastuuta rajoittavia periaatteita korostetaan uudelleen tuossa oppikirjassa. Roxinin oppikirja on teoreettiselta kannalta epäilemättä tällä hetkellä Saksassa johtava ja tullee säilyttämään vahvan asemansa vielä pitkälle tulevaisuuteen. Näin on siitä huolimatta, että suinkaan kaikkia Roxinin omia kehitelmiä ei ole yleisesti hyväksytty tieteellisessä kirjallisuudessa tai omaksuttu Saksan ylimpien oikeusasteiden lainkäytössä.

Roxinin teorialähtökohtien mielenkiintoisuutta lisää se, että hänen voi katsoa kehittäneen rikoslainopin teoriaa sellaiseen suuntaan, joka suomalaisit-

---

[3] Ks. esim. artikkeleita *Roxin* 1962 ja *sama* 1968.

[4] *Roxin* 1973, passim.

[5] Roxinin kriminaalipoliittisiin arvostuksiin pohjaava normativismi asettuu selkeään vastakohtaan Hans Welzelin finalismin kanssa. Finalismissa oikeuden nähtiin joutuvan operoimaan esioikeudellisten asiarakenteiden kanssa, kun taas normativistinen funktionalismi korostaa rikosoikeuden sisältöjen kontingenttia luonnetta. Roxinin työ ei ole eksplisiittisen oikeusteoreettista, mutta siinä voi nähdä taustalla vastaavantyyppisen teleologian korostamisen kuin esim. Ekelöfin oikeusajattelussa.

Siinä missä Roxin työstää ja tulkitsee oikeudellisten käsitteiden tasoa, Klamin teleologiseen argumentaatioon keskittyvä tarkastelu vie tässä suhteessa vastaavanlaista projektia eteenpäin. Klami pyrkii osoittamaan oikeuspoliittisten argumenttien relevanssin oikeudellisessa tulkintaratkaisussa, mutta ei toisaalta kiistä sitä, että normihypoteesin tulee saada tukea myös oikeuslähteistä. Oikeusperiaatteita tai oikeuspolitiikkaa Klami ei pidä suoraan oikeuslähteinä. Ks. esim. *Klami* 1995, 1066–1080.

tain on hyvinkin ajankohtaista. Rikosoikeusjärjestelmän rationaalisuusehtojen selvittäminen on ollut esimerkiksi Lahden tuotannossa keskeinen teema. 1970-luvulta alkaen aktiivisesti jatkuneet lainsäädäntöhankkeet ovat korostaneet kriminaalipoliittisen näkökulman painoarvoa kaikissa rikosoikeudellisissa kysymyksissä. Roxinin teoriat ovat selkeästi myös yhtenä taustavaikutteena Nuutilan uudemmassa tuotannossa.

Roxin hyökkää vuoden 1970 kirjoituksessaan Franz von Lisztin Marburgin ohjelmaa (1882) vastaan, ja tahtoo kumota von Lisztin omaksuman käsityksen, että rikosoikeus ja rikoslainoppi rikosoikeutta systematisoivana tieteenä olisi tavoitteelliseen kriminaalipolitiikkaan nähden vastakkainen. Von Lisztin ohjelmasta siteerataan usein kahta kohtaa, joissa hän selittää rikosoikeuden olevan »kriminaalipolitiikan ylittämätön raja-aita» ja rikoslain »rikollisen magna charta».[6]

Roxin ei paljonkaan kiinnitä huomiota siihen, että von Liszt itse asiassa tulee häntä hyvinkin lähelle käsityksessään oikeusjärjestyksestä inhimillisten elinintressien suojana.[7] Erityisesti von Lisztin turvaamistoimenpiteistä esittämät ajatukset olivat hyvinkin tavoitteellisten näkökohtien värittämiä. Pitää kuitenkin paikkansa se, että von Liszt korosti lain asettavan selkeitä rajoja kriminaalipoliittisten pyrkimysten toteuttamiselle. Viittaus magna chartaan antaa perusteen tulkita von Lisztiä siten, että kun kyse oli varsinaisesta rikosoikeustieteestä, hänen lähtökohtansa olivat oikeusvaltiolliset. Mutta von Lisztin suurimmat ansiot eivät olleetkaan tällä ahtaasti ymmärretyn rikoslainopin alueella, vaan kriminologian, kriminaalipolitiikan ja rikoslainopin saattamisessa toistensa yhteyteen.[8]

Von Liszt kuvasi valtiollisen kriminaalipolitiikan ja rikosoikeuden välillä vallitsevan jännitteen. Kriminaalipolitiikka koski rikollisuuden torjunnan tarkoituksenmukaista järjestämistä, kun taas rikosoikeus juridisessa mielessä toteutti oikeusvaltiollis-liberalistista yksilön suojafunktiota.[9] Roxinin

---

[6] Von Lisztin Marburgin ohjelma on julkaistu otsikolla »Der Zweckgedanke im Strafrecht» teoksessa *von Liszt* 1905, 126–179.

[7] Marburgin ohjelman olennaisena osana oli rangaistuspakon tavoitteellinen käyttö oikeushyvien suojaamiseksi; *von Liszt* 1905, 163–173. Von Lisztillä tavoitteellisuus yhdistyi lähinnä erityispreventiivisiin käsityksiin siitä, että rangaistuksilla vaikutettiin joko välillisesti rikoksentekijän motivaatioon tai välittömästi parannuksen, pelotuksen ja vaarattomaksi tekemisen keinoin. Ks. yleisesti myös *Backman* 1992, 57–61.

[8] Ks. tästä edellisen lisäksi esim. von Lisztin kirjoitusta rikosoikeustieteen tehtävistä ja metodeista, *von Liszt* 1905, 284–298.

[9] *Roxin* 1973, 1–2.

mukaan von Lisztin ajatukset kriminaalipolitiikan ja rikosoikeuden tiukasta erottamisesta ovat toistuneet oppikirjoissa näihin päiviin saakka.[10] Oppikirjoissa korostetaan systematisoidun rikosoikeustieteen tärkeää merkitystä rikoslainkäytön oikeudenmukaisuuden ja tasapuolisuuden kannalta, mutta todellisuudessa ajaudutaan eräänlaiseen käsiteskolastiikkaan, jonka sisällöillä ei kaikilta osin ole edes merkitystä. Kyse on vain jonkinlaisten muodollisten järjestystarpeiden tyydyttämisestä. Rikoslainopista tulee joko käytännön kannalta vähämerkityksistä hienosäätöä tai pahimmassa tapauksessa se johtaa jopa asiallisesti kriminaalipolitiikan kannalta vääriin lopputuloksiin.[11]

Roxin varoo kiistämästä täysin oikeusvaltiollisen rikoslainopin merkitystä ja korostaa sitä, että lain tehtävät vain eivät tyhjenny tähän oikeusvaltiolliseen funktioon.[12] Rikosoikeudellinen legaliteettiperiaatekin on saanut uudenlaista merkitystä, kun liberaalin suojafunktion ohella sen tarkoitukseksi nähdään käyttäytymissääntöjen antaminen.[13] Rikosoikeuden normeista tulee »mitä merkittävin yhteiskunnan muokkaamisen väline». Teoreettisten käsitteiden automatiikka ei enää riitä ratkaistaessa niitä ongelmia, joita moderni lainoppi saa ratkottavakseen.

Roxinin mukaan oikeudellinen sidonnaisuus ja kriminaalipoliittinen tarkoituksenmukaisuus eivät saa olla ristiriidassa, vaan niiden synteesi on saatava aikaan, samalla tavalla kuin oikeus- ja sosiaalivaltiokaan eivät ole sovittamattomat vastakohdat, vaan muodostavat dialektisen kokonaisuuden.[14] Oikeusvaltiossa on taattava yhtä hyvin aineellinen, yhteiskunnallinen oikeudenmukaisuus kuin yksilön vapauksienkin suoja.[15]

Roxinille kriminaalipolitiikan ja rikosoikeuden systemaattisen yhtenäisyyden toteuttaminen rikosopissa heijastaa vastaavia vaatimuksia, joita koh-

[10] *Mt.*, 3.

[11] *Mt.*, 3–5.

[12] *Mt.*, 7. – Valtiovallalla on siis useantyyppisiä tehtäviä suhteessa yksilön (perus)oikeuksiin. Valtion oikeuden »itserajoituksen» ohella korostuu vaatimus myös tuottaa suojaa oikeuksille rikosoikeusjärjestelmän välityksellä samoin kuin sovittaa nämä kaksi erilaista suojafunktiota yhteen.

[13] *Mt.*, 8. – Ks. myös *Roxin* 1997, § 5 IV Rn 18–25, jossa esitetään erilaisia rinnakkaisia perusteluita legaliteettiperiaatteelle. Rikosoikeudellinen legaliteettiperiaate saa merkitystä osana yleisprevention mekanismia, mutta myös mm. rangaistavuuden oikeudellinen rajoittaminen on tärkeä oikeusvaltiollisen kriminaalipolitiikan tehtävä.

[14] *Roxin* 1973, 10. Tällainen vastakohtien yhdistely on tyypillistä Roxinin tieteelliselle mentaliteetille.

[15] *Roxin* 1973, 10.

dataan kaikilla muillakin oikeudenaloilla.[16] Sosiaalisessa oikeusvaltiossa rikosoikeudenkin tehtävät muuttuvat. Abstraktioiden tasolla liikkuva lainoppi eristäytyy yhtäältä kriminaalipolitiikasta, toisaalta yhteiskunnallisesta todellisuudesta.

Roxinin kritiikin pääsuunta on nyt tullut selväksi. Sen kohteena on rikosoikeudellinen käsitelainoppi, rikosoppi pelkkänä käsitejärjestelmänä, jolla kuitenkin olisi käytännöllisiä seurauksia rikoslainkäytössä kyseistä käsitteistöä sovellettaessa.[17] Roxinin vastauksena on rikosoikeuden sosiaalisten tehtävien ja kriminaalipoliittisten ulottuvuuksien korostaminen. Tämän tulisi näkyä paitsi ratkaisutoiminnassa, myös jo rikosopin käsitteenmuodostuksessa.

Roxinin mukaan hedelmällisen systeemin on täytettävä kolme perusvaatimusta. Sen on oltava käsitteellisesti järjestetty ja selkeä, suhteessa todellisuuteen sekä suuntauduttava kriminaalipoliittisten tavoitteenasetteluiden mukaisesti.[18] Hänen mukaansa toistaiseksi esitetyt vallitsevan kannan mukaiset opit ovat toteuttaneet vajavaisesti nämä vaatimukset.

Roxinin oma systeemiluonnos lähtee totutusta rikoskäsitteen jaosta kolmeen erilliseen kategoriaan. Näitä ovat tunnusmerkistönmukaisuus, oikeudenvastaisuus ja syyllisyys.[19] Teon käsitteelle ei ole tässä konseptiossa jätetty itsenäistä osuutta, mutta valittu käsitteistö vastaa klassista Belingin-Sauerin mallia, joka on tuttu Honkasalon oppikirjoista. Varhaistuotannossaan Roxinia yhdistää myös von Lisztiin se, että hän lähtee liikkeelle systeemin tasolta, eikä tyydy pohtimaan kriminaalipoliittisten tarkoituksenmukaisuusharkintojen osuutta esimerkiksi yksittäistapauksellisesta näkökulmasta. Näin Roxin periaatteessa jakaa saksalaisessa rikoslainopin traditiossa suhteellisen vahvan systeemiuskon, jonka mukaan rikosoikeuden olennaista sisältöä on sen peruskäsitteissä, jotka on pystyttävä esittämään johdonmukaisen systeemin muodossa.[20]

---

[16] *Roxin* 1973, 11.

[17] Ks. myös Neumannin artikkelia argumentaatiomallien muuttumisesta siirryttäessä funktionaaliseen ajatteluun ja korostettuun normativismiin rikosoikeustieteessä; *Neumann* 1987, 573.

[18] *Roxin* 1973, 14.

[19] *Roxin* 1973, 15.

[20] Roxin toisaalta korostaa oppikirjassaan ongelmakeskeisen lähestymistavan tärkeyttä puhtaan systemaattisuusihanteen sijasta ja käsittelee muutenkin laajasti systeemiajattelun vaaroja. *Roxin* 1997, § 7 IV, Rn 37–50. – Edes vapaaoikeuskoulun kannattajat eivät oikeastaan pyrkineet kokonaan eroon rikosopin kantavista käsitteellisistä jaotteluista. Ks. esim. *Kantorowicz* 1933, 9–35.

Kolmella kategorialla on kullakin oma kriminaalipoliittinen funktionsa.[21] *Tunnusmerkistönmukaisuuden* johtoajatuksena on rikosoikeudellisen legaliteettiperiaatteen toteuttaminen. Tunnusmerkistönmukaisuuden kriminaalipoliittinen funktio on olennaisesti oikeusvaltiollinen. Roxin mainitseekin, että usein koko lainopin legitimaatio on perustettu tähän periaatteeseen. Tunnusmerkistönmukaisuus on siis ikäänkuin oikeusvaltiollinen ydin kriminaalipoliittisesti perustellussa rikoslainopissa. Roxin tulkitsee tosin legaliteettiperiaatteenkin tavoitteellisesti, kuten edellä mainittiin.[22]

Rikosoikeudellisen legaliteettiperiaatteen näkökulmasta lainsäätäjä on turvautunut erilaisiin lainsäädäntötekniikoihin. Roxin jakaa rikokset tekorikoksiin, joissa teko on tarkkaan kuvattu rikostunnusmerkistössä, ja velvollisuusrikoksiin, joissa on kyse sosiaalisiin rooleihin liittyvien velvollisuuksien rikkomisesta. Jälkimmäisessä tapauksessa velvollisuuksia ei ole voitu kuvata rikostunnusmerkistössä, vaan legaliteettiperiaatteen vaatimukset täytetään viittamalla rikosoikeuden ulkopuolisissa säännöstöissä kuvattuihin velvollisuuksiin. Jotta tilanne olisi tyydyttävä, on edellytettävä, että velvollisuudet on kuvattu näissä säännöstöissä riittävän täsmällisesti.[23]

Roxin katsoo normatiivisen lähtökohtansa heijastelevan sosiaalista todellisuutta. Velvollisuusrikoksissa suojataan tiettyjen oikeudellisesti muotoiltujen elämänalueiden toimintakykyisyyttä yleensä, kun taas tekorikoksissa kyse on siitä, että tekijä tunkeutuu ulkoa päin »rauhaa häiritsevällä tavalla» oikeuden koskemattomaksi säätämälle alueelle.[24] Tässä tavataan siis myös oikeushyväopin kannalta kiinnostava käsitepari, koska velvollisuusrikokset viittaavat suoraan yhteiskunnallisten toimintasysteemien häiriöttömän toiminnan turvaamiseen.

Oikeudenvastaisuuden kategoriassa on kyse sosiaalisten konfliktien ratkaisusta. Tämä kategoria, joka Roxinin mukaan on rikosoikeudelle ja muulle oikeusjärjestykselle yhteinen, taas liittyy välittömästi intresseihin ja niiden vastakkaisuuksien sääntelyyn. Roxinille oikeudenvastaisuuden rajat mää-

[21] Roxin järjestää rikosopin peruskäsitteet siten, että niiden kriminaalipoliittinen funktio antaa kullekin käsitteelle sisällön. Esimerkiksi tunnusmerkistönmukaisuuden vaatimusta (eli käsitettä) vastaa legaliteettiperiaate kriminaalipoliittisena periaatteena. Roxinilainen funktionalismi merkitsee rikosoikeuden periaatteiden heijastumista sen käsitesisältöihin vain niissä rajoissa kuin käsitteiden kriminaalipoliittiset funktiot sitä edellyttävät. Yleiset oikeusperiaatteet eivät saa tätä ylittävää merkitystä.

[22] *Roxin* 1973, 15.

[23] *Roxin* 1973, 16–17.

[24] *Roxin* 1973, 17–18.

räytyvät toisin kuin tunnusmerkistönmukaisuuden kohdalla: oikeudenvastaisuudessa ei ole kyse teonkuvauksista, vaan useiden periaatteiden punninnasta. Roxin suosittaa oikeuttamisperusteiden tutkimuksessa toisentyyppistä lähestymistapaa kuin edellisen kategorian kohdalla. Oikeuttamisperusteiden osalta olisi tutkittava kunkin yksittäisen oikeuttamisperusteen tyypillisten soveltamistilanteiden »fenomenologiaa». Näin voitaisiin »luoda kartta» tuosta oikeuttamisperusteesta.[25]

Syyllisyydessä ei Roxinille ole niinkään kyse toisintoimismahdollisuudesta kuin siitä, onko epätavallisten persoonallisuuteen liittyvien tai tilannekohtaisten olosuhteiden vuoksi enää tarvetta rangaistusseuraamukseen rangaistuksella uhatusta teosta.[26] Syyllisyydessä on otettava huomioon syyllisyysperiaatteen rangaistavuutta rajoittavan funktion lisäksi niin erityis- kuin yleispreventiiviset harkinnat. Poliisi tai palomies ei voi vedota (oikeudenvastaista) pakkotilaa lähellä olevissa tilanteissa yhtä helposti anteeksiantoperusteisiin kuin joku vastaavanlaiseen tilanteeseen joutunut, jolla ei ole vastaavia erityisiä roolivelvoitteita. Roxinin mukaan tämä selittyy sillä, että oikeushyvien suojelu ja siis yleinen intressi edellyttää sanktiointia edellisessä tilanteessa, kun taas tavallisen ihmisen kohdalla resosialisaation tarve puuttuu, eikä tämä edes tilanteen poikkeuksellisuuden vuoksi voi antaa muille huonoa esimerkkiä.[27]

Kääntäen Roxin siis katsoisi, että taitamattomasti toimineen palomiehen tai poliisin kohdalla olisi »resosialisaation tarvetta» ja vaara huonon esimerkin kautta leviävästä vaikutuksesta. Esimerkki osoittaa sen, että on ongelmallista argumentoida näissä kysymyksissä suoraan kriminaalipoliittisilla rangaistustarveargumenteilla.[28] Yhtä perustellusti rooleihin liittyvien erityisvaatimusten takana voisi nähdä yhteiskunnallisen roolijaon eriytymisen ja välttämättömyyden heijastella oikeudellisissa sääntelyissä tuota roolijakoa.[29] On

---

[25] *Roxin* 1973, 29–30.

[26] Hyvin punnittua kritiikkiä Roxinin »sekamuotoista» syyllisyysoppia kohtaan esittää *Dreher* 1987, 32–34, 52–56.

[27] *Roxin* 1973, 15–16.

[28] *Roxin* 1997, § 3 I Rn 48–54, perustelee syyllisyysperiaatetta mm. valtiosäännön tasoisella ihmisarvon kunnioittamisen periaatteella.

[29] Jakobs kytkee tarpeen kiinnittää rikosoikeudelliset sääntelyt objektiivisesti määritettyihin normeihin luhmannilaisittain siihen, että oikeudellisesti varmistetut käyttäytymisodotukset voidaan objektivoida, kun vähimmäisvaatimuksena vastuulle on se, että tekijä on toiminut vastoin niitä odotuksia, joita hänen rooliinsa objektiivisesti liitetään. *Jakobs* 1995, 15–16. Kognitiivisesti ja normatiivisesti varmistetuista käyttäytymisodotuksista ks. myös *Luhmann* 1987, 40–53.

aivan luonnollista, että palomieheltä vaaditaan sellaista palomiehen ammattiin ja koulutukseen liittyvää osaamista työssään, joka tavalliselta ihmiseltä puuttuu. Toinen ratkaiseva ero näiden kahden roolin välillä on, että monet palomiehen eteen tulevat tilanteet ovat hänelle tavanomaisia ja rutiiniluontoisia, kun taas tavallinen ihminen joutuu niihin vain äärimmäisen harvoin. Palomiehet ja poliisit joutuvat ammatinkuvansa mukaan kohtaamaan ammattimaisesti poikkeustilanteita.[30]

Roxinin rikosopissa kriminaalipoliittisten rangaistustarveargumenttien lisäksi myös oikeudellisesti säännellyt roolit saavat merkitystä. Hänen mukaansa velvollisuusrikoksia ovat ne rikokset, joissa tekijä rikkoo nimenomaisia sosiaaliseen rooliinsa kuuluvia oikeudellisia velvollisuuksiaan. Velvollisuusrikoksissa on aivan yhdentekevää, rikotaanko velvollisuutta aktiivisella teolla vai laiminlyönnillä. Kaikki laiminlyöntirikokset ovat velvollisuusrikoksia.[31] Vastaavasti osallisuusopin kannalta olisi tarpeen tehdä jako teko- ja velvollisuusrikoksiin, koska vain siten voidaan mielekkäästi rajata vastuuta tekijäntoimesta. Tähän liittyy Roxinin kehittelemä oppi teonherruudesta tekijän kriteerinä tekorikoksissa. Velvollisuusrikoksissa tekijä on se, joka rikkoo velvollisuuksiaan.[32]

Jako teko- ja velvollisuusrikoksiin seuraa siis viime kädessä legaliteettiperiaatteesta. Samasta syystä tahallisuus tulisi sisällyttää jo tunnusmerkistönmukaisuuteen: tekoja ja velvollisuuksien rikkomisia ei ole mahdollista kuvata vain kausaalikulkuina.

Rikossäännösten tulkinnassa on legaliteettiperiaatteen hengessä vältettävä tunnusmerkistöjen alaa laajentavat tulkinnat ja rajattava rangaistavuuden ala siihen, mikä on oikeushyvien suojaamiseksi välttämätöntä. Siinä voivat sosiaaliadekvanssi ja vähäisyysperiaate olla tulkinnan apuna. Roxinin mukaan nämä regulatiiviset periaatteet eivät kuitenkaan ole tunnusmerkistötekijöitä, vaan juuri tunnusmerkistöjen sanamuotojen rajoittamisessa käytettäviä tulkinnan apuvälineitä.[33]

---

[30] Ks. myös Roxinin epäselvää huomautusta, *Roxin* 1973, 34, jonka mukaan se, että vaarallisissa ammateissa pätevät toisenlaiset anteeksiannettavuuden mittapuut, todistaa, miten saman syyllisyyden määrän kyseessä ollenkin preventiiviset näkökohdat voivat olla ratkaisevia sanktiotarpeen kannalta.

Asettaisin kyseenalaiseksi jo sen, onko yleensä mieltä puhua syyllisyyden samankaltaisuudesta, jos toimintaa näissä tapauksissa arvioidaan aivan eri standardeilla.

[31] *Roxin* 1973, 19–20.

[32] *Roxin* 1973, 20–21. Ks. myös *Roxin* 1985, § 25 Rn 21–30, 147; *Roxin* 1994, 637–674.

[33] *Roxin* 1973, 23–24.

4.2 Kriminaalipoliittisen suuntautumisen ongelmakohtia

Edellä Roxinin kriminaalipoliittisesti suuntautuneesta rikoslainopista esitetty antaa aiheen pohtia muutamaa kysymystä: 1) kirjoitetun lain asemasta, 2) kriminaalipoliittisten tarkoituksenmukaisuusnäkökohtien asemasta ja 3) siitä, miten tässä hyvin normatiivisväritteisessä konseptiossa saadaan perustetuksi dogmatiikan keinoin ne velvollisuudet, joiden rikkominen usein on rangaistusvastuun perustana.

Erityisesti legaliteettiperiaatetta ja tunnusmerkistönmukaisuutta koskeva jakso korostaa rikoslainopin kytkentää kirjoitettuun lakiin. Mutta onko sittenkään oikein sanoa tästä seuraavia, suhteellisen yleisiä rikosoikeuden alan rajoituksia muodollisiksi, muotoa koskeviksi? Katsoisin, että juuri tässä tulkinnassa näkyy selvimmin Roxinin ohjelman kärjistys, muodon alistaminen sisällölle, joka saa Roxinin vaikenemaan itsenäisistä oikeudenmukaisuusperiaatteista ja tulkitsemaan rikoslainopin sisältöjä hyvin vahvasti kriminaalipolitiikan ja rangaistusteorioiden näkökulmasta. Roxin ei juurikaan pohdi sitä, minkä vuoksi rikosoikeudessa ollaan sidottuja tiukkaan lakisidonnaisuuteen, vaan ottaa tietyt oikeusvaltiolliset puitteet ikäänkuin traditiosta suoraan tulevina ja annettuina. Erityistä syytä perustella rikosoikeuden oikeusvaltiollisia rajoja olisi luonnollisesti ollut jo siitä syystä, että rikosopilliset katsomukset eivät ole Saksassakaan olleet kovin tiukasti säädetyn lain puristuksessa.

Kriminaalipoliittisten tavoitteiden korostus oikeusvaltiollisten näkökohtien kustannuksella nimittäin voisi saada aikaan painetta myös keventää tätä oikeusvaltiollista muotoa, joka muutenkin on enemmän normatiivinen ideaali kuin kuvaus voimassa olevasta oikeudesta. Roxin arvostelee moneen otteeseen vallitsevaa rikoslainoppia siitä, että se ei ole päässyt käsitteellisesti selkeään rangaistavuuden rajoitukseen. Suuria ongelmia on ollut esimerkiksi osallisuusopissa. Roxin siis vaatii rikoslainopilta suurempaa teoreettisuutta, mutta teoreettista tukea haetaan kuitenkin ennen muuta kriminaalipolitiikan suunnalta.

Kriminaalipoliittiset tarkoituksenmukaisuusnäkökohdat ovat Roxinin konseptiossa voimakkaasti esillä, erityisesti syyllisyysopin kysymysten yhteydessä. Roxin pyrkii selkeästi irti syyllisyyden mentaalisia sisältöjä kuvaavasta tutkimusperinteestä ja haluaa korvata tällaiset keskustelut kriminaalipoliittisella ja rangaistusteoreettisella pohdinnalla rangaistustarpeesta.

Kun Roxin nostaa velvollisuusrikosten kategorian näin keskeiseen asemaan rikosopissaan, voi hyvin kysyä, kummasta oikeastaan on kyse, oikeusvaltiollisuudesta vaiko kriminaalipolitiikasta? Roxin ei ota selvää kantaa tähän kysymykseen. Hän tukeutuu normativismissaan enemmän positiiviseen

oikeuteen ja legaliteettiperiaatteeseen kuin kriminaalipoliittisiin näkökohtiin. Legaliteettiperiaate edellyttää, että nuo velvoitteet muotoillaan laissa mahdollisimman tarkasti. Sen sijaan epäselväksi jää, missä mielessä näiden velvoitteiden muotoilu on kriminaalipoliittinen kysymys. Esimerkiksi rangaistusteorioista lienee vaikea johtaa mitään kovin konkreettista näissä kysymyksissä. Toinen kysymys taas olisi, onko kriminaalipoliittisesti mielekästä rangaista aina silloin, kun lainsäädännössä asetettuja velvollisuuksia on rikottu.

Roxinin konseptiossa kriminaalipolitiikan ja rikoslainopin suhde jää myös siinä mielessä epämääräiseksi, että kriminaalipolitiikan käsite ei saa tarkkaa sisältöä. Tarkoitetaanko kriminaalipolitiikalla konkreettisen lainsäätäjän harjoittamaa kriminaalipoliikkaa vai onko kyse jostakin yleisemmästä rationaalisen kriminaalipolitiikan vaatimuksesta? Selvitetäänkö kriminaalipoliittiset tarkoitusperät oikeuslähteistä? Onko kriminaalipolitiikkakin luettavissa lainsäännöksistä tai niiden esitöistä, vai tulkitaanko se tieteen keinoin yleisemmistä lähteistä? Roxin puhuu toisinaan kuin lainsäätäjän äänellä saattaessaan rikosoikeuden ja kriminaalipolitiikan toistensa yhteyteen. Mutta voiko tällaista lainoppia harrastaa muu kuin lainsäätäjä itse?

Jos Roxinin ohjelmaa suhteuttaa Hassemerin käsityksiin oikeushyväoppien tutkimustavoista, vaikuttaa siltä, että Roxinin kriminaalipoliittisesta konseptiosta sittenkin puuttuu systeemin ylittävä näkökulma. Voi tosin olla, että Roxin näkisi (lainsäädäntö)kriittisen kriminaalipoliittisen ajattelutavan soveltuvan paremmin rikosoikeuden muiden alueiden tutkimiseen, esimerkiksi erityiseen osaan tai seuraamusjärjestelmän kysymyksiin.

Tämäntapainen rikoslainopin ja kriminaalipolitiikan yhdistäminen tuottaa tiettyjä vaikeuksia muun muassa sen vuoksi, että kriminaalipolitiikalla ei ole samanasteista positiviteettia kuin rikosoikeudella, eikä se ole luontevasti rajattavissa vain lainsäätäjän tahdonilmaukseksi. Vaikka lainsäädännössä olisi selvästi sitouduttu joihinkin rangaistusteoreettisiin perusajatuksiin, ei se suojaisi Roxinin tapaan käsitettyä rikosopin rakennelmaa perustavanlaatuiselta kritiikiltä, jos tuon katsomuksen tieteellinen perusta myöhemmin osoitettaisiin kestämättömäksi. Kriminologiselle ja rangaistusteoreettiselle tutkimukselle ovat olleet pidemmällä aikavälillä tunnusomaisia suuretkin teoreettiset heilahtelut.

Roxinin kriminaalipoliittisesti perusteltu konseptio relativoi rikosoikeuden yleisiä oppeja. Sen hän itsekin hyväksyy puhuessaan siitä, että rikosoikeussystematiikan perusteet joudutaan jatkuvasti käymään läpi alusta alkaen uudestaan.[34]

[34] *Roxin* 1973, 43.

Roxinin rikosoppi tähtää rikosopin rationaalistamiseen, ja siinä valitaan rationaalistamisen perustoiksi kaksi valistusideologian johtavaa ajatusta eli oikeusvaltiollisuus ja kriminaalipoliittinen tarkoituksenmukaisuus. Jälkimmäisessä pyritään yhdistämään modernin yhteiskuntaa tutkivan tieteen empiirinen tieto rikollisuudesta ja politiikkaa tarkoituksenmukaisuusnäkökohtien varassa jäsentävä käsitys. Roxinin rikosopin konseptio on läpirationalisoitu, siitä puuttuu muunlainen historiallinen ja kokemuksellinen ulottuvuus. Tässä suhteessa Wolfgang Naucken samasta tematiikasta esittämät ajatukset ovat jokseenkin vastakkaiset.

Roxinin rikosoikeusajattelun suurena synteesinä voi ilman muuta pitää hänen rikosoikeuden yleisten oppien oppikirjaansa (3. painos 1997). Siinä alkuvuosien ohjelmallisuus on saanut väistyä. Funktionalistiset näkökohdat ovat monin kohdin saaneet vastinparikseen oikeusvaltiollisen rajoituksen. Alkuperäisistä ajatuksista preventio- ja syyllisyysteoreettiset katsomukset ovat kokeneet suurimmat muutokset, mutta esimerkiksi riskinlisäämisoppi esiintyy edelleen ns. objektiivisen syyksilukemisen perustana. Siitä tarkemmin tuonnempana.

Roxinin oikeusteoreettinen ajattelu ehkä kuitenkin ohjelmallisuudessaan jopa hieman peittää sitä, mistä kriminaalipolitiikassa lainsoveltajan ja dogmaatikon kannalta on kyse. Roxin korostaa erityisesti, että lain yleisyydestä johtuu näille molemmille tulkintatehtäviä, vaatimus konkretisoida lain sääntelykehystä. Roxin ymmärtää lainsoveltamisen sen tulokseksi, että lainsoveltaja tai lainoppinut jatkaa argumentointiaan lainsäätäjän kriminaalipoliittisten tavoitteenasetteluiden pohjalta. Lainoppineenkin tulee siten argumentoida kriminaalipoliittisesti.[35]

Roxinille lain konkretisoinnissa on olennaisesti kyse kriminaalipoliittisesta harkinnasta. Jos tuon vaatimuksen tulkitsee siten, että kriminaalipoliittista argumentaatiota tarvitaan sen selvittämiseksi, mitä tietyllä lainkohdalla tavoitellaan, Roxinin ajatus on helppo hyväksyä. Itse katson, että lainsoveltamisessa tarvitaan sekä oikeus- että politiikkaperusteista argumentaatiota, mistä syystä politiikkakorostus jää yksipuoliseksi. Roxin tosin tuntuu toisinaan sisällyttävän politiikka-käsitykseensä myös oikeustyyppisiä perusteita. Siksi kriminaalipolitiikan käsite ei ehkä tarkoita hänellä aivan samaa kuin mitä esimerkiksi kotimaisessa kirjallisuudessa sillä on totuttu tarkoittamaan. Roxin kehittelee joskus myös perusoikeusnäkökohtia kriminaalipolitiikan otsikon alla.

---

[35] *Roxin* 1997, § 7 V 70.

4.3 Naucken oikeusvaltiollis-praktinen yleinen rikosoppi

Wolfgang Naucken oikeusvaltiollis-praktisessa rikosopissa yritetään edetä käsiteskolastiikan dilemmasta toiseen suuntaan kuin Roxin edellä. Naucken käsitystä voisi tiivistetyimmin kuvata siten, että rikosoikeustieteessä ei ole vielä edes tultu riittävällä tavalla tietoiseksi rikosoikeuden oikeusvaltiollisten elementtien yleisestä luonteesta ja tiukasta sitovuudesta, joten ensiksi on selvitettävä rikosopin todellinen luonne ja tehtävät.

Naucke kuuluu niihin harvoihin kirjoittajiin, jotka ovat pyrkineet teoreettisesti hahmottamaan sellaista oikeusvaltiollista rikosoikeusajattelua, joka voisi haastaa kriminaalipoliittisesti suuntautuneen funktionalismin. Kuten Backman on selvittänyt, kotimaisessa rikoslainopissa ainakin jonkinlaisen käsitelainoppia lähestyvän käsitekonstruktiohin keskittyvän tutkimuksen perinne on ollut voimakasta.[36] Ilmeisesti tälle perinteelle on niin Suomessa kuin Saksassa ollut leimallista, ettei omaksuttujen katsomusten pohdinnassa edetä kovin syvälle.

Naucken oikeusvaltiollisuus poikkeaa tavanomaisesta. Oikeusvaltiollisuus ei tyhjenny valistusfilosofian pohjalta Roxinin tapaan esitettyyn, vaan sillä on yleisempi, historiasta juontuva merkitys. Naucke arvostelee voimakkaasti rikoslainopin traditiossa toteutettua jyrkkää rikosoikeuden ja rikosprosessioikeuden erottamista toisistaan. Tästä seuraa, että rikosoikeudelliset kysymykset abstrahoidaan erilleen rikosprosessista, eikä oteta huomioon sitä todellista yhteyttä, jossa rikosoikeudellista vastuuta koskevat kysymykset käytännössä aina asetetaan. Vaikka Naucke vaatii rikosprosessuaalisten kysymysten tarkempaa huomioon ottamista rikosopissa, ei hänen pyrkimyksensä ole silti relativoida rikosoikeuden yleisiä oppeja, vaan osoittaa päinvastoin niiden yleisyys.[37]

Naucke huomauttaa, että yleinen rikosoppi on keskeinen apuväline lainsoveltamisessa. Ilman sitä lainsoveltaminen olisi pelkästään järjestyksetöntä ongelmasta toiseen siirtymistä. Asiasisällön ja lain välittäjänä on yleinen rikosoppi.[38]

Naucken mukaan on laajasti hyväksytty seuraava muotoilu yleiselle rikosopille: rikos on tunnusmerkistönmukaista, oikeudenvastaista ja syyllisyyttä osoittavaa inhimillistä käyttäytymistä. Tällä muotoilulla, jossa myös järjes-

[36] *Backman* 1992, 259–271.
[37] *Naucke* 1979, passim.
[38] *Naucke* 1979, 6.

tyksellä on merkitystä, oletetaan voitavan kuvata pysyvästi rikosteon »olemus». Naucken mukaan tuolla olemuksella tarkoitetaan niitä tärkeimpiä edellytyksiä, jotka teoille valtiollisen rangaistuksen sallittavuuden näkökulmasta pitää asettaa.[39]

Nauckelle tunnusmerkki »inhimillinen käyttäytyminen» on sisällöllinen ja vaikuttaa esimerkiksi sen arviointiin, voitaisiinko instituutio tai organisaatio periaatteessa tuomita rangaistukseen.[40] Naucken mukaan käyttäytymistunnusmerkillä tarkoitetaan myös sulkea pois vastuuta satunnaisista seurauksista. Käyttäytymisen käsitteellä tulee Naucken mukaan kyetä vetämään raja tapaturman ja mahdollisesti rangaistavan käyttäytymisen välille.[41] Käyttäytymisestä, eikä enää teosta, puhutaan nykyään Naucken mukaan sen vuoksi, että käsitteen piiriin saadaan myös laiminlyönnit, joiden kriminalisointi on yhä tavanomaisempaa.

Tunnusmerkistönmukaisuudesta Nauckella on suhteellisen vähän sanottavaa. Se tarkoittaa vain laissa kuvattua yksittäisen rikosteon »vääryyttä». Laissa säädetty tunnusmerkistö, jonka mukaisuudesta tässä on kysymys, on samalla rangaistuksen uhalla kielletyn käyttäytymistavan kuvaus. Oikeudenvastaisuudessa taas siirrytään toisentyyppiseen näkökulmaan, jossa tilannetta tarkastellaan tilannetta mahdollisesti soveltuvien yleisten rangaistavuuden poistavien perusteiden kannalta. Syyllisyyttä Naucke pitää hyvin epäselvänä kategoriana, jos kohta ymmärtää tällä vaatimuksella tarkoitettavan erityisten, tekijän henkilöön liittyvien perusteiden varassa tapahtuvaa rangaistavuuden poissulkeutumista.[42]

Yleinen rikosoppi, joka järjestää tarkasteltavat kysymykset tiettyyn järjestykseen, luo sellaiset puitteet, joissa rangaistavuuden tulee aina pysyä, jotta se täyttäisi oikeellisuuden (Richtigkeit) vaatimuksen.[43]

Mikä sitten on yleisen rikosopin suhde rikoslakiin? Tai niinkuin Naucke muotoilee kysymyksen: Mitä tapahtuu laille, kun se alistetaan yleisen rikos-

---

[39] *Naucke* 1979, 7. Naucke viittaa tässä kohdin Belingin teokseen Die Lehre vom Verbrechen vuodelta 1906, joka lienee Nauckelle jonkinlaisen esikuvan asemassa.

[40] Vastaavasti Honkasalon teon käsitteen osalta, ks. *Honkasalo* 1965, 104.

[41] *Naucke* 1979, 8. – Naucken ajatus tuntuu varsin erikoiselta, eikä hän tässä yhteydessä selvennä sitä, miten käyttäytymisen käsitteeseen voitaisiin sisällyttää tuollaista erottelukykyä.

[42] *Naucke* 1979, 9–10. Ks. myös *Naucke* 1995, § 7 Rn 18–51, missä erityisesti tarkastellaan syyllisyyskäsitteen sisältöä.

[43] *Naucke* 1979, 10.

opin hallinnon alaiseksi?[44] Naucken vastaukset tämän suhteen selvittämiseksi kuvaavat hänen rikosoikeudellista ajatteluaan yleisemminkin.

Naucken mukaan modernissa rikosoikeudessa lähdetään siitä, että rikosjuristi on rikoslakiin ja muuhun lainsäädäntöön sidottu. Rikosjuristin työn pohjana ei kuitenkaan ole laki sinällään, vaan sellaisena, jona se näyttäytyy yleisen rikosopin läpi kulkemisen jälkeen.[45]

Lainsäädäntöön on Saksassakin kirjattu vain joitakin viitteitä siitä, mitä kuuluu yleiseen rikosoppiin. Laki ei säädä itse suhteestaan yleiseen rikosoppiin. Sen vuoksi herää kysymys, minkä vuoksi on oikeutettua »puristaa» laki ennen soveltamistaan yleisen rikosopin antamiin puitteisiin?

Naucke vastaa, että yleinen rikosoppi ei pelkästään ole neutraalin järjestyksen luomista mihin tahansa lakeihin, vaan sillä ensinnäkin luodaan järjestystä, ja tuo järjestys on vielä järjellinen. Yleinen rikosoppi asettaa laille ohjelman, johon mukautumalla lain järjellisyys kohoaa.[46]

Naucke sanoo tahtovansa erityisesti nostaa esiin yleisestä rikosopista sellaisia osia, jotka ovat luonnonoikeudellisia, eli jotka eivät ole (tai eivät saa olla) vallalla tai enemmistöpäätöksellä muutettavissa toisiksi. Nykyiset rikosopit ovat Naucken mukaan kaikki enemmän tai vähemmän modernisoituja (ja erityisiä) variantteja varsinaisesta yleisestä rikosopista. Yleinen rikosoppi ei ole hänen mukaansa tieteen 1800-luvulla kehittämä, vaan siinä on enemmänkin kyse sellaisesta menettelystä, jota on oikeellisuuden vuoksi noudatettava konflikteja käsiteltäessä. Rikosoppi toteuttaa yleistä kaavaa: säännön rikkominen, oikeuttamis- ja anteeksiantoperusteiden tutkiminen.[47]

Naucken mukaan Saksassa on ollut pyrkimyksiä etsiä rikosopin perustaksi kokoava teon (käyttäytymisen) käsite, ja kilpailevia koulukuntia on ainakin kolme. Näitä vastaa kausaalinen, finaalinen ja sosiaalinen teon käsite. Kussakin näistä rikosopin rakenne asettuu erilaiseksi. Kausaalisessa teonkäsityksessä suuntaudutaan luonnontieteellisen ajattelumallin mukaisesti, finalismissa taas pyritään tästä irti ja tukeudutaan yhteiskuntatieteen tuloksiin,

---

[44] *Naucke* 1979, 12.

[45] Vrt. Jareborgin erotteluun giltig rätt/gällande rätt. Jareborgille tuo ero syntyy laintulkinnassa osana rationaalista toimintaa tuomarin roolissa. *Jareborg* 1984, 76–78.

[46] *Naucke* 1979, 13–14. S. 14 av. 6. Naucke kuitenkin selittää, että hänen tarkoituksensa ei ole pyrkiä tällä ilmaisulla kohden mitään suurta metafysiikkaa, joskin ilmaisut ja asiavaatimukset ovat luonnonoikeuden perinteestä. Yleinen rikosoppi kuvaa hänen mukaansa sisällön, joka positiivisella oikeudella on vähintään oltava.

[47] *Naucke* 1979, 20–22.

kun taas opissa sosiaalisesta teosta pyritään uudella käsitemäärittelyllä eroon kahden edellisen vastakkaisuudesta. Naucke suhtautuu ilmeisen kriittisesti näiden vaihtoehtojen ympärillä käytyyn tieteelliseen keskusteluun.[48]

Toinen keskustelu taas on koskenut ehdotuksia, joiden mukaan rikosopissa olisi tukeuduttava rangaistuksen tarkoituksiin tai kriminaalipolitiikkaan. Naucken mukaan näissä ehdotuksissa on kyse siitä, että yksittäiset rikosopin osat suunnataan tietoisesti lainkäytössä esiintyvien kysymysten mukaisesti. Näitä sitten koetellaan sen mukaan, mitä ne käytännössä vaikuttavat rankaisemiseen tiettyjen tavoitteiden mukaisesti. Hänen mukaansa näin saadaan etäisyyttä perinteiseen kiistelyyn teon käsitteestä, ja otetaan rikosopissa kiinnostuksen kohteeksi sellaisia piirteitä, joiden käsittely on lyöty laimin.[49]

Naucke suhtautuu varauksellisesti tällaisiin kehityspiirteisiin. Yksi hänen pääperusteistaan koskee sitä, mitä rangaistuksen tarkoituksilla on tässä keskustelussa ymmärretty. Erityisen ongelman tässä suhteessa muodostaa se, että rangaistuksella voidaan tavoitella niin monia asioita, mistä syystä Naucken mukaan on lukuisia tapoja yhdistää rikosoppiin aineksia kriminaalipolitiikasta. Vain joidenkin tarkoitusten suhteen tällaista on yritetty. Joka tapauksessa tällainen rikosoppi heikentäisi yleisen rikosopin yleisyyttä ja järkevyyttä edellä luonnehditussa merkityksessä. Yleisestä rikosopista tulisi yleisprevention tai erityisprevention erityisiä rikosoppeja.[50]

Naucke näkee yleisen rikosopin eräässä mielessä juontuvan jo juridisesta retoriikasta. Yleisen rikosopin tarkempi muotoilu 1800-luvun lopulta alkaen hänen mukaansa jo samalla vähensi sen yleisyyttä.[51]

---

[48] *Naucke* 1979, 16. Ks. myös *Naucke* 1991, 262–266. Naucke itse tunnustautuu kausaalisen teonkäsityksen kannattajaksi.

[49] *Naucke* 1979, 17. Olennaisesti samantyyppinen on myös Marxenin tilannearvio. Viime vuosisadan lopulta saakka keskeisenä pidetty »rikostekosystematiikan» tieteellisyysvaatimus on heijastunut teon käsitteestä käytyihin kiistoihin, mutta kriminaalipoliittiset korostukset keskustelussa ovat vähentäneet tällaista tieteellisyyttä. Kriminaalipoliittisesti perusteltu rikosoppi ei voi olla yhtä puhtaan tieteellinen kuin sitä edeltävät systeemiluonnokset. Marxen suhtautuu periaatteessa myönteisesti kriminaalipoliittiseen suuntautumiseen. Hän näkee kuitenkin ongelmaksi sen, että suuntautumisessa on kiinnitetty runsaasti huomiota rikosoikeuden perimmäisiin tavoitteisiin, mutta sen sijaan rikosopin soveltamisedellytyksiin käytännön ratkaisutoiminnassa ei ole kiinnitetty huomiota. *Marxen* 1984, 149–153.

[50] *Naucke* 1979, 18–19.

[51] *Naucke* 1979, 22–23.

Tieteellinen rikoslainoppi ja käytännöllinen kriminaalipolitiikka eivät siis ole toistensa vastakohdat. Naucke kuitenkin päätyy aivan toisenlaiseen tulkintaan asiasta kuin Roxin edellä. Nauckelle rikoslainopin ja kriminaalipolitiikan yhteys seuraa suoraan siitä, että lainoppi joka tapauksessa on kriminaalipolitiikkaa. Naucke ei kuitenkaan pidä mahdollisena sitä, että lainopin kautta tai sen sisään voitaisiin rakentaa käytännöllisempi kriminaalipolitiikka. Tämä johtuu siitä, että lainopin irtautuminen käytännöstä, joka on Nauckelle pääkysymys, on niin totaalista, ettei lainoppi pysty esimerkiksi Roxinin esittämin keinoin lähestymään käytäntöä.[52]

Toisena nykyisten rikosoppien yleisyyttä vähentävänä piirteenä Naucke ottaa – jokseenkin yllättävästi – esiin rikosprosessioikeuden selvittelyn laiminlyönnin rikosopillisissa kysymyksissä.[53] Vaatimuksena on rikosprosessuaalisten näyttökysymysten kytkentä lähemmin rikosoikeudellisiin ja rikosopillisiin kysymyksiin. Nykyisessä yleistä rikosoppia koskevassa keskustelussa oletetaan Naucken mukaan jo tunnetuiksi ne tosiseikat, joita tarkastellaan suhteessa laissa annettuun tunnusmerkistöön, oikeudenvastaisuuteen tai syyllisyyteen. Oletetaan, ettei mitään merkitystä ei ole sillä, miten nuo tosiseikat on todettu. Historiallisesti, aina 1800-luvun alkuun saakka, lähdettiin taas ensin siitä kysymyksestä, kuka on tekijä ja miten se on näytetty. Naucke näkee perinteisessä menettelytavassa sen tärkeän näkökohdan, että rikoksesta voidaan puhua vasta sen jälkeen, kun prosessissa on näytetty tosiseikat toteen. Näyttö oikeasta tekijästä on yleisen rikosopin yleisin tunnusmerkki, eikä tätä tunnusmerkkiä saa ohittaa vaarantamatta yleisen rikosopin yleisyyttä.[54]

Kolmantena seikkana, joka olisi otettava huomioon yleisessä rikosopissa, Naucke mainitsee sen, että nykyisin tuomioistuimella on lukuisia mahdollisuuksia jättää rangaistus tuomitsematta, vaikka rikos katsottaisiinkin näytetyksi. Siksi myös rikoksen oikeudelliset seuraamukset on otettava huo-

[52] *Naucke* 1973, 425–427.

[53] Ensi katsomalta luulisi rikosopin saavuttavan yleisyyttä juuri irtautumalla rikosprosessioikeudesta ja sen erityisyyksistä.

[54] *Naucke* 1979, 24–25. Marxen kiinnittää erityistä huomiota siihen, että prosessuaaliset soveltamisedellytykset voivat vaikuttaa rikosopin käytännön merkitykseen. Marxenin ohjelmaa voisi kuvata vaatimukseksi perustella rikosoppi valtiosäännön normeilla, jossa erityistä huomiota kiinnitetään siihen, että keskeiset rikosoikeudelliset periaatteet saavat käytännön merkitystä rikosprosessissa. Marxenin ohjelma tulee oikeusvaltiollisen luonteensa vuoksi lähelle Naucken vaatimuksia, mutta se tukeutuu tätä selvemmin valtiosäännön normatiivisuuteen. *Marxen* 1984, passim.

mioon rikosopissa. Vasta varsinaisen rangaistuksen tuomitseminen tekee Nauckelle käyttäytymisen rikokseksi.[55]

Naucken teesi nykyisistä rikosopeista ja niiden suhteesta rikoslakiin on seuraava: yleinen rikosoppi painottaa tunnusmerkistönmukaisuutta, oikeudenvastaisuutta ja syyllisyyttä. Näin se edellyttää valtiolta ja sen rikosoikeudelta aivan tiettyä ainutkertaista tilaa, ilmaisee tämän tilan, selittää sen positiivista oikeutta paremmin, ja vaatii tätä noudatettavaksi lainkäytössä. Ensimmäisen maailmansodan jälkeen tällaista tilaa ei enää ole. Yleisen rikosopin on yhä vaikeampi asettua »korkeampana järkenä» lainsäätäjän asettamia yksittäisiä säännöksiä vastaan. Yleinen rikosoppi sopeutuu muuttuvaan säädännäiseen oikeuteen.[56]

Nykyiset rikosopit ovat yleisyydessään vain suhteellista keskimäärää. Jos ne eivät pysty selittämään positiivista oikeutta, jos niiden ohjelmat poikkeavat liiaksi positiivisen oikeuden ohjelmista, rikosoppi vain sopeutuu positiiviseen oikeuteen luopumalla periaatteistaan. Esimerkiksi teon vaatimuksesta luovutaan käyttäytymisen vaatimuksen hyväksi, jotta laiminlyöntirikos saadaan taas rikoksen käsitteen alaisuuteen. Periaatteista joustetaan, jotta positiivista oikeutta voitaisiin paremmin selittää. Nauckelle tämä sopeutuminen ja kompromissihakuisuus suhteessa muuttuvaan säädännäiseen oikeuteen on keskeinen kehityssuunta, joka samalla murentaa oikeusvaltiollisen rikosopin arvovaltaa. Yleinen rikosoppi joutuu johtamaan legitimaationsa säädännäisestä oikeudesta, vaikka suhteen tulisi olla päinvastainen. Naucken mukaan nykyinen rikosoppi menettää myös kriittisen suhteensa säädännäiseen oikeuteen nähden.[57]

---

[55] *Naucke* 1979, 29. Ks. tästä myös *Naucke* 1995, § 1 Rn 36–38.

[56] *Naucke* 1979, 30–31. Naucke on toisaalla käsitellyt yleisemmin sitä, miten 1800- ja 1900-lukujen kehityksessä politianäkökohdat ovat tulleet hallitsemaan kaikkea rikosoikeutta, ja tämä »politisoituminen» on merkinnyt »heikon» oikeusvaltiollisen oikeuskäsityksen korvautumista tunnusomaisesti »vahvalla» politiaoikeudellisella ajattelulla. *Naucke* 1986, 176–187. Stolleisin mukaan Naucken ihannoima metafyysinen aito oikeus on konstruktio, joka historiallisesti on vasta kantilaisen, idealistisen oikeuskritiikin tulosta. *Stolleis* 1986, 188–192.

[57] *Naucke* 1979, 31–32. Tällaista kritiikkiä olisi Naucken mukaan tarvittu eritoten siinä vaiheessa, kun rikosoikeuden järjestelmän täydellistämiseksi säädettiin turvaamistoimenpiteistä rikoksen johdosta. Rikosoppi ei enää voi kontrolloida tätä aluetta, joka sijoittuu olennaisesti rikosopin alueen ulkopuolelle. Se ei voi harjoittaa kritiikkiä, koska kehitystendenssit kohti »huolenpitorikosoikeutta» ovat jo heijastuneet sen itsensäkin kehitykseen.

Mitä sitten olisi tehtävä? Naucke on siinä suhteessa realisti, että tilanne ei hänen mukaansa nykyisin ehkä edes voisi olla muunlainen kuin se on. Rikosoppi on joustanut yleisyydestään ja lähentynyt säädännäistä oikeutta, mutta siinä on kuitenkin jotakin jäljellä menneestä yleisyydestä. Yleisen rikosopin vallitsevaa yleisyyttä olisi kuitenkin mahdollista tukea ja lisätä kohden todellista yleisyyttä. Rikosoppi tulisi muotoilla sillä tavoin, että sen viisaaksi punnittu kokemus poliittisesta poikkeavuuden kohtaamisesta taas tulisi siinä ilmaistuksi. Siten se myös kykenisi asettumaan oikeudenmukaisuusohjelmana säädännäisen oikeuden edelle.[58] Tällaista yleistä rikosoppia Naucke luonnostelee otsikolla oikeusvaltiollis-praktinen yleinen rikosoppi.

Yleisen rikosopin auktoriteetin lähteen Naucke näkee siinä, että siirrytään hallitsemattomasta ja väkivaltaisesta vastakkainasettelusta säännön rikkojan kanssa menettelyyn, jossa tekijälle annetaan oikeudellinen asema ja otetaan etäisyyttä säännön rikkomiseen. Samalla siirrytään menettelyyn, jossa kontrolloidaan käsitteellisesti säännönrikkomuksen toteavaa ja rangaistuksen langettavaa valtaa. Yleinen rikosoppi on vaivalloisesti kehitelty vaihtoehto suoralle tunnepohjaiselle ja väkivaltaiselle reaktiolle, ja se luo tuolle reaktiolla oikeudellisen kehikon. Samalla se tarjoaa mittapuun positiivisen oikeuden arvioinnille.[59]

Naucke antaa omalle rikosopilleen seuraavan, painopisteen asettelultaan tavanomaisesta poikkeavan muotoilun: »Rikos on asianomaista konkreettista lakiin kirjattua sääntöä loukkaavaa käyttäytymistä, jota ei voida oikeuttaa eikä antaa anteeksi, joka on todistettu muodollisessa menettelyssä, johon ei sovellu mikään erityinen rangaistuksesta vapauttava peruste ja josta langetettu rangaistus on määrätty täytäntöönpantavaksi.»[60]

---

[58] *Naucke* 1979, 33–34. Nauckelle yleisen rikosopin pääsisältö ei ole lainkaan tieteellistä tietoa koskeva kysymys, vaan hän näkee sen pitkän ajan kuluessa kokemuksesta syntyneenä asiana, inhimillisen ymmärryksen tuotteena, jota lähinnä oikeustiede on vaalinut.

[59] *Naucke* 1979, 34–35. Naucke kiinnittää huomiota siihen, että yleisen rikosopin asema on kiinni siitä poliittisesta ilmastosta, jossa eletään. Yleinen rikosoppi käsitetään jonkinlaiseksi poliittisen kulttuurin tason mittariksi. Jos tiede menettää itsenäisyyttään, se samalla menettää kykynsä kontrolloida rikosoikeudenhoidossa esille tulevaa valtiollista valtaa. *Naucke* 1973, 419.

[60] *Naucke* 1979, 39–40. Tämä määritelmänomainen luonnehdinta sisältää joitakin sellaisia elementtejä, joihin edellä olevassa tekstissä ei ole puututtu. Eroista tavanomaiseen rikosopin määrittelyyn, ks. *mt.* 40–42.

Naucken rikosoppi asettuu mielenkiintoiseen vastakohtaan sekä traditionaalisemman nykyisen lainopin kuin Roxinin edustaman suuntauksen kanssa. Ero näkyy ennen muuta siinä, että tieteeseen tukeutumisen sijasta näin ymmärretty oikeusvaltiollinen rikosoikeusajattelu tukeutuu historialliseen kokemukseen. Naucke on oikeassa siinä, että rikosoikeudellisen teon käsitteen ympärillä vuosikymmenet jatkuneissa kiistoissa on ollut paljolti kyse tieteellisen perustelun etsimisestä sille, mitä rikos on inhimillisenä käyttäytymisenä. Tämä pyrkimys yhdistää niin kausalisteja kuin finalisteja, eikä ole vieras myöskään sosiaalisen teon käsitteen kehittäjille. Roxinin kriminaalipolitiikan joustava rikosopin malli taas tukeutuu välillisesti tieteelliseen tietoon siinä mielessä, että rangaistusteoreettinen tieto, jonka merkitystä Roxin korostaa, on olennaisesti kriminologista tietoa.

Nauckelle kokemuksen korostaminen on tietoista tieteen- ja teorianvastaisuutta. Naucken ajatusta historiallisesta kokemuksesta rikollisuuden kohtaamisessa voisi verrata common law -oikeudessa esitettyihin käsityksiin kokemuksen ja teorian vastakohtaisuudesta. Common law -oikeudessa klassisen tuomareiden luoman oikeuden on nähty tukeutuvan juuri kokemukseen, kun taas kontinentaalisessa lainkäytössä on paljon suoremmin otettu vaikutteita yliopistollisesta teoreettisesta tutkimuksesta, rationaalistettu oikeutta antamalla yliopistojuristien työstää se oikeusjärjestelmäksi.[61]

Esimerkiksi Englannissa jo 1600-luvun valtiosääntöä koskeneet taistelut johtivat sen käsityksen yleistymiseen, että on paljon tärkeämpää taata tuomioistuinlaitoksen riippumattomuus kuin laatia abstrakteja julistuksia ihmisoikeuksista. Valistusajattelussa painotus oli toinen.[62]

Naucke näkee lainkäytön käytännöllisenä toimintana, jonka oikeudellisten puitteiden varmistaminen edellyttää abstraktia käsitteistöä, mutta tämä käsitteistö ei ole modernin luonnontieteen tai yhteiskuntatieteen tuotetta, vaan

[61] Englantilainen kokemus on artikuloimatonta, koska se edeltää tiedettä ja rationalisointia. Tämä ajatus kiteytyy O.W. Holmesin tunnetussa lauseessa: »The life of law has not been logic: it has been experience.» Atiyah sanoo tästä lausahduksesta: »It has, I think, become almost symbolic of the common lawyer's distrust of theory, because after all what could be more theoretical than pure logic?» *Atiyah* 1987, 8 ja yleisesti passim. Common law -oikeuden »historiallisuudesta» ja suhteista historiantutkimukseen ks. *van Caenegem* 1987, 6–16.

[62] *Atiyah* 1987, 22–26. Ks. yleisesti myös *van Caenegem* 1987, 20–26, joka liittää ihmis- ja perusoikeuksien »vastustuksen» parlamentin suvereenisuuden korostukseen. Parlamentti on niin suvereeni, ettei sen sallita kaventaa omaa suvereniteettiaan.

oikeusvaltiolliselta sisällöltään vanhempaa ja yleisempää perua. Tieteellisyyden korostaminen rikosopin käsitemäärittelyissä on Nauckelle huomion siirtämistä pois rikosopin olennaisimmasta sisällöstä.

Rikosoikeuden filosofiset ja rangaistusteoreettiset taustaselitykset ovat rikosjuristille tärkeitä Naucken mukaan sen vuoksi, että hänen tehtävänsä on ratkoa yksittäisiä rikostapauksia. Rikosoikeustieteen tehtävä on palvella tätä tarkoitusta. Naucke näkee esimerkiksi rangaistusteoreettiset kysymykset ennen muuta osana rikoslainkäytössä toimivan ammattijuristin itseymmärrystä. Rikosjuristin täytyy voida selittää itselleen oman toimintansa perusteet.[63]

Naucke hyväksyy periaatteessa sen, että esimerkiksi rikosjutun käsittelyn eri vaiheessa voidaan painottaa erilaisia rangaistusteoreettisia tavoitteita. Itseymmärryksen teeman kautta hän toisaalta pääsee puhumaan myös niistä ilmiöistä, joita hän selvästi pitää ongelmina modernissa rikosoikeudessa. Esimerkiksi lainsäätäjän voimakas suuntautuminen modernin talous- ja yhteisörikollisuuden torjuntaan on edellyttänyt tietyntyyppisen yleispreventioajattelun tukea, eikä olisi ollut kuviteltavissa, jos tavoitteena olisi ollut vain tekijän resosialisaatio.[64]

Naucke jakaa rikosoikeuden erityisen osan kolmeen kokonaan toisistaan poikkeavia rangaistusteoreettisia perusteita edellyttävän luokkaan. Tahallisia väkivaltarikoksia Naucke pitää selvästi rikosoikeuden ydinalueena. Tahallisissa väkivaltarikoksissa hyvitysteorioilla on ensisijainen merkitys, ja vasta sen jälkeen voidaan puhua rankaisemisen muista tavoitteista. Näihin rikoslajeihin ei Naucken mukaan sovi se, että laki esimerkiksi sallisi kovin merkittäviä teon motiiveihin perustuvia erotteluita. Toisia periaatteita taas seurataan, kun kyse on tahallisista, mutta ei väkivaltaisista terveyteen ja omaisuuteen kohdistuvista teoista. Kolmas Naucken käsittelemä ryhmä on tuottamukselliset rikokset. Väkivaltarikoksille on ominaista kauhistuttavuus, muille tahallisille terveyteen ja omaisuuteen kohdistuville rikoksille selkeä yksilön vapauspiirin loukkaus. Tuottamuksellisissa rikoksissa selkeää yhteistä nimittäjää ei löydy. Ne ovat lähinnä teknisten laitteiden käyttöön liittyviä tekoja, joista on seurannut tahatonta puuttumista toisen vapauteen tai toimintamahdollisuuksiin. Yleisprevention merkityksen lisääntyminen liittyy siihen, että juuri tuottamuksellisten rikosten merkitys on kasvanut.[65]

---

[63] *Naucke* 1995, § 1.
[64] *Naucke*, mt., § 1 Rn 152.
[65] *Naucke* 1995, § 1 Rn 195–212.

Rikosjuristin itseymmärryksen kannalta rangaistusteoriat ovat välineitä, joita yhdistelemällä voidaan ymmärtää kunkin rikoslajin erityispiirteitä. Naucke ei selvästikään pidä mielekkäänä pohtia sitä, mikä rangaistusteoria yleisessä mielessä oikeuttaisi koko rikosoikeuden järjestelmän.

4.4 Naucken lähestymistavan ongelmia

Roxin ja Naucke muodostavat ohjelmineen mielenkiintoisen vastakohtaparin. Kumpikin asettuu selkeästi vastustamaan teon käsitteen varaan rakentuvaa rikosoikeusajattelua, mutta sisällöt kritiikille omaksutaan vastakkaisista suunnista. Roxin pelkää abstraktin rikosopin käsitteistön soveltamisen johtavan käsitelainoppiin ja asiallisesti jopa vääriin ratkaisuihin lainkäytössä. Hän tahtoo tästä syystä täyttää kriminaalipoliittisella normatiivisuudella ja positiivis-oikeudellisilla velvoitteilla sisällöllisesti ontot käsitteet. Roxinille asiallisesti oikea on yhtä kuin kriminaalipoliittisesti perusteltavissa oleva. Nauckelle taas yleisen rikosopin päätehtävä on juuri muodon sääntely, eikä hän edes ota tarkemmin kantaa siihen, miten rikosopin käsitteiden sisältöjä voitaisiin kuvata ja miten lainkäytössä voidaan tulkita yleisen rikosopin asettamat vaatimukset. On aivan mahdollista, että Naucke tiedostaa tämän ongelman, mutta ei halua puuttua siihen sen vuoksi, että hänen oikeusvaltiollisen rikosoppinsa pääviesti tulisi selväksi. Naucken kriittinen oikeusvaltiollinen rikosopin ohjelma kuvaa ikään kuin yhden puolen rikosopin tematiikasta. Tätä puolta hän itse pitää unohdettuna.

Toisessa yhteydessä Naucke on tuonut esiin ajatuksen, jolla voisi selittää tätä asennetta. Hänelle nimittäin abstraktin tieteellisen dogmatiikan ja käytännöllisen lainsoveltamistyön vastakohta on osaksi rikosoikeustieteen itsensä tuottama. Rajaamalla satunnaisuudet ja epätieteellisyydet alansa ulkopuolelle rikosoikeustiede on tullut rajanneeksi käytännön lainsoveltamisenkin alansa ulkopuolelle. Lainkäyttö on kuitenkin epätieteellistä ja satunnaista vain abstraktin tieteen, ei käytännön omasta näkökulmasta. Naucke ilmeisestikin uskoo siihen, että lainkäytössä pystytään ilman teoreettisen tieteen apuakin monissa tilanteissa suoriutumaan hyvin ratkaisun tekemisestä turvautumalla arkikokemukseen ja tavanomaisiin arvostuksiin. Naucke puhuu »arkipäivän luonnonoikeudesta», ja ilmeisestikin katsoo sen lainkäytössä välttämättömäksi tieteen täydennykseksi tai korvikkeeksi. Nauckelle asiallisesti oikeisiin ratkaisuihin johtavat arvostukset eivät ole yksinomaan kriminaalipoliittisia. Lainkäytössä ollaan hänen käsityksensä mukaan ilmeisestikin välttämättä sidoksissa erilaisiin arvostuksiin, mutta hän ei usko, että ne

voitaisiin täysin pukea abstraktin tieteen käsitteelliseen muotoon, eikä ehkä näe siihen mitään syytäkään.[66]

Yhden erityisen ongelman Naucken oikeusvaltiollisuuden käsitteessä muodostaa se, että hän ei tarkoita oikeusvaltiolla samaa kuin valistusfilosofit, vaan etsii ajatuksen varhaisempia juuria rationaalista luonnonoikeusajattelua edeltävästä yhteiskunnallisesta kokemuksesta. Mielestäni Naucke hylkää turhan helposti tieteellisen rikosoikeustutkimuksen edut ja saavutukset. Naucken ohjelmassa voisikin nähdä voimakkaan sisäisen jännitteen siinä mielessä, että hän yhtäältä etsii rikosopin ajatonta muotoa varhaisesta historiallisesta kokemuksesta, mutta toisaalta välttää kytkennät rationaaliseen luonnonoikeusteoriaan ja sen ajan teoriaan, jolloin rikosoppi modernissa merkityksessä vasta on syntynyt. Tämä saa aikaan sen, että Naucken esitys yleisestä rikosopista jää hyvin formaaliksi ja yleiseksi, eikä hän pääse todellisuudessa keskustelemaan rikosoikeudellisen käsitteistön tasolla niistä ongelmista, joita esimerkiksi Roxinin teorian tyyppinen teoria tuottaa. Varsinaisille oikeusvaltiollista ohjelmaa toteuttaville oikeusperiaatteille ei jää sijaa Naucken konseptiossa.[67]

Myös vaatimus näyttökysymysten integroimisesta rikosoppiin on vaikeasti toteutettavissa, ja niin oikeansuuntainen kuin tuo vaatimus onkin, kiistää tuskin voidaan, että rikosopin osatekijöistä ja käsitteistä on voitava käydä yleisempääkin teoreettista keskustelua. Rikosoppia koskee selvästi koko joukko sellaisia laintulkinnallisia kysymyksiä, jotka eivät ole ratkaistavissa näytön arviointia koskevien periaatteiden varassa. Aate- ja oppihistoriallisesti hieman epätäsmällistä on myös selittää, että rikosopin olennainen sisältö ja käsitteistö on syntynyt selvästi aikaisemmin kuin noin 100–150 vuotta sitten, mihin aikaan niiden synty modernissa mielessä yleensä ajoitetaan.[68]

---

[66] *Naucke* 1973, 428–437. – Vastaava käytännöllinen lainkäytön painotus leimaa hänen oppikirjaansa, *Naucke* 1995, passim.

[67] Naucken on vaikea tulla Saksassa ymmärretyksi, koska hänen ajatuksensa asettuvat vastakohtaan saksalaisen rikosoikeustieteen yleisen lähtökohdan kanssa. Saksalainen rikoslainoppi, joka 1500-luvulta saakka on ollut kosketuksissa kanonisen oikeuden kanssa, on niin valistuksen modernismin läpitunkema, että siitä erkaantumista yrittävän on vaikea tulla edes ymmärretyksi.

[68] Ks. esim. *Roxin* 1995, § 7 III Rn 10. Hänen mukaansa teon käsite esiintyy kattavimmassa merkitysessään rikossysteemin peruskivenä ensimmäisen kerran Albert Friedrich Bernerin oppikirjassa (1857), syyllisyydestä erillisen vaatimuksen objektiivisesta oikeudenvastaisuudesta kehitti Rudolph von Ihering (1867), tunnusmerkistön (Tatbestand) käsitteen loi Ernst Beling teoksessaan vuodelta 1906 ja modernin syyllisyysopin perusteita selvitteli Reinhard Frank teoksessaan vuodelta 1907.

Naucke ei selvästikään tukeudu kovin vahvasti rikoslainopin teoriaan. Hänelle ensisijainen kysymys on yksittäisten rikosjuttujen oikeudenmukainen ratkaiseminen. Lähestymistapa on tavallaan ammattieettinen: mitä rikosjuristin tulee tietää rikosoikeudesta ja rangaistusteorioista, jotta hän voi mielekkäästi toimia ammatissaan? Tärkeämpää kuin hallita rikosoikeustieteen teoreettiset erittelyt on tuntea rikosoikeuden historiallinen kehitys, erityisesti kokonaan toisistaan poikkeavia periaatteita ilmentävien rikosoikeuden alueiden muodostuminen. Väkivaltarikokset ovat rikosoikeuden klassista ydintä. Niissä myös klassinen hyvitysteoria soveltuu, kun taas moderneissa kriminalisoinneissa rangaistusteoriakin on modernimpi. Lainsoveltamisen lisäksi Naucke tarkastelee myös oikeuden asettamista juristinammattia koskevana kysymyksenä.[69]

Roxinin rikosopissa mitään vastaavia rikosoikeuden alan erotteluita ei sellaisenaan yritetä tehdä. Voi kuitenkin nähdä, että Roxinin kiinnostus tuottamusopin kysymyksiin samoin kuin osallisuusopilliset tutkimukset kertovat siitä, että Roxin on kiinnostunut nykyelämän kannalta yhä tärkeämmäksi tulevasta rikosoikeuden ydintä *ympäröivästä* alueesta. Roxinin rikoslainoppi on kriminaalipoliittisten tarkoituksenmukaisuusnäkökohtien varassa systematisoitua, kuitenkin legaliteettiperiaatetta kunnioittavaa modernin oikeus- ja sosiaalivaltion rikosoppia.

4.5 Ratkaisun luonnostelua vastakohdan luomaan ongelmaan

Oman teemani kannalta kyseinen vastakohtapari muodostaa kiinnostavan jännitekentän, joka on kiinnostava myös kotimaisen rikoslainopin perinnettä ajatellen. Vaikka esimerkiksi Honkasalon rikosopilliset katsomukset ovat moniaineksisia, ja poikkeuksia pääpainotuksista esiintyy, häntä voinee kuvata oikeusvaltiollisen rikosoikeusopin teoreetikoksi.

Lähtisin siitä, että niin Naucken kuin Roxinin ohjelmaa voidaan vielä viedä eteenpäin. Naucken oikeusvaltiollisen ajattelun arvo olisi ennen muuta siinä, että se saattaisi tarjota jonkinlaisen mittapuun positiiviselle oikeudelle. Naucke puhuu rikosoppinsa merkityksestä mm. siltä kannalta, että rikosoikeuden kehitystä voitaisiin arvioida ja havaita rikosoikeuden »perversiot»; rikosoikeuden kehitystendenssit voitaisiin saada tarkemman keskustelun piiriin.[70] Rikoslain erityisen osan ripeä muutostahti nostaa kuin itsestään esille

[69] *Naucke* 1995, § 1 Rn 219.

[70] *Naucke* 1979, 41. Rikosoikeudelliset periaatteet ikäänkuin mahdollistaisivat näi-

tämänkaltaisia kysymyksiä. Ja vaikka tuo kehitys olisi perusteltavissakin, joka tapauksessa uusia tulkintatehtäviä syntyy, kun rikosoikeuden yleisiä oppeja sovitetaan uudenlaisiin sääntelyihin.

On syytä vakavasti pohtia sitä, mihin tällaisia kritiikin mahdollistavia mittapuita sitten voisi perustaa. Nykykeskustelussa erityisesti perusoikeudet ja oikeudenalakohtaiset oikeusperiaatteet ovat olleet esillä. Joka tapauksessa olisi selvitettävä, onko sellaista »oikeusvaltiollisuutta», joka ei suoraan nojautuisi säädännäiseen rikosoikeuteen. On ainakin mahdollista, että rikosoikeuden periaatteissa olisi tällaista »ideaalista» sisältöä. Ne saatettaisiin Naucken tapaan nähdä eräänlaisena kokemuksen tiivistymänä.[71] Esimerkiksi periaate, että rikosvastuuseen voi joutua vain teosta siten, että tekijä on aiheuttanut seurauksen, jonka hän on voinut myös teon aikaan ennakoida, voidaan nähdä ilmaukseksi vastaavanlaisesta oikeusvaltiollisesta traditiosta kuin Naucken kuvaama käsitteistö.

Rikosvastuuta rajoittavat periaatteet voisivat myös saada merkitystä useammankin rikosopillisen peruskäsitteen alaisuudessa. Joidenkin keskeisten rikosoikeudellisten periaatteiden tulkitseminen tällä tavoin rangaistavuutta rajoittaviksi eikä rangaistavuutta perustaviksi tekee oikeutta niiden historialliselle kehitykselle, mutta saattaa paljastaa sen, että ne voivat joutua ristiriitaan kriminaalipoliittisten tavoitteiden toteuttamisen kanssa.

Oikeusvaltiollisen ja kriminaalipoliittisen rikosoikeusajattelun ero ei tietystikään ole näin ilmeinen asia, kun liikutaan positiivisen oikeuden piirissä. Ero voi olla vain näkökulmaero. Oikeusvaltiossa tuomitaan oikeuden mukaan. *Rule of law* on tässä mielessä oikeusteorian suunnasta katsottuna tautologia: oikeudessa ei ole mitään oikeuden ulkopuolista. Politiikan suunnasta katsottuna taas oikeusvaltiollinen positiivisen oikeuden järjestelmä voi

---

den perversioiden tunnistamisen, mutta käytännössä rikosoppi vain pyrkii sopeutumaan lain »perversioihin». Ks. tästä myös *Naucke* 1991, 989–990.

Ks. myös yleisemmin *Höffe* 1990, passim. Hänen ajatuksensa on, että kategorisista oikeusperiaatteista (mm. ihmisoikeusperiaatteista) olisi löydettävissä vastavoima yhä pragmaattisemmalle oikeuden muutoksia edistävälle ajattelulle. Dworkinilainen oikeusperiaateajattelu pyrkii tematisoimaan aivan saman kysymyksen, mutta Dworkinin periaatteet ovat selvemmin kytköksissä moraaliin. Ks. *Dworkin* 1977, 22–23.

[71] Tähän suuntaan viittaavia tulkintoja on jo esitettykin. Esimerkiksi Kunz kuvaa hyvin modernin rikosoikeuden legitimaatio-ongelmien luonteen ja korostaa oikeudellisten arvoperiaatteiden merkitystä legitimaatio-ongelmien ratkaisussa pitkällä tähtäyksellä. Kunzin ajatuksena on aktivoida oikeudelliset arvoperiaatteet tasapainottamaan empiiris-analyyttisten korostusten kärjistämää yksipuolisuutta funktionalistisessa oikeusajattelussa. *Kunz* 1993, 196–198.

olla väline esimerkiksi kriminaalipoliittisten tavoitteiden saavuttamiseksi. Kysymys onkin siitä, miten oikeusvaltiolliset periaatteet kontrolloivat asetettua ja sovellettua oikeutta.[72]

Roxinin katsomuksen ongelma on nimenomaan siinä, että mittapuut rikosoikeuden ja rikoslainkäytön hyväksyttävyyden arvioinnissa muuttuvat kriminaalipoliittisiksi. Roxinin valitsema tie olisi pyrkiä osoittamaan, että kriminaalipoliittisten rankaisemisen funktioidenkin näkökulmasta voidaan päästä vastuunrajoitukseen esimerkiksi seurausten syyksilukemisessa.[73] Esimerkiksi riskinlisäämisteoriassa, josta jäljempänä, on tällainen jännite. Siinä seurauksen syyksilukemista tarkastellaan helposti enemmän vastuuta perustavasta kuin sitä poissulkevasta näkökulmasta. Naucken ohjelmassa taas näihin kysymyksiin ei varsinaisesti edes paneuduta. Sinänsä Naucke puolustaa pääpiirteissään klassista rikosoppia.[74]

Rikosoikeuden periaatteellisia rajoja koskeva kysymyksenasettelu ei ole suinkaan tuntematon kotimaisenkaan rikosoikeudellisen teoretisoinnin historiassa. Ns. klassisen rikosoikeuskoulun edustajille kysymys rikosoikeudesta ja sen periaatteellisista rajoista oli hyvin keskeinen. Kotimaisena esimerkkinä voidaan mainita Jaakko Forsman, joka aloitti luentonsa selvittämällä rikosoikeuden käsitettä. Tuohon käsitteeseen kuului kaksi merkitystä, subjektiivinen ja objektiivinen. Subjektiivisessa merkityksessä kyse on valtion oikeudesta rangaista, objektiivisessa taas kyse on niistä periaatteista, joita valtion on kunnioitettava käyttäessään tuota oikeutta.[75]

---

[72] Kirjoitettu valtiosääntö – historiallisesti nykytyyppisenä suhteellisen uusi ilmiö – on tässä suhteessa mielenkiintoinen rikosoikeuden »yläpuolinen» laki, josta voi seurata esimerkiksi rikosoikeuden kehitykselle rajoja niin, että rajoitukset kuitenkin ovat oikeudellisia. Valtiosäännössä liikutaankin usein periaatteiden tasolla. Puhe symbolisesta politiikasta valtiosäännön yhteydessä voisi viitata siihen, että todellinen politiikka ei toteudu lainkaan oikeusjärjestyksen kautta. Ks. esim. *Luhmann* 1993, 407–426, 468–481. Hassemerin kritiikki rikosoikeuden kasvavasta symbolisuudesta kertoo näin mm. siitä, että hänkin katsoo rikosoikeutta korostetun kriminaalipoliittisesta näkökulmasta. Ks. *Hassemer* 1989a, 388–400; *Nuotio* 1993, 79–87. Kansainvälisen rikosoikeuden toimintamahdollisuuksien kritiikin kannalta ks. *Träskman* 1994, 155–156.

[73] Tämä olisi esimerkiksi Frischin kanta. *Frisch* 1988, VIII, 516–518. Jokseenkin vastaavaa kantaa edustaa *Andersson* 1993, 161–162.

[74] *Naucke* 1995, § 7 Rn 161.

[75] *Forsman* 1900, 1. Hegeliläisenä Forsman omaksuu tämän määritelmän suoraan oppiisältään Karl Gustaf Ehrströmiltä. Ks. *Ehrström* 1994, 63, ja Ehrströmin rangaistusteorian analyysinä myös *Wahlberg* 1997, 7–23.

Kysymys rikosoikeuden justifikaatiosta[76] liittyy näin yhteen sen kanssa, että rikosvastuuta toteutetaan vain tiettyjen periaatteellisten rajojen puitteissa. Forsman tosin ei aseta kovin vakavasti kyseenalaiseksi valtion rankaisuoikeutta, vaan käytännössä johtaa rankaisuoikeuden rikosoikeuden objektiivisesta merkityksestä. Sen sijaan toisen puolen kysymyksestä, rikosoikeuden periaatteelliset rajat, hän ottaa jo vakavammin. Forsman on positivisti siinä mielessä, että rikosoikeuden sisällöt selviävät mahdollisimman tarkkaan laista. Toisaalta hän myös korostaa oikeustajunnan merkitystä oikeuden rajojen asettajana.[77] Rikosoikeuden yleiset oikeusperiaatteet ovat hänen mukaansa ihmissuvun historiallisen kehityksen tulosta ja saavat selvimmin ilmauksensa kansan oikeustajunnassa. Positiivinen säädännäinen oikeus ei voi täysin vastata näitä periaatteita, sillä Forsmanille, hegeliläiselle teoreetikolle, yksikään todellinen olosuhde ei voi täysin vastata itse käsitettä. Silti on tärkeää, että yleiset oikeusperiaatteet tulevat ilmaistuiksi ja toteutetuiksi lainsäädännössä. Oikeustieteen tehtävänä on oikeastaan tutkia juuri tätä.[78] Yleiset oikeusperiaatteet ilmentävät Forsmanille sitä, mikä on todella yleispätevästi »oikeaa», ja oikeustieteen tehtäväksi tuleekin tavallaan välittää systeemiin niin tietoa muista oikeusjärjestyksistä kuin pitää esillä yleisiä oikeusperiaatteita.[79]

Nykyajan funktionalistisessa rikosoikeusajattelussa, jossa ei suoranaisesti ole etsitty positiivisesta oikeudesta riippumattomia rangaistavuutta rajoittavia periaatteellisia elementtejä, on yhtenä tendenssinä ollut juuri vähentää

[76] Ks. justifikaatiokysymyksistä lukua IV.

[77] Forsmanin mallia vaivaakin eräässä mielessä ongelmallisuus kahdessa suunnassa: periaatteiden sisältö on hankalasti tunnettavissa, eikä ole selvää, miten niiden ristiriitatilanne olisi selvitettävä. Toisaalta taas positivistina Forsmanin on vaikea vastata siihen, mikä viime kädessä on oikeuden voimassaolon perusta.

[78] *Forsman* 1900, 2: »Vid den vetenskapliga behandlingen måste den positiva rätten ordnas efter den systematiska framställningens fordningar, och måste därvid tillika visas, huru de principer, som rättsbegreppets utveckling danat, gifvit sig ett uttryck i den positiva rätten.»

[79] *Forsman* 1900, 1–4. Forsmanin laajassa esityksessä jää kuitenkin rikosoikeuden yleisten oikeusperiaatteiden esittely kovin niukaksi. Rikosoikeuden objektiivisen merkityksen kannalta ilmeisestikin rangaistusteoreettiset lähtökohdat ovat olennaisia, ja Forsman tunnustautuukin oikeudenmukaisuusopin kannattajaksi. Muille käsityksille rangaistuksen tarkoituksesta voidaan antaa merkitystä vain, jos niistä on jotakin ilmaistu laissa. Ilmeisestikin Forsmanin ajattelutavassa rikosoikeuden yleiset opit jo suoraan vastaavat tieteen tasolla työstettäviä oikeusperiaatteita. Rangaistavuuden periaatteelliset rajat piirtyvät suoraan yleisten oppien tasolla. Ks. *mt.*, 35 ja passim.

tällaisten oikeusperiaatteiden merkitystä ja perustaa rikosoikeudellinen vastuu suoraan esimerkiksi ajatukseen kielletystä ja moitittavasta riskinotosta.[80] Hassemerin mukaan moderni tehokkuussuuntautunut kriminaalipolitiikka ja sen teoria ei ole saanut rikosoikeutta rajoittavaa, periaatteellista ainesta lainkaan näkökenttäänsä. Rikosoikeuden yhteiskunnallista ulottuvuutta on korostettu jo liikaakin. Hänen mukaansa tarvitaan oikeusfilosofiaa, jotta voidaan perustella sellaisia (oikeusvaltiollisia) normatiivisia periaatteita, jotka voisivat rajoittaa mutta myös legitimoida rikosoikeudellista kontrollia.[81]

Kriminaalipoliittiset korostukset siis liittyvät oikeuden pragmaattista rationaliteettia painottavaan utilitaristiseen ajatteluun, jolla on luonnollisesti yhteytensä absoluuttisten rangaistusteorioiden korvautumiseen relatiivisilla preventioteorioilla. Absoluuttiset rangaistusteoriat liittyvät historiallisesti Kantin ja Hegelin filosofioiden suureen vaikutusvaltaan rikosoikeustieteessä. Esimerkiksi kantilaisessa tietoisuusfilosofiassa tietoteoria apriorisessa muodossaan nousi keskeiseksi tutkimuskohteeksi ja filosofia samalla tieteellisen ajattelun perustamisessa johtavaan asemaan. Kaikki tieteet joutuivat tukeutumaan filosofiaan, luonnollisesti myös oikeustiede. Näin on myös hegeliläisessä filosofiassa, jossa transsendentaalinen tietoteoria korvautuu spekulatiivisella dialektiikalla. Rikosoikeuden filosofiakin tulee suoraan osaksi yleisen filosofian dialektista logiikkaa.[82]

Kantin ja Hegelin ajattelu saattoivat antaa hyvinkin pitkälle etenevät perusteet sille, miten rikosoikeuden yleisten oppienkin tarkastelu olisi suoritettava. Esimerkiksi teon käsite, kausaalisuus ja tahtominen saivat suoraan sisältönsä filosofisista käsitteistä. Hegeliläisessä ajattelussa nimenomaan tahtoon kiinnittyminen toimintaa tulkittaessa ja teon käsittäminen tapahtumien hallinnan, hallittavuuden ja ennakoitavuuden näkökulmasta avasi rikosoikeudellisen vastuun kysymyksiin aivan erityyppisen näkökulman kuin positivistiseen tietoon tukeutuminen olisi mahdollistanut.

Kantin ja Hegelin ajatustavat perustuivat molemmat myös valistuksen, järjen filosofiaan pyrkimyksinä perustella filosofisesti rationaalisen tiedon, moraalisen oikeudenmukaisuuden ja esteettisen kokemuksen arvottamisen kriteerit. He molemmat myös muotoilivat oikeusvaltiollisuuden konstruktion järjellisenä valtiona. Kantin tai Hegelin maailmassa ei ollut vaikea asettaa

[80] Erityisesti *Frisch* 1988, passim.
[81] *Hassemer* 1991, 141.
[82] Kantin ja Hegelin rikosoikeusfilosofiasta ks. yleisesti esim. *Norrie* 1991a, 39–88.

erilaisia oikeusperiaatteita yhteyteen toistensa ja koko valtiosta luodun mallin kanssa.[83]

Syyllisyysperiaate, toimintavapaus ja legaliteettiperiaate saivat luonnollisesti paikan rikosoikeuden filosofisissa taustaoletuksissa. Sen vuoksi ei olekaan yllättävää, että nykyisin tavoiterationaalisuutta ja hyödyllisyyttä kriittisesti oikeusvaltiollisista lähtökohdista tarkasteltaessa helposti ikäänkuin palataan näiden mestarifilosofien aikaan, tai ainakin haetaan heidän ajattelustaan elementtejä ja mittapuita. Nykyisinkin on esimerkkejä Kantin ja Hegelin suhteellisen suorasta vaikutuksesta rikosoikeustieteessä.[84]

Habermas on hyvin tietoinen siitä, että mestarifilosofioiden aika on ohi, eikä filosofia voi enää tähdätä näin keskeiseen asemaan tieteen perustan selvittäjänä. Jos järjen ja rationaalisuuden projektia jatketaan, sen on tapahduttava vaatimattomammissa puitteissa. Filosofian on (vähintäänkin) vaihdettava paikanosoittajan roolinsa paikanvaraajan rooliin. Filosofian on ryhdyttävä yhteistyöhön erityistieteiden kanssa.[85]

Oikeustiedekin joutuu nyt seisomaan ilman filosofian antamaa perustaa. Habermas ei pidä sitä edes tuhoisana, koska positiivinen oikeus on joka ta-

---

[83] Hegel katsoo ennen kaikkea modernisoituvan säädännäisen oikeuden vaiheeseen siirtymisen ilmentävän oikeuden rationaalisuuden lisääntymistä. Tapaoikeus on vielä satunnaisuuksien hallitsema ja harvojen tiedettävissä. Varsinaisessa tapaoikeuden kodifioinnin ylittävässä lainsäädännössä olennaiseksi tulee oikeusperiaatteiden käsittäminen ja ilmaiseminen yleisyydessään, ajatuksen määrittäminä. Abstraktisen oikeuden positivoituminen kansalaisyhteiskunnan asetettuna lakina ei katkaise yhteyttä oikeusperiaatteisiin ymmärryksen ja ajattelun välineinä, vaan edelleen vahvistaa tuota sidosta. Ks. *Hegel* 1989, § 211 (Huomautus).

[84] Höffen ajatus kategorisista oikeusperiaatteista modernin »kontrapunktina» tukeutuu voimakkasti kantilaisuuteen; *Höffe* 1990, passim. Hegeliin tukeutumisesta olkoon esimerkkinä *Herzog* 1987. Saksalainen idealismi ja erityisesti Hegel ovat vahvasti esillä esimerkiksi oppikirjassa *Köhler* 1997. Oikeus on sen mukaan järkiperusteinen vapauksien järjestämistä koskeva normikokonaisuus. Köhlerin kannan mukaan esimerkiksi legitiimeillä rikosoikeuden normeilla tulee aina olla melko suora yhteys yksilön vapauden loukkaukseen. Esimerkiksi abstrakteihin vaarantamiskriminalisointeihin suhtaudutaan varauksellisesti. Myös oikeushyviin tulee teoriasta rajoituksia. Oikeushyvä ymmärretään välikäsitteeksi, eikä itsenäiseksi rangaistavuuden perusteeksi. Niinikään huolimattomuuteen perustuva vastuu mielletään poikkeukselliseksi. Köhler ei hyväksy esimerkiksi tiedottoman huolimattomuuden rankaisemista. Ks. *Köhler*, mt., 9–20, 22–25, 31–35, 177–178.

[85] *Habermas* 1983, 9–24. Ks. myös Hassemerin samansuuntaisia kantoja filosofian, oikeusfilosofian ja positiivisen rikosoikeuden suhteesta; *Hassemer* 1991, 130–132.

pauksessa jo yksi rationaalisuuden itsenäistyneistä ilmentymistä.[86] Ajatus ei ole täysin ongelmaton, mutta kuitenkin tulkittavissa mielenkiintoisesti. Rikosoikeustiede on positiivisena tieteenä itsenäistynyt ja muodostanut oman traditionsa: se enää lähinnä »konsultoi» filosofiaa tieteensä perusteita koskevissa kysymyksissä. Tästä selittynee se, että esimerkiksi rakenneltaessa oikeudenaloja systematisoivia malleja joudutaan viime kädessä viittaamaan tieteeseen ja oikeuskäytäntöön itseensä, oikeuden omaan positivoituneeseen kulttuuriseen traditioon.

Oikeusperiaatteet ovat tässä suhteessa kiinnostavassa asemassa. Ne ovat tavallaan irronneet filosofisesta viimekätisestä perustelutaustasta. Jos oikeusperiaatteet ovat oikeustieteen kannalta relevantteja ja olemassa, niiden positiviteetti on tieteen oman harrastuksen ja tradition varassa. Oikeustiede ei ole halunnut luopua systematisoinnin ideaalista sellaisessa episteemisessä tilanteessa, jossa filosofiset systeemit ovat väistyneet systematisointimallien taustatukina ja ainesosien perustelijoina.

Oikeusperiaatteiden rooliksi onkin tullut, paitsi ratkaisutoiminnan palveleminen, myös rekonstruktioapuvälineen antaminen oikeustieteellistä systematisointia varten. Oikeustieteen rationaalisuuden ihanne on edellyttänyt tällaista tiedollista muutosta, oikeusperiaatteiden hyväksymistä osaksi »sosiaalisesti» voimassaolevaa, positiivista oikeutta, koska niiden kieltäminen olisi kutistanut oikeustieteen oman roolin pelkäksi esitystekniikaksi, kelseniläiseksi puhtaaksi oikeusopiksi. Ewaldin oikeusfilosofiassa oikeusperiaatteiden asema on tällainen. Oikeuspositivismi on tulkittu uudella tavalla siten, että oikeusperiaatteetkin kuuluvat positiiviseen oikeuteen. Oikeusperiaatteet ovat samalla menettäneet apriorisen luonteensa, ja ne ymmärretään historiallisiksi ja hitaasti muuttuviksi, mutta kuitenkin tärkeäksi osaksi oikeutta.[87] Tällaisen *epistemen* vallitessa on aivan luvallista ammentaa tutkimuksessa oikeustieteen omasta traditiosta, siihen kiteytyneestä juridisesta kokemuksesta.

---

[86] *Habermas* 1983, 24: »Mit der modernen Wissenschaft, mit dem positiven Recht und den prinzipiengeleiteten Profanethiken, mit einer autonom gewordenen Kunst und der institutionalisierten Kunstkritik haben sich drei Vernunftmomente auch ohne zutun der Philosophie herauskristalliert. Auch ohne Anleitung durch die Kritik der Vernunft lernen die Söhne und Töchter der Moderne, wie sie die kulturelle Überlieferung unter jeweils einem dieser Rationalitätsaspekte in Wahrheitsfragen, in Fragen der Gerechtigkeit oder des Geschmacks aufspalten und fortbilden. Das zeigt sich an interessanten Ausgliederungsprozessen.»

[87] *Ewald* 1986, 507–509 (509): »Yleisten oikeusperiaatteiden käytäntö palaa siihen, että se tekee oikeuden historiasta, juridiikan kivettymästä, oikeuden omasta positiviteetista oikeuslähteen.»

Rikosoikeuden kannalta on kuitenkin tapahtunut ja tapahtumassa muutoksia siinäkin, millaista positiviteettia oikeuden eri kerrostumat edustavat. Yleisten oppien käsitteistöä ja rikosoikeudellisia periaatteita pyritään yhä täsmällisemmässä muodossa kirjaamaan lakiin, mikä vaikuttaa niin lainsäätäjän ja lainopillisen tutkimuksen työnjakoon kuin yleisten oppien oikeuslähdeopilliseen asemaankin. Nauckea mukaillen voi sanoa, että lainsäätäjä pyrkii yhä pitemmälle itse säätämään rikoslain ja yleisten oppien suhteesta. Luonnollisesti tällainen kehitys vaikuttaa siihen, miten rikosoikeustieteellisen tutkimuksen liikkumavapaus määrittyy. Osa rikosoikeustieteen traditiosta lakkaa edustamasta sitä ajattelua, josta lainsäätäjä on lähtenyt.[88] Myöskään erityisen osan kehitys ei voi olla tähän vaikuttamatta.

Toinen suunta, jossa säädännäisen oikeuden merkitys on korostumassa, koskee rikosoikeuden ja valtiosääntöoikeuden suhdetta. Muun muassa roxinilaisessa ajattelussa tukeudutaan monin kohdin valtiosäännön positiviteettiin sellaisissa kysymyksissä, jotka tähän saakka on käsitelty yksin rikosoikeuden sisäisinä. Esimerkiksi oikeushyvän käsite voidaan Roxinin mielestä johtaa valtiosäännöstä, eikä se ole spesifisti rikosoikeudellinen.[89]

Mitä tämä sitten tarkoittaisi rikosoikeudellisen systeeminmuodostuksen kannalta? On aivan ilmeistä, että nykyisen, omaan positiivisuuteensa luottamaan joutuvan oikeustieteen aikaan mallit eivät voi olla lainkaan niin vahvoja kuin mestarifilosofien aikaan. Jos ja kun jonkin oikeudenalan normisto voidaan esittää rationaalisesti rekonstruoituna systemaattisena kokonaisuutena, sillä on olennainen merkitys, miten ja millaisia elementtejä oikeudenalan tutkimuksen omasta traditiosta nostetaan esiin. Mallin laatijan oma panos tulee korostetusti esille. Oikeudenalan systematisointimallien rakennus-

[88] Tässä voisi viitata myös Reinachin oikeusfenomenologiassa esitettyyn oikeuden positiivisuuden hybriksen kritiikkiin. Säädännäinen oikeus voi päättää suhteestaan oikeuden apriorisiin rakenteisiin, mutta se ei voi muuttaa näitä rakenteita itseään. *Reinach* 1953, 17: »Das positive Recht kann nach Belieben abweichen von den Wesensgesetzlichkeiten, welche von den rechtlichen Gebilden gelten – wobei es freilich ein eigenes Problem ist, die Möglichkeit solcher Abweichungen verständlich zu machen.» Rikosoikeudessa peruskäsitteisiin ja -periaatteisiin liittyy hyvinkin vastaavantyyppinen suhde positiiviseen oikeuteen. Rikosoikeudessa positiivinen oikeus joutuu tukeutumaan johonkin tapaan käsittää inhimillinen toiminta, eikä sitä voida hahmottaa aivan mielivaltaisesti. Mainittakoon, että Reinachin väitöskirja, joka vielä oli selvästi otteeltaan oikeuspsykologinen, käsitteli syyn käsitettä voimassaolevan rikosoikeuden kannalta. Ks. *Reinach* 1905, erit. 1–11. Kaufmann näkee Reinachin yhdeksi Welzelin edeltäjistä; *Kaufmann* 1961, 26–38.

[89] *Roxin* 1997, § 2 IV Rn 9–14.

aineet ovat suhteellisen väljästi valittavissa. Silti mallien paremmuudesta voidaan edelleen kiistellä.

Itse asiassa Pöyhösen suosittama kolmas malli, jossa kohtuus ja oikeudenmukainen yhteisöllinen käytäntö korostuvat, ei ole lainkaan samassa mielessä malli kuin teoreettisesti ja historiallisesti kaksi aikaisempaa. Kohtuuden tunnusmerkki on juuri avoimuus ja jopa säännöttömyys, jotta tuollaisen mallin itsenäinen ratkaisuihin välittyvä sisältö jäisi niukaksi, mikä lienee tarkoituskin. Mallin tehtäviin kuuluu ikäänkuin torjua toisia malleja, jotka olisivat vaarassa loukata tätä tärkeimmäksi käsitettyä sopimuksen taustaselitystä ja päämäärää.[90]

Yleisten oppien tutkimuksen traditiossa mukana kulkevat oikeusideologiset elementit muodostavat rakennuspuita, joita käyttämällä oikeudenalan normistoa voidaan systemaattisesti selittää ja esittää. Jos tämän ajatuksen veisi loppuun, esimerkiksi syyllisyysperiaate ja legalitaattiperiaate saisivat pätevyytensä lakiin kirjattujen säännösten puuttuessakin siitä, että ne kuuluvat osana oikeuden historiallisesti muuttuvaan traditioon.

Habermas luultavasti, tai suomalaisittain Aulis Aarnio, eivät näkisi oikeuden positiviteettia aivan Ewaldin tavoin. Tämä johtuu siitä, että erityisesti kommunikatiivisen toiminnan teoria antaa mahdollisuuksia lähestyä oikeuden normatiivista pätevyyttä ja rationaalisuutta toisella tavoin, diskurssiteorian suunnalta. Diskurssiteorian yhteys taas argumentaatioteoriaan on ilmeinen, ja pohjoismaissa hyvin tunnettu.[91]

Habermaslainen teorianmuodostus edustaisi juuri sellaista filosofian ja oikeustieteen yhteistyön suhdetta, jota paikanvaraaja-nimitys kuvaa. Tällä tavoin Habermas myös muotoilee tutkimustehtävänsä oikeusteoriaa suoraan käsittelevässä teoksessaan. Kahdessa ensimmäisessä luvussa hänen tarkoituksenaan on selittää sekä se, miksi kommunikatiivisen toiminnan teoriassa oikeuden kategorialla on keskeinen merkitys, että se, miksi toisaalta kommunikatiivisen toiminnan teoria muodostaa sopivan kontekstin diskurssiteorialle oikeudesta. Kolmannessa ja neljännessä luvussa taas rekonstruoidaan diskurssiteorian näkökulmasta oikeuksien järjestelmän normatiivinen sisältö ja oikeusvaltion idea.[92]

---

[90] Nuutila tarkoittanee juuri tätä esittäessään, että malliajattelu olisi korvattavissa suoraan soveltamisongelmasta lähtevällä argumentaatiolla: ei ole mitään syytä suunnata tai rajata argumentaatiota ennakolta. Nuutila korostaa argumentaation ja lainsoveltamisen jäsentymistä tyyppitapausajattelun pohjalta. Ks. *Nuutila* 1996, 145–147.

[91] Ks. myös varovaista epilogia perelmanlaisittain painottuneessa *Aarnio* 1987, 230–236 ja toista epilogia, *Aarnio* 1989, 306–311.

[92] *Habermas* 1992, 21–22.

Habermasin teoria tähtää uudentyyppiseen oikeudellisen pitämisen perustelemiseen: diskurssiteoria, demokratiaperiaate ja oikeusvaltion formaali rekonstruktio edellisten varassa merkitsevät diskurssiteorian soveltamisessa selvää laajennusta siihen, mitä esimerkiksi Alexyn juridisen argumentaation teoria oli merkinnyt.[93] Oikeudellisen ratkaisun hyväksyttävyyttä ei voida nyt mitata suoraan sillä, miten lähelle ideaalista puhetilannetta lainkäytössä voidaan päästä. Demokratiaperiaatteelle rakentuva oikeusvaltio vaatii paremminkin perustelun, joka ulottuu jo oikeusnormien asettamismenettelyihin ja joka tulee asiallisesti ottaen lähelle rationalistisen luonnonoikeusteorian yhteiskuntasopimuskonstruktioita. Perus- ja ihmisoikeudet ovat oikeuden normatiiviseen syvärakenteeseen kuuluvaa periaatteellista ja »intersubjektiivista» ainesta, jonka vastavuoroinen hyväksyminen toinen toiselle vasta synnyttää oikeudellisuuden ja ilmentää tahtoa elää lain alaisuudessa.[94] Oikeuden tehtävänä on kompensoida postkonventionaalisen moraalin heikkouksia sosiaalisen integraation kannalta. Oikeutta tarvitaan vapauttamaan ihmiset strategiseen toimintaan, mutta toisaalta myös sääntelemään strategisesta toiminnasta aiheutuvia yhteiskunnallisia ongelmia.[95]

Perus- ja ihmisoikeudet ovat samalla ikäänkuin sellaisia oikeusvaltion periaatteita, joiden positiviteetti tiukasti ottaen syntyy vasta kirjaamalla ne valtiosääntöön. Niitä voidaan toisaalta kuitenkin käyttää edellä kuvatulla tavalla välttämättöminä syinä hyväksyä elämä oikeuden ja siihen kuuluvien pakkojen alaisena.

Kannaltani Habermasin ehdotus, jonka perinpohjaiseen kuvaamiseen ei ole mahdollisuuksia,[96] on kiinnostava, jos kohta joiltakin puoliltaan ongelmallinen. Oikeusvaltion johtaminen diskurssi- ja demokratiaperiaatteesta tuntuisi pakottavan siihen päätelmään, että länsimaisissa oikeusjärjestyksissä ollaan luonnostaan oikeusvaltion tilassa. Oikeusvaltion periaatteet ovat käsitteellisellä välttämättömyydellä jo toteutuneet, koska oikeudesta siinä aina puhutaan oikeutena.[97] Habermaslainen oikeusvaltiokäsitys ei näin ollen ulo-

[93] *Alexy* 1983, passim.

[94] *Habermas* 1992, 109–165.

[95] *Habermas* 1992, 41–44.

[96] Erinomainen tiivistys ja tulkinta: *Tuori* 1993a ja b.

[97] Oikeusvaltion tai sosiaalivaltionkaan ei sinänsä edes tarvitse olla demokratia; *Habermas* 1992, 104. – Tämä ajatus on kiinnostava, koska Fränden tapa perustella legaliteettiperiaatteen sääntöjen velvoittavuus puhtaasti ennakoitavuudella viittaa samaan. Sen sijaan demokratiakäsitteen varaan rakentuvan »vallankeskitysmallin» mallin Frände hylkää. Fränden omassa perustelussa legaliteettiperiaatetta ei itse asiassa tueta mihinkään varsinaiseen oikeusvaltioideaan, vaan puhtaasti ennustettavuuden ihmisten elämälle tuo-

tu niin pitkälle, että sen varassa voitaisiin Naucken vaatimaan tapaan tunnistaa esimerkiksi säädännäisen oikeuden erkaantumista klassisista oikeusperiaatteista. Kun oikeuksien järjestelmästä tulee itsestään osa positiivista oikeutta, voidaan siitä itsestäänkin säätää, kunhan alkuperäisistä ajatuksista ei etäännytä niin pitkälle, että oikeuden immanentin ytimen rationaalinen rekonstruktio oikeudellisen edellytyksenä käy mahdottomaksi.

Toinen ongelma koskee sitä, että Tuorin termein sanottuna oikeuden normatiivinen syvärakenne nähdään koostumukseltaan yksinkertaiseksi, ihmis- ja perusoikeuksista koostuvaksi. Sen sijaan oikeudellisista käsitteistä ei puhuta lainkaan, eikä yleisistä oikeusperiaatteistakaan tarkemmin juridisessa merkityksessä. Erityisesti peruskäsitteiden tason näkisin keskeisenä yleisten oppien muodon ja sisällön määrääjänä, mistä syystä tämä puute on huomattava. Oikeusvaltiollisten periaatteiden mureneminen voisi tapahtua juuri sillä tavoin, että oikeuden käsitteellinen syvärakenne jäsentyy uudella tavalla, esimerkiksi puhtaasti oikeuden uutta empirististä tai utilitaristista perustelua vastaavasti.[98]

Esimerkiksi vahinkovastuusta vaarantamisvastuuseen siirtyminen koskettaa sekä rikosoikeuden peruskäsitteistöä että oikeusvaltiolliseksi katsottavaa periaatetta, jonka mukaan rangaistuksen käyttö edellyttää rangaistavan teon tai laiminlyönnin vahingollisuutta.[99] Oikeudellinen peruskäsitteistö voisi olla modernissa oikeudessa »jäykempää» ainesta kuin oikeusperiaatteet. Siksi käsitesisältöjen tasolla tapahtuvat muutokset ovat erityisen kiinnostavia: niissä näkyvät sekä oikeuden uusi episteme että oikeuden positivoitumisen ja tavoitteellisen jäsentämisen seuraukset.

---

maan turvallisuuteen. Frändenkäsitystä voisi kutsua hobbesilaiseksi. Turvallisuusmallissa varmistetaan yksittäisten kansalaisten perspektiivistä lainsoveltamisen muodollinen ennakoitavuus, mutta mitenkään ei ole tarpeen edellyttää sitä, että rikosoikeuden normit muuten vastaisivat kansalaisten tahtoa. Muodollinen ennakoitavuus nostetaan uusklassisen rikosoikeusideologian mukaisesti arvojen arvoksi, ja sitä vastaa ennakoitavuutta maksimoiva »tarkistuslistarikosoppi». *Frände* 1989, 149–214 ja passim. Vrt. *Habermas* 1992, 118–120.

[98] Habermas on toisaalta mainitussa teoksessa ilmoittanutkin teemansa olevan oikeuden rationaalinen rekonstruktio eikä vallan välineeksi instrumentalisoidun oikeuden kautta tapahtuva illegitiimi vallankäyttö. *Habermas* 1992, 171.

[99] Vuoden 1789 Ihmis- ja kansalaisoikeuksien julistuksen 4 artikla sääti: »Vapaus on sitä, että saa tehdä kaikkea, mikä ei tuota toiselle vahinkoa. Niinpä sillä, miten ihminen toteuttaa luonnollisia oikeuksiaan, on vain ne rajat, jotka määräytyvät siitä, että yhteiskunnan muille jäsenille varmistetaan vastaavien oikeuksien nauttiminen. Nämä rajat voidaan säätää vain lailla.»

Rikosoikeuden peruskäsitteet eivät vuosisataisesta historiastaan huolimatta ole luonteeltaan apriorisia, ja ainakin niille annetut tulkinnat ovat vaihdelleet.[100] Rikosoikeudessa systematisointi ja teorianmuodostus on selkeästi ollut enemmän käsitteistön kuin tyyppitapausten systematisointia. Käsitteistö on toiminut tieteellisten väittelyjen keskeisenä kohdealueena jäsennettäessä asioita kausaalisen, finaalisen tai sosiaalisen teonkäsityksen kehikossa. Myös teoriat ovat usein koskeneet käsitteiden taustaselitystä ja sisältöä. Esimerkiksi tahallisuusteoriat ovat eksplikoineet tahallisuuden käsitteelle rikosoikeudessa annettavan merkityksen. Jos rikosvastuusta yritetään muodostaa malleja rikosoikeudessa, on käsitteiden tasolla joka tapauksessa keskeinen merkitys.

4.6 Habermas oikeusparadigmoista

Habermasin kehittely oikeusparadigman käsitteestä ja sille annettavasta tulkinnasta on kysymyksenasettelujeni kannalta tärkeä. Oikeusparadigman käsite tulee nimittäin kattamaan sen, miten juristit ovat nähneet oman toimintansa yhteiskunnalliset yhteydet. Voimassaolevan oikeuden tulkintana kehittynyt lainoppi ei koskaan ole voinut tehdä pelkästään sitä. Lainopin harjoittamisessa on mukana jokin esiymmärrys kulloisestakin yhteiskunnasta.[101]

Habermas näkee kahdentyyppisen paradigman jo pitkään kamppailleen oikeustieteellisen tutkimuksen kentällä. Oikeusvaltiollinen, liberaali oikeusparadigma on korostanut yksilöllisiä vapausoikeuksia, lakien ja käsitteistöjen täsmällisyyden vaatimusta (kuten legaliteettiperiaatetta) ja varoitellut sosiaalivaltiollisen oikeuskehityksen vaaroista. Oikeusvaltiollinen paradigma on itse pohjannut käsitykseen yksilöstä ensisijaisesti markkinatoimijana.[102]

Hyvinvointivaltiollisessa oikeusparadigmassa ei sinänsä Habermasin mukaan irtaannuta yksityisautonomian normatiivisesta vaatimuksesta. Hyvinvointivaltiollinen oikeusparadigma on syntynyt liberalistisen paradigman taus-

---

[100] *Tuori* kirjoittaa (1997, 407–408): »Oikeus ei ole ajaton ilmiö, ei edes syvärakenteeseensa kuuluvien peruskategorioiden ja perustavien normatiivisten prinsiippien tasolla. Oikeus on syvärakenteessaankin historiallinen, muuttuva ilmiö, vaikka syvärakenteen muutostahti onkin verkkaisempi kuin sen ehdollistamien oikeuskulttuurin ja oikeuden pintatason.»

[101] *Habermas* 1992, 468. *Dworkinin* sanoin (1986, 90): »Jurisprudence is the general part of adjudication, silent prologue to any decision at law.»

[102] Tuorin mukaan: »Liberaali porvarillisen formaalioikeuden malli seisoo tai kaatuu markkinaprosesseja koskevien yhteiskuntateoreettisten taustaoletustensa varassa.» *Tuori* 1993a, 147.

taoletusten käytyä epäuskottaviksi. Tästä syystä hyvinvointivaltiollisen oikeusparadigman mukanaan tuomat vaarat ratkaisujen mielivaltaisuudesta tai yksityisautonomian kaventumisesta eivät voi perustella paluuta liberaaliin paradigmaan.[103] Habermas näkee liittotasavaltalaisen valtiosääntötutkimuksen jakaantuneen vastaavalla tavalla kahteen haaraan. Tärkeämpää kuin se, kumpi niistä on oikeassa, on havainto, että nyt täytyi reflektoida sitä, miten oikeus tulisi ymmärtää. Kiista oikeasta oikeusparadigmasta tuli lainopin nimenomaiseksi teemaksi.[104]

Habermasin oma ratkaisu on proseduraalinen oikeusparadigma. Proseduraalinen oikeusparadigma välttää sen »virheen», että se irrottaisi yksityisautonomian oikeudesta erilliseksi taustaksi. Habermasin kannalta on olennaista, että niin yksityisautonomia kuin julkinenkin autonomia ovat mahdollisia vasta elettäessä oikeusjärjestyksessä. Niiden yhteys on sisäinen. Oikeuskehitys ei voi ongelmattomasti uhata yksityisautonomiaa, koska yksityisautonomia luodaan vasta säädännäisen oikeuden avulla.[105]

Habermasin käsitystä Alexyn perusoikeusteoriaan verratessa voi sanoa, että toimintavapaus negatiivisen vapauden mielessä muodostuu periaatteista, ja ihmisoikeus- tai perusoikeusperiaatteena negatiivisen vapauden taustalla on viime kädessä ihmisarvon kunnioittamisen vaatimus. Toimintavapautta on toteutettava optimointikäskynä niin pitkälle kuin mahdollista. Negatiivinen vapaus ei ole ehdoton arvoperiaate. Vapauden rajoitukset on kuitenkin voitava perustella painavilla syillä, toisten oikeuksilla tai kollektiivilla intresseillä (siis: oikeushyvien suojelun tarpeella). Negatiivisen vapauden periaate näin tulkittuna kykenee ottamaan laaja-alaisesti huomioon sen, että yksilö on myös osa yhteisöä.[106]

Proseduraalisen oikeusparadigman ydin on siinä, että oikeusjärjestys on legitiimi vain siinä määrin, kuin se varmistaa yhtä lailla kansalaisten alku-

---

[103] *Habermas* 1992, 491: »... die begründete Kritik am gesellschaftstheoretischen Selbstverständnis des bürgerlichen Formalrechts verbietet eine Rückkehr zum liberalen Rechtsparadigma.»

[104] *Habermas* 1992, 470.

[105] Näin ymmärrettynä *Jakobsin* (1985, 751–785) huoli siitä, että oikeushyvien mahdollisimman laajamittaiseen suojeluun tähtäävä rikosoikeus kohtelee perusteettomasti kansalaisia objekteina ja vaaran lähteinä, olisi turhaa. Valtio ei voi tunkeutua yksityiseen vapauden sfääriin, koska vasta oikeus määrittelee sen, mitä vapaus on. Habermas sanoisi paremminkin, että oikeusparadigmaattinen tapa käsittää yksityisautonomia on muuttunut. Ks. esim. *Habermas* 1992, 480–483. Vapauden paradoksista oikeuden kannalta ks. myös *Luhmann* 1993, 233–238, 291–292.

[106] *Alexy* 1986, 318–330 (324). Lähtökohta lienee luonnehdittavissa hyvinvointiliberalistiseksi. Yksilön autonomian lisäksi oikeudessa on kysymys myös muista arvoista.

perältään yhteisen niin yksityisen kuin julkisen autonomian. Oikeusjärjestyksen legitiimisyys perustuu niihin kommunikaatiomuotoihin, joissa tämä autonomia saa ilmaisunsa.[107]

Proseduraalisessa oikeusparadigmassa pyritään ulos oikeusvaltion ja hyvinvointivaltion yksipuolisista oikeuksien määrittelyistä. Ajatus on, että perusoikeuksien järjestelmä osoittaa suuntaa, johon oikeusjärjestyksen ja yhteiskunnan tulisi kehittyä. Oikeuksien takaamiseksi ei tule tehdä selvää valintaa oikeuden jonkin muodon puolesta, vaan lainsäädännöstä päätettäessä tulee aina erikseen harkita se, minkä muotoista oikeutta kulloinkin tarvitaan. Oikeusvaltion tai hyvinvointivaltion paradigmoista ei tarvitse luopua kokonaisuudessaan, vaan vain relativoida ne. Oikeusparadigman refleksio on näin valintojen tarkastelua suhteessa oikeuksien järjestelmään. Jäljelle jää proseduralistinen oikeusparadigma; siinä kysymys formaalisen ja materiaalisen oikeusmuodon välisestä valinnasta nähdään itsessään refleksiivisenä.[108]

Habermasin ajatus on johdonmukainen ja ymmärrettävä. Radikaalisti positivoituneen oikeuden aikakaudella ei voida ongelmattomasti puhua siitä, että oikeusjärjestys uhkaa yksilöiden autonomiaa tai vapautta. Proseduraalisen oikeusparadigman kannalta ei voida suoraan tematisoida positiivisen oikeuden ongelmallisuutta joidenkin absoluuttisten periaatteiden kannalta. Habermasille oikeus on positiivista niin totaalisesti, että oikeusjärjestyksen ja siitä tehtyjen tulkintojen muuttuessa oikeuden arvioinnin mittapuutkin muuttuvat. Oikeuksien järjestelmä, oikeuden periaatteet muuttuvat säädännäisen oikeuden mukana. Demokratiaperiaate pakottaa pitämään kansalaisia paitsi valtiovallan säätämien normien kohteina, myös niiden lähteenä. Yksityisautonomian mahdollinen kaventuminen johtuu julkisen autonomian käytöstä ja saa perustelunsa diskursiivisesti samalla kuin positiivinen oikeus. Oikeuspositivismissa on siten mukana jo oman transformaationsa periaate. Tällaisen oikeuspositivismin teorian kannalta hyvinvointivaltiokin on oikeusvaltio, eikä oikeusvaltion ja hyvinvointivaltion välillä voi vallita varsinaista vastakkaisuutta.

Perusoikeuksiin tukeutumisen kriittinen, poliittinenkin, potentiaali taas liittyy siihen, että perusoikeudet eivät ole toteutuneet suinkaan automaattisesti. Suhteuttamalla erilaisia oikeudellisia sääntelyjä tosiasiallisesti perusoikeuksia koskeviksi voitaisiin ainakin tiettyyn rajaan harjoittaa lainsäädännönkin kritiikkiä käytännön oikeusjuttujen tasolla. Esimerkiksi rikosoikeu-

[107] *Habermas* 1992, 493.
[108] *Habermas* 1992, 493–494.

dellinen legaliteettiperiaate voidaan tässä mielessä nähdä lainsäännösten täsmällisyysvaatimuksen kannalta oikeusvaltiollisena, mutta kuitenkin ennen muuta perusoikeuksia koskevana valtiosäännön tasoisena normina.[109]

Proseduraalisen oikeusparadigman ongelmana taas on se, että oikeutta tarkastellaan hyvin muodollisella tasolla. Liberaali oikeusvaltio oli selvästi määrittänyt oikeuden sisällöt, jotka tosin saatiin viime kädessä positiivisen oikeuden ulkopuolelta. Hyvinvointivaltiollinen oikeusparadigma taas katsoi välttämättömäksi murtaa edellisen, jotta vaatimus sosiaalisesta oikeudenmukaisuudesta saadaan artikuloiduksi oikeuteen. Valtiovallan käytölle annettiin tosiasiallisia olosuhteita korjaavia ja tasapainottavia tehtäviä. Habermasin kannalta hyvinvointivaltiollinen oikeusparadigma rakensi liian voimakkaan vastakohdan oikeusvaltion ja hyvinvointivaltion välille ja johti tunnettuihin oikeudellistumis- ja kolonisaatiopulmiin. Jälkimetafyysisen ajattelun aikana ainut mahdollisuus tulkita oikeusvaltiollisuus olisi menettelyllinen, eikä suoraan sisällöllinen.

Materiaalistuneen, ohjausvälineenä käytettävän oikeuden legitimiteetistä voidaan kuitenkin esittää kysymyksiä epäsuorasti. Legitiimi oikeus ottaa aina riittävästi huomioon sen, että yksityiset ihmiset eivät ole pelkkiä sääntelyn ja holhoamisen kohteita vaan autonomisia kansalaisia. Legitimiteetin kannalta sääntelyn *tehokkuus* ei ole Habermasin teoriassa keskeinen kriteeri. Muodollisen oikeuden ongelma on syrjintä, tosiasiallisten erojen jääminen ottamatta huomioon, sosiaalivaltiollisen oikeuden ongelmana taas on paternalismi. Kumpikin puoli asiasta tulee ottaa huomioon. Oikeudenmukaisuutta ei voi määritellä a priori: tunnemme paremmin sen loukkaukset kuin sen itsensä.[110] Esimerkiksi sosiaalilainsäädännössä tosiasiallisen tasa-arvon edistämispyrkimys ei saa johtaa liialliseen yksityisautonomian kaventumiseen.[111]

Habermasille oikeusparadigmat ovat tärkeitä ennen muuta siitä syystä, että ne mahdollistavat tilannearvion. Ne luovat kullekin yhteiskunnalle horisontin, josta voidaan seurata oikeuksien järjestelmän toteutumista. Paradig-

---

[109] Vrt. GG, Art. 103 (2). Perinteinen tapa on ollut, että mainittu sääntö tai periaate on katsottu puhtaasti »rikosoikeudelliseksi». Fränden mukaan epätäsmällisen lainsäädännön soveltamatta jättäminen olisi perustettavissa suoraan siihen, että säännökseltä puuttuu systeemipätevyys. *Frände* 1989, 242.

[110] Sama koskee mahdollisesti myös oikeusperiaatteita. Vaikka emme pystyisi määrittelemään niitä sisällöllisesti, saatamme olla selvillä siitä, milloin niitä ehdottomasti loukataan. Tämän aristotelisen ajatuksen esittää *Kaufmann* 1961, 15–18.

[111] *Habermas* 1992, 494–504, 516–518.

mat avaavat merkitysnäköaloja, joista oikeusvaltion periaatteet tietyllä tavalla tulkittuina voidaan suhteuttaa kokonaisyhteiskunnalliseen yhteyteensä.[112]

Habermasin oikeusajattelussa ja erityisesti sitä kehitelleessä Tuorin kriittisessä positivismissa tulee esille se, minkä vuoksi niin rikosoikeuden puhtaasti klassinen, oikeusvaltiollinen (Naucke) kuin myös kriminaalipoliittinen (Roxin) perustelu ovat epätyydyttäviä. Naucken ohjelmassa ei hyväksytä, että modernista oikeudesta itsestään löytyisi arviointiperustaa rikosoikeudelle, vaan kaikki kehitys tuntuu merkitsevän etääntymistä sellaisesta ideaalisesta menneisyydestä, jonka sisältö jää oikeastaan varsin hämäräksi. Roxin taas on selvästi itsekin tietoinen siitä, ettei rikoslainoppia voi jäsentää yksinomaan kriminaalipoliittisten näkemysten varassa. Kriittisen rikosoikeudellisen positivismin vastaus olisi oikeuden monitasoisuuden puolustaminen ja positiivisen oikeuden legitiimisyysehtojen tarkka selvittäminen sillä tavoin, että tasorakenteissa kombinoidaan oikeuden syvärakenteen arvo- ja tavoite-elementtejä.

Näin voidaan saavuttaa tiettyjä etuja. Rikoslainoppi voi säilyä sillä tavoin teoreettisena, että sen avulla voidaan myös kriittisesti tarkastella säädännäisen oikeuden muuttumista ja mahdollisesti yleisten oppien tasolla tulkinnallisesti kompensoida sellaisia muutoksia, jotka legitiimisyysnäkökohdan mukaan ovat arveluttavia. Toisaalta monitasoisuutta voidaan käyttää hyväksi kehitettäessä dogmatiikkaa, joka kykenee välittämään oikeuskulttuurin perustavia arvoja rikoslainkäyttöön. Tulkintani mukaan kriittisen positivismin ohjelma rikosoikeuteen sovellettuna merkitsee erityisesti sitä, että yleisten oikeusperiaatteiden ja oikeuskäsitteiden, laintulkintaoppien, kriminaalipoliittisten tavoitteenasetteluiden ja vielä valtiosäännön tasoisten normien suhteet olisi selvitettävä.[113] Omassa työssäni erityisesti vaarantamisrikosten

---

[112] *Habermas* 1992, 527. Oikeusparadigma antaa siis oikeusvaltion periaatteille *jonkin* tulkinnan. Oikeusvaltion periaatteet taas itse jäävät tavallaan kulloisenkin tulkintansa taustalle, aina uudestaan tulkittaviksi ja käytettäviksi. Paradigmaan sisältyvä esiymmärrys niistä voi tulla johonkin mittaan tietoiseksi, mutta ei kattaa niitä alkuperäisinä ideoina kokonaan.

[113] Ks. erittäin kiinnostavaa yritystä arvioida rikosoikeutta perusoikeuksien näkökulmasta, *Lagodny* 1996, passim. Naucke näkee myös selviä vaaroja siinä, että rikosoikeus tulee rangaistusteorioiden välityksin kytketyksi yleiseen valtio-oppiin: rikosoikeudelle voi sitä kautta tulla uusia tehtäviä, niin kuin on käymässä. Valtiosäännöstä voi johtaa paitsi sen, että rangaistavuus olisi poistettava, myös sen, että kansalaisia ja heidän oikeushyviään on kaikin ja ankarinkin keinoin suojeltava. Ilmeisesti hän kuitenkin hyväksyisi väkivaltarikosten valtiosäännöstä seuraavan kriminalisointivelvoitteen. *Naucke* 1995, § 2 Rn 83–102.

tulkinnalliset kysymykset ovat yhteys, jossa tällaisia yleisiä teemoja päästään konkretisoimaan myös lainsoveltamistilanteessa.

Lainsäätäjää koskeva kysymys siitä, valitaanko suhteellisen formaali vai selvemmin tapauskohtaisia harkintoja edellyttävä sääntelymalli, voidaan eri tilanteissa ratkaista eri tavoilla. Esimerkiksi rattijuopumuksessa voi hyvinvointivaltiollinen rationaliteetti nimenomaan edellyttää formaalia ja kaavamaista sääntelymallia. Ei ole syytä etukäteen ehdottomasti lyödä lukkoon sitä, minkälaista sääntelymallia olisi suosittava. Kyse on siitä, mikä ratkaisu parhaiten soveltuu oikeuksien järjestelmään kokonaisuudessaan.

Modernissa rikosoikeudessa kysymys formalismista asettuukin eri tavalla kuin mistä on ollut kyse historiallisesti. Naucke kytki formalismivaatimukset väkivaltarikosten sääntelyyn, ja edellytti motiivien yms. jäämistä pääosin huomiotta. Lainsoveltaminen olisi siten varsin lähellä käsitelainopin ihannemallia. Moderni rikosoikeustiede taas analysoi rangaistavan teon erilaiset elementit niin pitkälle, ettei tahallista tekorikostakaan voi pitää minään formaalin sääntelyn malliesimerkkinä. Päin vastoin: teon ja seurauksen suhde tuottaa »kytkentäongelmia», joita ei voi ratkaista mekaanisesti. Ajallisesti syvyyssuuntaiset syyksilukemisasetelmat osoittautuvat harkintoja edellyttäviksi.

Rikosoikeuden laajentuminen tuottamuksellisten rikosten ja vaarantamisrikosten suuntaan merkitsee sekin periaatteessa harkinnanvaraisten elementtien lisääntymistä soveltamistilanteessa. Esimerkiksi tuottamusvastuussa on välttämätöntä konstruoida vastuun perustava käyttäytymisnormi ja sen rikkomus, eikä näitä käyttäytymisvaatimuksia aina saada suoraan laista. Teon ja seurauksen yhteyden sijaan rikosvastuun ehdoissa painottuu itse käyttäytymisnormin rikkominen. Käyttäytymisnormit taas ovat rikosoikeuden formaaleinta rakennetta. Modernissa rikosoikeudessa siirtymä vahinkoseurauksen syntyä edellyttävistä vastuurakenteista vaarantamisrikoksiin merkitsee siten siirtymää materiaalisesta sääntelystä formaalin suuntaan. Näin ymmärrettynä formaalisuuden ja materiaalisuuden alueet ovat kääntyneet jokseenkin päälaelleen. Hyvinvointivaltiolliset tehtävät oikeushyvien suojaamisessa edellyttävät formaalien sääntelymallien käyttöä myös rikosoikeudessa tuottamuskriminalisointien, abstraktien ja presumoitujen vaarantamisrikosten osalta, kun taas oikeusvaltiollisten arvojen (kuten yksilön oikeudet) suojaaminen voi edellyttää materiaalisempaa sääntelymallia.

Formaalisuuden ja materiaalisuuden suhde ei siten määrity selväksi vastakohdaksi, vaan kysymykseksi painotuksista. Jos kriminalisoinnit ymmärretään siten, että niissä on lähtökohtaisesti ja ytimeltään kyse yksilön oikeuksien suojaamiseksi annetuista kielloista ja käskyistä, hyvinvointivaltion oi-

keus merkitsee sitä, että valtiosäännön perusoikeusnormisto entistä selvemin heijastuu myös rikosoikeuden tehtäviin. Rikosoikeuden suojeltavat oikeushyvät laajenevat. Hyvinvoinnin edistämiseksi voidaan kansalaiset (ja muutkin) velvoittaa pidättymään tietynlaisista vahingollisista tai vaarallisista teoista. Nämäkin säätelyt on kuitenkin toteutettava niin, ettei samalla tarpeettomasti supisteta yksilöiden oikeuksia ja toimintamahdollisuuksia. Joskus voidaan hyvinkin yleisluonteiset kriminalisoinnit hyväksyä, mikäli perustelut siihen ovat riittävät. Ajatusta konkretisoidaan jäljempänä vaarantamisrikoksia koskevassa osassa.

Hyvinvoinnin turvaamisen ja oikeuksien järjestelmän suhteessa on siten tiettyä jännitettä. Sitä valaistaan seuraavassa Ronald Dworkinin oikeusteorian pohjalta.

4.7 Dworkin: oikeus integriteettinä

Dworkin käyttää oikeusparadigman käsitettä hieman toisin kuin Habermas. Myös Dworkin päätyy oikeusparadigmojen kolmijaotteluun. Oikeusparadigmat liittyvät Dworkinilla kuvailevan oikeusteorian kritiikkiin. Oikeusteorian tulee olla konstruktiivista ja tulkitsevaa, jotta se voi vastata kysymyksiin lainsoveltamiseen liittyvän pakkovallan käytön oikeutuksesta.

Oikeusparadigmojen kolmijaottelussa viitataan »jälkitulkinnan» tasolla täsmentyneeseen käsitykseen siitä, miten poliittisen yhteisön yksilöön kohdistaman vallankäytön perusta loppujen lopuksi hahmotetaan. Ajatuksena on, että oikeudelliset teoriat koskevat aina viime kädessä valtion vallankäytön legitimiteettiä ja pyrkivät oikeuttamaan pakkoa sisältäviä käytäntöjä viittaamalla aikaisempiin päätöksiin. Esitulkinnallisella tasolla ihmisellä on laista ja oikeudesta sosiaalisina käytäntöinä vain jokin enemmän tai vähemmän täsmentymätön käsitys; tiedetään suurin piirtein, mikä on oikeudellista ja mikä ei.

Dworkin tematisoi oikeusparadigman käsitteellään oikeutta koskevan »horisontin», esiymmärryksen, aivan kuten Habermas edellä. Tuo horisontti voi joskus olla myös »latenttia oikeusajattelua», joka on sinänsä aina mukana silloin, kun oikeudesta päätetään jotakin. Malliesimerkistä käy tuomarin pohdinnat hänen etsiessään tapauksen oikeaa ratkaisua. Tuomari on yhtäältä suhteellisen vapaa omaksumaan tulkinnan omasta toiminnastaan, mutta toisaalta hänen sosiaalinen ja historiallinen ympäristönsä kuitenkin vaikuttavat hänen muodostamiinsa teoreettisiin käsityksiin. Tuomarin tulisi Dworkinin käsityksen mukaan tuntea yhteisönsä käsitykset poliittisesta hyveestä ja toteuttaa sitä. Toisaalta myös oikeuskulttuurin vallankumoukset lähtevät

usein liikkeelle – tai saavat ilmaisunsa – siten, että tuomarit omaksuvat uusia ajattelumalleja.[114]

Eksplisiittinen oikeusajattelu pyrkii muotoilemaan oikeudesta teorioita, mikä mahdollistaa näiden asioiden tietoisen pohdinnan. Tulkinnallisen asenteen tasolla laki ja oikeus jo hahmotetaan tiettynä kokonaisuutena, johon ymmärretään sisältyvän monenlaisia elementtejä. Monenlaiset oikeusteoriat ja oikeusfilosofiat viittaavat sosiaalisen käytännön tasolla käytännössä samoihin ilmiöihin ja pyrkivät osoittamaan konstruktiivisen tulkinnan keinoin sen, mikä käytännössä on olennaisinta. Kaikki käytännöllinen oikeudellinen argumentaatio edellyttää Dworkinin mukaan jonkinlaista perustaa oikeusfilosofiassa.[115]

Jälkiteoreettisella tai jälkitulkinnan tasolla oikeusparadigmojen oikeusfilosofinen ja tulkinnallinen täsmentyminen on puolestaan edennyt niin pitkälle, että oikeusteoreettisten hahmotusten perusteella syntyy useita oikeusparadigmoja. Oikeuskäsite on itse asiassa vain joukko kysymyksiä, joihin eri käsityksissä vastataan eri tavoilla.[116] Tulkinnan tason yhtä oikeuden käsitettä (concept) vastaa useampi käsitys (conception). Näistä Dworkin tarkastelee kolmea, jotka ovat konventionaalinen oikeuskäsitys, oikeudellinen pragmatismi ja oikeus integriteettinä.

Konventionaalisessa käsityksessä – erityisesti sen tiukassa versiossa – korostuu formaali ennakoitavuus ja oikeusvaltiollisuus.[117] Pragmatistinen käsitys taas on korostetun skeptinen, utilitaristinen ja tavoitesuuntautunut. Integriteettikäsitys, Dworkinin oma malli, puolestaan perustuu sisäiseen näkökulmaan parhaana tulkintana siitä, mitä tuomioistuimet käsittävät tekevänsä toimiessaan. Dworkin vaatii oikeuden poliittisen luonteen tunnustamista. Näin edellytetään monia käsityksiä siitä, mikä on oikein ja oikeudenmukaista. Paras malli pystyy tuottamaan oikeuttavan yhteyden edeltävien päätösten ja nykyisten pakottamiskäytäntöjen välille. Dworkinin mallissa nostetaankin tämän

[114] *Dworkin* 1986, 87–90, 137.

[115] *Dworkin* 1986, 90. – Tietoisen tulkinta-asenteen ehtona on jo, että omaksutaan Dworkinin ajatus sisäisestä näkökulmasta oikeuteen. Voisi olla, että tämä asenne puuttuisi esimerkiksi oikeusjutun asianosaisen asiamieheltä, joka argumentoisi ainoana tarkoituksenaan juttunsa voittaminen. Tuomioistuimen silmissä hänen täytyy kuitenkin näyttää siltä, että hän perustelee kantansa juuri oikeudellisesti, koska muuten argumentaatio ei saavuta toivottua vaikutusta. Oikeudellisen argumentaation puitteissa toimiminen edellyttänee näin jonkinlaista sitoutumista siihen, että on olemassa sellaista kuin »oikeudellinen». Jopa kansainvälisen oikeuden teoriaa dekonstruoinut Koskenniemi etsii mahdollisuuksia olla »normative in the small». Oikeuden normatiivisuus ja integriteetti on samalla juristi-identiteetin eheyttä. *Koskenniemi* 1989, 491–498.

[116] *Dworkin* 1986, 94.

[117] *Dworkin* 1986, 114–150.

oikeutuksen saavuttaminen oikeusteorian keskeisimmäksi tehtäväksi. Oikeuttaminen ei kuitenkaan ole kritiikitöntä eikä ulotu kaikkiin käytäntöihin.[118]

Abstraktin oikeuden käsitteen tasolla liikutaan Dworkinin mukaan väistämättä poliittisen yhteisön yhteisissä peruskysymyksissä. Käsitysten tasolla oikeus on historiallisempaa kuin käsitteen tasolla, koska käsitykset ovat historiallisesti muuttuvia. Ylipäänsä vasta tällä korostetun teoreettisella ja tulkinnallisella tasolla voidaan huomata oikeusteorian oma historiallisuus. Dworkinia kiinnostaa kysymys laintulkinnan historiallisuudesta tältä kannalta. Hän arvostelee erityisesti semanttisia oikeusteorioita siitä, että on jääty etsimään yhtä sisällöllistä oikeuden määritelmää, minkä löytäminen on asian luonteen vuoksi mahdotonta. Semanttisista tarkasteluista olisikin siirryttävä tulkitseviin ja etsittävä teoriaa, joka antaisi oikeudellisille käytännöille parhaan mahdollisen konstruktiivisen tulkinnan. Dworkinin oma teoria tähtää tähän.[119]

Rikosoikeuden kannalta legaliteettiperiaate kontrolloi olennaisesti sitä, miten pitkälle konventionalistisesta oikeusparadigmasta voidaan edetä. Legaliteettiperiaate nimenomaisesti pyrkii estämään sen, että tekoaikana rankaisemattomista teoista voisi tuomitsemishetkellä tulla rangaistavia.[120] Dworkinia mukaillen periaatteilla voisi kuitenkin sanoa olevan merkitystä rikosoikeudessa erityisesti sen vuoksi, että yleisten oppien kysymyksissä on vaikea päästä koskaan mekaaniseen oikeussäännön soveltamiseen. Integriteettivaatimus asettuu erityisen selvästi yleisten oppien kysymyksissä. Niissä jo muodollinen lainkäytön yhdenvertaisuus edellyttää, paitsi lainsoveltajan uskollisuutta oikeussäännöille, myös näiden taustateorioille reiluudesta ja oikeudenmukaisuudesta.[121]

Jos tarkastellaan myös lainsäätäjää, integriteettivaatimuksen kautta lähestytään jo kantilaista ajatusta siitä, että yhteisön oikeuden tulee olla yhteisön itsensä asettamaa. Integriteettiin liittyy säilyttävän elementin rinnalla dynaaminen elementti, koska periaatteiden asettamat vaatimukset joka tapauksessa on konkretisoitava aina uusissa tilanteissa. Dworkinin mukaan ajatus siitä, että vapaus voi toteutua vain, kun päätetty oikeus voidaan palauttaa itse-

[118] *Dworkin* 1986, 98–102.

[119] Hart ei ole hyväksynyt Dworkinin häneen kohdistamaa kritiikkiä tältä osin. Olennaisin ero heidän välillään on siinä, että Dworkinilla justifikaatiota tuottava ja tulkitseva oikeusteoria kuuluu osana oikeussysteemiin siten kuin oikeudelliset toimijat sen näkevät, kun taas Hartin deskriptiivisessä oikeusteoriassa näin ei ole. Ks. tarkemmin *Hart* 1994, 241–244, missä mm. todetaan Dworkinin myöhemmin hyväksyneen deskriptiiviselle oikeusteorialle ainakin jotakin merkitystä.

[120] *Dworkin* 1986, 143.

[121] *Dworkin* 1986, erit. 185.

lainsäädännon ideaaliin, nimenomaisesti edellyttää integriteettivaatimuksen asettamista oikeudelle.[122] Oikeus olisi siis vaarassa muuttua heteronomiseksi pakottamiseksi, jos lainsäädännön kokonaisuus olisi periaatteiltaan ristiriitainen. Poliittisen velvoitteen perusteen Dworkin haluaa nähdä assosiatiivisesti: yhteenliittyminen perustelee poliittisen velvoitteen vain tietyillä tosiyhteisöllisyyden ja veljeyden ehdoilla.[123]

Mielestäni tämäntapainen integriteettivaatimuksen kommunitaristinen perustelu etenee kuitenkin liian pitkälle: itselainsäädännön ideaali ei voine tarkoittaa sitä, että oikeuden tulisi aina edustaa kansalaisten – edes veljellisesti elävien – autonomista moraalia siten, että vain oikeuden konkretisoimisen tarve tuottaisi mahdollisuuksia oikeuden muutokseen. Toisaalta taas poliittisen velvoitteen assosiatiivinen perustelu tuntuu kömpelöltä tavalta ratkaista vaikea ongelma. Syytä onkin Habermasin tapaan korostaa selvästi enemmän dynaamista ulottuvuutta oikeuden positiivisuuteen sisältyvänä mahdollisuutena, jolle ainoastaan oikeuden legitimaatioehdot asettavat rajoja.[124]

Aiheeni kannalta Dworkinin teoria oikeuden ja moraalin yhteydestä, joka toteutetaan siten, että oikeutta tulkitaan »parhaassa valossa», periaatteellisen eheyden näkökulmasta, on tärkeä kahdesta syystä. Siinä korostetaan periaatteiden ja niihin ankkuroituvien yksilön oikeuksien merkitystä. Toiseksi integriteettitulkinta kytketään vielä sisällölliseen moraaliteoriaan eli tässä egalitarianismiin.

Egalitarianismi tarkoittaa, että moraalisesti hyväksyttävässä toiminnassa ihminen ottaa myös toisten ihmisten intressit huomioon kuten omansa. Dworkinin mukaan suurin osa anglo-amerikkalaisen vahingonkorvaus- ja vakuutusoikeuden (accident law) periaatteista voidaan selittää egalitarianismin avulla. Dworkin tarkastelee malliesimerkkeinään sitä, miten negligence- ja nuisance-periaatteet voidaan selittää ilmaukseksi egalitarianismin mukaisesta yksilön vastuusta.

Ajatus on seuraava. Tuottamusvastuu on ongelma, koska vahinkoja voi aiheutua sinänsä aivan laillisesta toiminnasta. Esimerkiksi junaliikenteessä veturista singonnut kipinä voi aiheuttaa tulipalon, josta viljelijä kärsii me-

---

[122] *Dworkin* 1986, 186–190.

[123] *Dworkin* 1986, 195–206.

[124] Luhmannin oikeuspositivismissa taas legitimaatiokysymykset eivät ole yhteydessä integriteettivaatimukseen: oikeuden pätevyys on vain symboli, joka ei itse voi olla päätöksenteon kohteena. Toisaalta oikeuden perustuessa päätöksiin on olennaista, että systeemissä – systeemiä kuvattaessa – joudutaan aina edellyttämään, että jokainen riita on ratkaistavissa. *Luhmann* 1993, esim. 501–507.

netyksiä. Tällaisten tilanteiden oikeudellinen käsittely on hankalaa, koska vastakkain ovat kaksi yhteiskunnan kannalta arvokasta toimintaa. Utilitaristinen moraalioppi määrittäisi vahingonkorvausvastuun yksinomaan sen perusteella, mikä on yhteiskunnan kokonaisedun kannalta edullisempaa. Jos junaliikenteen hyöty on suurempi kuin viljelijän menetys, viljelijä kannattaa jättää ilman korvauksia. Päinvastaisessa tapauksessa olisi mielekästä määrätä junaliikenteen harjoittaja korvausvelvolliseksi. Utilitaristinen, oikeustaloustieteellinen tarkastelu lähtee siitä, että kumpikin osapuoli arvioi intressinsä rahassa mitaten, minkä jälkeen voidaan neuvotella kokonaisedun kannalta paras mahdollinen järjestely. Monessa tapauksessa ns. transaktiokustannukset nousevat lopputuloksen kannalta ratkaisevaan asemaan.[125]

Dworkinin mielestä oikeustaloustieteellinen ajattelu ei kuitenkaan ole sovitettavissa yhteen oikeuden periaatteellista rakennetta koskevien käsitysten kanssa. Dworkinilainen egalitarianismi on monessa suhteessa lähellä oikeustaloustieteellistä näkemystä, mutta se lähtee kuitenkin liikkeelle periaatteista. Oikeustaloustieteessä ei anneta itsenäistä arvoa sille, että ihmisen tulisi pitää huolta myös toisen eduista. Utilitarismi ei tuota Dworkinin kannalta riittävää justifikaatiota käytännöille mainituilla oikeudenaloilla, koska sillä ei ole tukenaan uskottavaa mallia henkilökohtaisesta vastuusta. Egalitarianismi ei estä lainsäädännön tasolla suorittamasta policy-tyyppisiä harkintoja siitä, miten erilaisten toimintojen oikeudelliset sääntelyt toteutetaan. Yksilön näkökulmasta on silti aina edellytettävä, että sääntelymalli on periaatteiltaan koherentti.[126]

Egalitarianismi tuntuu tarjoavan melko luontevan selityksen ja perustelun sille, minkä vuoksi esimerkiksi tuottamusvastuun ongelmissa oikeudelliset opit ovat niin voimakkaasti sidoksissa erilaisiin toiminnan järkevyyttä mittaaviin standardeihin. Dworkinin erityisenä tarkastelukohteena on reasonable foresight -periaate. Rikosoikeudessa – samoin kuin vahingonkorvausoikeudessa – huolellisuusvelvollisuuksien mittapuita on perinteisesti pyritty määrittämään vastaavanlaisten ideaalihahmojen avulla,[127] kun taas esimerkiksi Jareborgin teon huolimattomuus -opissa vastuukynnys määräytyy abstraktim-

[125] Ks. esimerkin suhteen laajaa jaksoa *Dworkin* 1986, 276–312.

[126] *Dworkin* 1986, 309–312.

[127] Vahingonkorvausoikeuden osalta *Atiah – Canen* 1993, 31, mukaan järkevän henkilön fiktion tarkoituksena on hämärtää se, että tuottamusarvostelussa on kyse arvoratkaisusta, jossa tuomari joutuu turvautumaan policy-perusteisiin. Tällaista leimaa tuomari ei itselleen halua. – Dworkinin käsityksissä taas arvoratkaisu voidaan pelastaa oikeudelliseksi, koska siinä ilmaistaan oikeusperiaatteita.

man kysymyksenasettelun perusteella. Teon huolimattomuuden konstruktiossakin kuitenkin vastataan siihen, miten järkevää tietty toiminta on ollut suhteessa toteutuneeseen seuraukseen.

Dworkinin esityksessä on huomionarvoista se, että hän pyrkii osoittamaan tuottamusvastuulle moraalifilosofisen perustelun. Tuottamusvastuun ongelma on ollut erityisesti rikosoikeudessa siinä, että tiedottoman tuottamuksen ollessa kyseessä on ollut vaikea selittää tuottamusvastuuta rikosoikeuden syyllisyysperiaatteen kannalta hyväksyttäväksi. Tiedoton tuottamus on näyttäytynyt syyllisyysperiaatteen näkökulmasta kielletyltä rikosvastuun laajennukselta, jonka perusta olisi yksinomaan utilitaristisissa preventiohyödyissä. Periaatteelliselta kannalta olisi silloin vaadittava negligence-tyyppisen rikosvastuun poistamista kokonaan. Egalitarianistinen lähtökohta kuitenkin antaa »kommunitaristisen» perustelun sille, että ihminen voidaan saattaa vastuuseen virheestä järjen käytössä.[128]

Jos Dworkinin tuottamusanalyysia vielä vertaa esimerkiksi Jareborgin kehittelemään, huomataan Jareborgin kohdalla ongelmaksi se, että teon huolimattomuus -vaatimusta rikosvastuun perusteena ei itseään erikseen perustella ja oikeuteta. Teon huolimattomuus säilyy sellaisena muodollisena rakenteena, jolla tosiasiallisesti oikeuskäytännössä vastuukysymykset ratkaistaan, mutta jolta itseltään puuttuu kuvausta laajempi moraalifilosofinen perustelu.[129] Dworkinin kannalta tuottamusmoitteessa on olennaista se, että tekijä joko olisi ollut velvollinen toimimaan toisin tai sitten hänen pitää hyväksyä tekonsa oikeudelliset seuraamukset. Tällaiset arvioinnit edellyttävät jotakin yleistä moraaliteoriaa.[130]

Egalitarianismi voisikin auttaa selittämään sen, minkä vuoksi oikeudellinen vastuu tulee käytännössä kysymykseen muutoinkin kuin silloin, kun tekijä on tahallaan aiheuttanut seurauksen. Syyllisyysperiaatteen kannalta kyse on uudelleentulkinnasta. Sen sijaan, että ihmisen moraalisesti hyväksyttävän toiminnan rajat määräytyisivät suoraan liberalistisen yksilönvapauden täyden toteuttamisen periaatteen mukaisesti, voitaisiinkin katsoa, ettei ihmisellä ole todellisuudessa oikeutta sellaiseen toimintaan, jossa toisten intressit jäävät vaille kohtuullista huomiota. Rajoittamattomat vapausoikeudet ovatkin vain abstrakteja prima facie -oikeuksia, joiden täsmentyminen konkreet-

---

[128] Tosi kommunitaristit, jotka korostavat ihmisen sosiaalista määrittymistä, menevät toki vielä pidemmälle. Liberalismin virheenä pidetään usein sitä, että ihmisen luonnosta ja mm. rationaalisista kyvyistä tehdään luvattomia oletuksia. Ks. esim. *Lacey* 1988, 143.

[129] Jareborgin oppia selvitetään tarkemmin tuonnempana.

[130] *Dworkin* 1986, 285–286.

tisiksi yksilön oikeuksiksi edellyttää moraalifilosofisesti perusteltujen oikeudellisten lisäehtojen täyttymistä. Dworkinin näkökulmasta on kyse siitä, että yksilön oikeuksien alaa laajennetaan koskemaan myös kiperinä tapauksina tunnetut tilanteet.[131]

Koska egalitaristinen ajattelu ei lainsäädännön tasolla estä utilitaristisia policy-harkintoja, voivat erityiset policy-syyt johtaa siihen, että tietyissä sääntelyissä päädytään toisentyyppisiin malleihin. Vahingonkorvausoikeudessa juuri ankaran vastuun toteuttaminen eräissä tapauksissa merkitsee tällaista policy-harkintoihin perustuvaa järjestelyä. Rikosoikeudessa taas ilmeisestikin syyllisyysvaatimus merkitsee sitä, että vastuuta ei ongelmitta voida ulottaa pidemmälle kuin mitä egalitarianismin mukaiset järkevän toiminnan standardit perustelevat. Toisaalta taas egalitarianismi itsekin on sillä tavoin joustava, että yksittäiset sääntelyt saattavat toteuttaa tuota periaatetta usealla tavalla. Egalitarianismi ei ole yksi käsite, vaan sekin on tulkittavissa moneksi käsitykseksi. Dworkin itse puolustaa resurssien tasavertaisuudeksi (resource equality) kutsumaansa käsitystä.[132]

Dworkinin yhteiskuntafilosofi-tuomarin asenne ratkaisutoimintaan on eräissä suhteissa hyvinkin lähellä sitä, mitä kriittisessä tai vaihtoehtoisessa lainopissa on ymmärretty kriittisen lainsoveltajan tehtäväksi.[133] Lainsoveltaja antaa näkemyksensä oikeuden periaatteista tulla esille laintulkinnoissaan. Kriittisessä lainopissa korostetaan kuitenkin tavoiteperiaatteiden merkitystä perinteisten oikeusperiaatteiden rinnalla ja ylitse. Viimekätisenä juridisena tapana käsitellä emansipatorista ja yhteiskuntakriittistä tulkintojen suuntaamispyrkimystä viitataan usein siihen, että kohtuus samastuu tuohon kriittiseen elementtiin. Tähän liittyy kuitenkin myös ongelmia.[134]

---

[131] Ei olekaan aivan kaukana ajatus, että esim. tiedotonta tuottamusta koskevat ratkaisut aina ovat kiperiä, ts. niissä joudutaan aina turvautumaan oikeusperiaatteisiin. Dworkinin oikeuden integriteetti -käsityksessä helppo tapaus on itse asiassa kiperän tapauksen erityistapaus. Kunkin tapauksen ratkaisu tulee voida osoittaa tarvittaessa oikeaksi myös perustavien periaatteiden kannalta. *Dworkin* 1986, 266.

[132] Mm. *Dworkin* 1986, 312.

[133] Ks. Wilhelmssonin luetteloa vaihtoehtoisen lainopin kannattajien käsitysten tunnusmerkeistä, *Wilhelmsson* 1992, 5–6.

[134] Erityisesti siltä osin, että emansipaation käsitteelle tulisi antaa muukin sisältö kuin poliittinen. Normatiivisena ideaalina emansipaatio ei voi saada sisältöään pelkästään yhteiskuntateoreettisen tiedon varassa, mikäli luovutaan siitä ajatuksesta, että yhteiskuntatieteellistä tutkimusta luonnehtii yksinomaan emansipatorinen, ideologiakriittinen tiedonintressi Habermasin tarkoittamassa merkityksessä. Habermasin tarkoituksena oli vielä 1970-luvulla osoittaa kaiken tiedon intressisidonnainen ja viime kädessä poliittinen luonne. Ks. yleisesti *Habermas* 1973, passim.

Tärkeää on, että kriittisessä lainopissa on kiinnitetty huomiota perinteisen oikeusajattelun implikoimaan muodolliseen kuvaan ihmisistä yhteiskunnallisina toimijoina.[135] Sosiaalisten roolien ja niiden erojen huomioon ottaminen oikeudellisissa sääntelyissä ja niiden soveltamisessa on vaatimus, jota Dworkinin oikeusajattelu ei tuo asianmukaisesti esille. Tässä suhteessa Dworkin on hyvinkin perinteinen liberalisti. Asian voi tiivistää seuraavasti: kriittisen lainopin pyrkimyksenä on saattaa oikeudellinen käsitteistö yhteiskunnallisia suhteita ja tarpeita vastaavaksi. Sen vuoksi sen ainoa huomio ei koske sitä, että ratkaisujen tulee edustaa periaatteellisesti koherenttia järjestelmää. Oikeuden integriteetti ei ole ainoa oikeudellisen hyväksyttävyyden mittapuu, vaan mittapuita otetaan myös yhteiskuntaa koskevasta tiedosta ja poliittisesta ajattelusta.

Jareborg on erotellut rikoskäsityksiä hieman Dworkinin oikeuskäsityksiä muistuttavalla tavalla. Dworkinin oikeusparadigmojen tapaan Jareborgin »rikosparadigmat» pyrkivät tiivistämään sen, mikä rikoksessa on olennaista. Jareborg on kiinnostunut rikosideologioista tai -käsityksistä. Hän pyrkii toisaalta oikeastaan eliminoimaan hämärien rikoskäsitysten vaikutusta rikosoikeuden jäsentämisessä, kun taas Dworkin nimenomaan tahtoo saada ideologian vaikuttamaan lainkäytössä.

Jareborg täsmentää rikoskäsitteen kolmeen rikosideologiaan tai rikoskäsitykseen.[136] Primitiivisessä rikoskäsityksessä pidetään rikosta hallitsijan auktoriteettia vastaan suuntautuneena. Kollektivistisen käsityksen mukaan rikoksen katsotaan kohdistuvan oikeusjärjestykseen ja kollektiiviseen yhteisöön. Radikaalin käsityksen mukaan taas rikos on väärin vain sen vuoksi, että on syyllistytty tekoon, joka on ollut perusteita kieltää. Viime mainitun käsityksen mukaan rikoksessa on väärää nimenomaan se, mikä tekee siitä kriminalisoinnin arvoisen, so. on antanut aiheen tuohon kriminalisointiin. Niin rikoskäsitteen kuin rikoskäsityksen tasolla on kyse rikosideologian hahmottamisesta, sen julkilausumattomien edellytysten ilmaisemisesta ja testaamisesta. Jareborg puolustaa radikaalia rikoskäsitystä, kun taas erityisesti kollektivistinen käsitys joutuu arvostelun kohteeksi.

---

[135] Ks. tästä *Wilhelmsson* 1992, 80–100 ja monin kohdin.

[136] *Jareborg* 1992, 95–101. Jareborgille ideologia ei tarkoita välttämättä rationaalista tai artikuloitua uskomusta tai vastaavaa, vaan se sisältää paljon julkilausumattomia edellytyksiä. Ideologia näin ymmärrettynä on samantyyppinen käsite kuin metafysiikka. Ideologiasta ei päästä eroon, mutta siihen kuuluvia uskomuksia voidaan vähän kerrallaan koetella.

Dworkinin ja Jareborgin perusero näkyy siinä, että Jareborgin analyyttinen teoria ei anna ratkaisijalle vastaavanlaista teoreettista kehikkoa, jonka puitteissa voitaisiin varmistaa oikeuden integriteetin mukainen lainsoveltaminen. Toisaalta myös Jareborgille lainsoveltaminen määrittyy viime kädessä sen perusteella, mitä rationaalinen toiminta tuomarin roolissa edellyttää.[137] Dworkinin voisi tulkita myös suhtautuvan Jareborgia suopeammin ns. asennoitumisetiikkaan, koska tämä väistämättä korostuu ainakin lainsoveltajan omalla kohdalla. Egalitarianismi on lähempänä kollektivistista lähtökohtaa.

Siinä missä Dworkinin käsitys oikeudesta integriteettinä tähtää parhaaseen mahdolliseen lainsoveltamiseen, on Habermasin oikeusparadigmoilla hieman toisentyyppisiä tehtäviä. Habermasilaisessa oikeusparadigmassa on kyse jossain mielessä samasta asiasta kuin oikeusperiaatteiden asemassa Ewaldin oikeusfilosofiassa. Ewaldille (yleiset) oikeusperiaatteet ovat välttämättömiä, jotta oikeus voidaan erottaa politiikasta. Oikeusperiaatteiden varassa normeista tulee oikeudellisia. Oikeusperiaatteet ovat arvion sääntöjä.[138]

Oikeusperiaatteet ovat Ewaldille ikäänkuin ensin latentteina oikeudellisessa traditiossa, josta ne tulkitaan esiin. Oikeusperiaatteet ovat tekstien merkitystulkinnan sääntöjä. Ne perustuvat teksteihin, mutta eivät palaudu niihin. Mikä sitten on niiden oikeuslähdeopillinen asema, suhde lakiin? Ovatko ne lakia ylempänä vai sille alisteisia? Ovatko ne perustuslaintasoisia normeja? Ewald ei tahdo ottaa selvää kantaa tähän. Hänen mukaansa voi selvyyden kannalta olla järkevää jakaa normit sääntöihin ja periaatteisiin. Oikeusperiaatteet eivät kuitenkaan supistu kirjoitettuun oikeuteen ja positiiviseen oikeuteen tässä mielessä. Oikeusperiaatteelle ei voi antaa tyhjentävää kirjallista muotoilua, vaan vain yhden erityisen tulkinnan. Oikeusperiaatteet kuitenkin tavallaan tekevät normista normin. Ne ovat sellaisia arvion sääntöjä, joilla arvioidaan sitä, mikä voi olla positiivista oikeutta.[139]

---

[137] *Jareborg* 1994, 345.

[138] *Ewald* 1986, 507–509. Ewaldin kiinnostukset ovat muutoinkin hieman toisaalla kuin Habermasilla. Ewald on erityisen kiinnostunut siitä epistemologisesta muutoksesta, joka liittyi liberaalin oikeusmallin korvautumisella sosiologiseen tietoon tukeutuvalla sosiaalioikeudella. Hän keskittyy Habermasia enemmän sosiaalisen oikeuden tiedollisiin ympäristöihin, kun taas Habermas on kiinnostunut puhtaasti oikeussysteemin normatiivisesta rekonstruktiosta.

[139] *Ewald* 1986, 508.

Oikeusperiaatteiden tehtävänä on Ewaldin mukaan taata oikeusjärjestyksen jatkuvuus ja stabiilisuus. Historiantutkimuksen kielellä sanottuna niiden keksiminen vastaa välttämättömyyttä tuoda »longue durée» oikeuteen.[140] Oikeusperiaatteiden tehtävänä on tasapainottaa perinteisten oikeuslähteiden kasvavaa hetkellisyyttä omalla normatiivisella hitaudellaan ja edistää siten oikeusjärjestyksen pysyvyyttä.[141] Oikeusperiaatteet ovat kuin Habermasin perusoikeuksien perusajatukset: ne asettavat oikeudellisuuden rajat. Oikeuteen kuuluu tahto tunnustaa itselle ja toiselle vastavuoroisesti oikeuksia, tahto elää lain alaisuudessa. Oikeusvaltio rakentuu näin viime kädessä tällaiselle tunnustamisen fiktiiviselle aktille.[142]

Habermasin proseduraalinen oikeusparadigma tarkastelee oikeutta menettelyllisesti, mutta kuitenkin ihmis- ja perusoikeuksiin sisältyvää arvolatausta vasten. Ihmis- ja perusoikeudet antavat sen normatiivisen aineksen, jonka varaan dogmaattisen oikeustieteenkin on rakennettava. Habermas ei kuitenkaan käsittele tarkemmin oikeustieteellisen tutkimustradition vaikutuksia oikeuden käsitteellistämiseen. Niin oikeusperiaatteiden kuin varsinkin oikeuskäsitteiden merkitys jää epäselväksi. Tätä kysymystä on lyhyesti tarkasteltava.

4.8 Oikeusajattelun traditio ja rikoslainopin käsitteellistäminen

Rikosoikeuden tutkimuksessa käsitelainopilliset piirteet ovat pitkään olleet lähes hallitsevia. Jo legaliteettiperiaate edellyttää, että rikosoikeudellisissa sääntelyissä noudatetaan suhteellisen muodollista sääntelylogiikkaa. Rikosoikeudessa myös oikeusvarmuuden vaatimuksella on korostettu merkitys.

---

[140] Arthur Kaufmannin ajallisessa jäsennyksessä oikeusperiaatteet sijoittuvat ylihistorialliselle tasolle, kun taas laki edustaa suhteellisen pitkäkestoista tasoa. Kolmas – ja hetkellisin – taso on oikeudellisen ratkaisun taso. *Kaufmann* 1982, 12.

[141] Oikeusperiaatteet liittyvät eräässä mielessä ajan hallinnan ongelmaan. Oikeuspositivismi ei hallitse oikeusjärjestyksen muutoksia eikä aseta sille rajoja. Oikeuspositivismi ei tavallaan pysty takaamaan, että oikeusjärjestys on systematisoitavissa.

Toinen kiintoisa piirre on siinä, että oikeusperiaatteet nousevat ranskalaisessa keskustelussa esiin samalla kuin sosiologinen näkökulma tulee oikeuteen. Oikeusperiaatteet ja radikaali oikeuspositivismi ovat siis kuin saman ongelman lapsia. Onko mikään ihme, että oikeusperiaatteiden asema oikeusteoriassa on pulmallinen; ne ovat tulleet tärkeiksi juuri, kun oikeusteoria pyrittiin puhtaassa oikeusopissa irrottamaan arvokysymyksistä.

[142] *Ewald* 1986, 509.

Von Iheringkin katsoi, että tiukasti lakiin sidottu ratkaisu johtaa muualla kuin rikosoikeudessa tarpeettomaan kaavoittumiseen.[143]

Oikeusvaltioon liitetty formaali sääntelymalli on perinteisesti kytketty vaatimukseen täsmällisistä oikeudellisista käsitteistä. Käsitelainoppi on kuitenkin saanut hyvin huonon kaiun. Jareborg pitää käsitelainopin virheenä sitä, että käsitteet ymmärrettiin suljetuiksi. Empiiriset käsitteet, jollaisiksi Jareborg katsoo myös oikeudelliset käsitteet, eivät voi olla suljettuja, koska silloin ne kadottaisivat yhteyden todellisuuteen. Käsitelainoppia tarvitaan hänen mukaansa silti hiukan, jotta oikeusvarmuus ei vaarantuisi. On tehtävä kompromissi oikeusvarmuuden ja tehokkuuden välillä.[144]

Kuitenkin rikosoikeudellinen käsitteistö tuntuu olevan varsin keskeisellä sijalla rikosoikeuden systematisoinnissa.[145] Kuten edellä Habermasin yhteydessä mainittiin, formaalit säätelyt voivat olla tarpeen myös modernin oikeuden hyvinvointivaltiollisia tehtäviä toteutettaessa. Formaalisuus ja käsitteellisyys eivät kuitenkaan ole sama asia. Vain joihinkin käsitteisiin voi liittää sen ominaisuuden, että sen ala on tarkkaan määritettävissä. Esimerkiksi mittalukuina annetut käsitesisällöt, kuten promilleraja rattijuopumuksessa, eivät jätä periaatteessa kovin suurta tulkinnanvaraa.

Rikosoikeus, niinkuin muutkin oikeudenalat, on sidoksissa kieleen. Oikeusnormit on muotoiltava kielellisesti normilauseissa. Kielellisyyden kautta havaitaan nopeasti se, että oikeutta on luontevaa tarkastella hermeneuttisesta näkökulmasta. Vasta kielellisyytensä kautta oikeudella on yhteys »todellisuuteen». Arthur Kaufmann on korostanut sitä, että oikeuden alalla käytettävät käsitteet eivät yleensä ole abstrakteja yleiskäsitteitä, vaan väljempiä käsitteitä, joilla on konkreettista sisältöä. Tämä tekee mahdolliseksi analogian käytön normin tulkinnassa, ja hänen mukaansa tulkinnassa onkin aina kyse samankaltaisuuden toteamisesta hermeneuttisessa prosessissa. Lain so-

---

[143] Von Ihering oli ensimmäisiä käsitelainopin kriitikoita. Vaikka hän alkuaan oli itse lähellä käsitelainoppia, hän teki myöhemmin avoimesti pilkkaa »konstruktiojuridiikasta». Ks. esim. *Kaufmann* 1989, 109–110; *Wieacker* 1967, 433–434.

[144] *Jareborg* 1974, 86–88. Mielestäni tämä analyysi ei kuitenkaan aivan tavoita olennaisinta, koska Jareborg ei osoita tai tarkemmin pohdi sitä, miten oikeudellisten käsitteiden sisällöt hahmottuvat.

[145] Esimerkiksi Jareborgin varhemman oppikirjan teoreettisimman ensimmäisen osan alaotsikossa esiintyy sana peruskäsitteet. Vaikkakaan hän ei myöhemmin täsmennä, mitkä käsitteet ovat näitä peruskäsitteitä, voisi teoksesta poimia joitakin mahdollisia ehdokkaita: »rikos», »rangaistus», »suojeluobjekti», »rangaistusarvo», »kielletty teko», »henkilökohtainen vastuu», »teko», »laiminlyönti», »tekijä», »aiheuttaminen», »vaara», »riski», »tuottamus», »teon huolimattomuus», »kielletty riskinotto». *Jareborg* 1984, passim.

veltaminen – tai paremminkin oikeuden löytäminen (Rechtsfindung) – edellyttää konkreettisten asiaintilojen ja oikeusnormin sisällön vastaavuuden toteamista. Kaufmannia kiinnostaa erityisesti se, miten tämä vastaavuus tuotetaan, eikä niinkään itse ratkaisun muodollis-looginen laatu.[146]

»Asian luonto» -käsitteellä, jonka Kaufmann aina esittää lainausmerkeissä, viitataan siihen, että oikeusnormiakin tulee aina tarkastella suhteessa asiaintiloihin, jotka mahdollisesti kuuluvat normin piiriin.[147] Hermeneuttinen analogia-ajattelu on konkreettista, vaikkakin kielellistä ja käsitteellistä. Tyypin käsitteestä tulee keskeinen: tyyppi konkretisoi kysymykseen tulevia tekoja ja asiaintiloja.[148]

Analogian ja tulkinnan suhteella on merkitystä myös rikosoikeuden legaliteettiperiaatteen kannalta tärkeään erotteluun laintulkintaan ja lainanalogiaan. Kotimaisessa kirjallisuudessa – nyttemmin myös HM 6a §:n esitöissä[149] – katsotaan legaliteettiperiaatteen sulkevan pois mahdollisuuden analogisesta säännöksen soveltamisesta syytetyn vahingoksi. Toisaalta Klami on katsonut, ettei sallitun laintulkinnan ja kielletyn lainanalogian ero olisi täsmällisesti määritettävissä. Ratkaisija ei käytännössä menettele niin, että ensin ratkaistaisiin »välivaiheen» kysymys siitä, onko kyse tulkinnasta vai analogiasta, ja sitten itse soveltamista koskeva peruskysymys. Samat argumentit pätevät kummassakin ratkaisussa, joten erottelu on tämän vuoksi tarpeeton. Klami kuitenkin selvästi näkee tarpeen korostaa oikeusturva-argumenttien painoa – oikeusturva vain ei voi »toteutua» puhtaasti tämä erottelu tunnustamalla. Sen suoma suoja mielivaltaista lainkäyttöä vastaan jää illusoriseksi.[150]

Entä sitten systematisoinnin suhde käsitesisältöjen tulkintaan? Edellä saatoimme todeta, ettei Roxininkaan tavoiterationaalinen rikosoikeusajattelu ole merkinnyt sinänsä irtaantumista vakiintuneesta rikosoikeudellisesta käsitteistöstä. Tavoiterationalismi, samoin kuin muutkin tavat systematisoida rikosoikeutta, ovat työstäneet aikaisempia systematisointeja uusista lähtökohdis-

---

[146] Hassemer on selvitellyt tarkemminkin rikosoikeudellisten tunnusmerkistöjen kirjoittamista loogisella formaalisten symbolien kielellä. Formaali kuvaus on mahdollinen, mutta ei erityisen mielenkiintoinen, koska laintulkinnan kannalta on aina tiedettävä se, täyttyvätkö kuvauksen soveltamisen ehdot. Tulkinnan kannalta kiinnostavin osa jää sen vuoksi kalkyylin ulkopuolelle. Ks. *Hassemer* 1968, 26–45.

[147] Ks. myös *Hassemer* 1968, 11–16.

[148] *Kaufmann* 1982, passim.

[149] *HE* 309/1993 vp., 50.

[150] *Klami* 1969, 182–187.

ta, mutta peruskategoriat ovat voineet pysyä samoina Saksassa jo von Lisztin naturalismista lähtien.[151]

Schünemann selittää kuitenkin, että nykyisin on välttämätöntä ymmärtää oikeudellinen systematisointi avoimeksi ja joustavaksi. Systematisointi ei ole niin vahvaa, että systemaattisilla tai käsitteellisillä seikoilla voitaisiin perustella suoraan oikeudelliset ratkaisut. Systematisointi paremminkin vain varmistaa, että oikeudelliset kysymykset »asetetaan oikeassa yhteydessään».[152] Silti Schünemann pitää selvästi virheenä esimerkiksi sellaista systeemiteoriaan tukeutumista, joka Jakobsin tapaan jättää käsitteiden sisällöt täydellisesti lainsäätäjän päätäntävaltaan.[153]

Edellä lausuttu on varsin suoraan suhteutettavissa Tuorin tapaan sanoa oikeudenalan yleisten oppien koostuvan peruskäsitteistöstä ja yleisistä oikeusperiaatteista. Peruskäsitteistön, tässä jo käsitejärjestelmäksi ymmärretyn, tehtävänä on auttaa ratkaisijaa paikantamaan oikeudellinen ongelma, kun taas yleiset periaatteet suuntaavat ratkaisun sisältöä tulkinta- ja aukkotilanteessa. Tuorin mukaan tällainen luonnehdinta »vastannee ainakin käsitelainopin jälkeisen oikeusdogmatiikan itseymmärrystä».[154] Sevón näkee oikeuskäsitteiden ja oikeusperiaatteiden eron ennen muuta näkökulmaerona. Lainsoveltamisessa peruskäsitteet avaavat tiedollisen näkökulman ilmiöihin osana maailmankuvaa, kun taas oikeusperiaatteilla operoiminen on arvo- ja tavoitesidonnaista käytännöllistä päättelyä. Peruskäsitteillä rajataan oikeudellisen diskurssin tilaa, mutta myös tuotetaan sille konteksti. Käsitteiden muutokset taas ovat yhteydessä oikeusmuodon muutoksiin; erityisesti käsitteiden keskinäinen hierarkia määrittää oikeusmuotoa.[155]

On totta, että käsitelainopin kritiikki ja periaateajattelun kannattaminen on liian helppoa. Kukaan ei tunnustaudu puhtaan käsitelainopin puolustajaksi. Vaikeutena on päästä edes sellaiseen kompromissiin, jossa peruskäsitteille jäisi jotakin merkitystä. Topiikkakaan ei ole ajateltavissa. Jos peruskäsitteet vain paikantavat oikeudellisen ongelman, ollaan vaarassa joutua ratkaisemaan kaikki jutut oikeusperiaatteiden varassa. Silloin kaikki jutut olisivat »kiperiä». Sevónin ajatus näkökulmaerosta kertoo kiinnostavasta muutoksen mahdollisuudesta. Käytännölliseen periaatepäättelyyn tukeutuminen parantaa ratkaisujen hyväksyttävyyttä huomioon otettavien periaatteiden kannalta. Mutta

[151] *Roxin* 1997, § 7 III Rn 30.
[152] *Schünemann* 1984, 8.
[153] Esimerkistä ks. *Schünemann* 1992, 168.
[154] *Tuori* 1990, 51–52.
[155] Ks. *Sevón* 1992, 127–128, 156.

se voi johtaa ennakoimattomiin seurauksiin toisessa suunnassa, käsitesisältöjen tiedollisessa mielessä. Käsitteistöä muokataan uuteen uskoon sitä erikseen tavoittelematta.

Käsitys avoimesta systematisoinnista liittyy saksalaisessa rikoslainopissa tavoiterationalismin ja topiikan suuntaan etenevän argumentaatioteorian yhteyteen. Lisztiläisen oikeusvaltiollisen käsitelainopin hylkääminen edellyttää sitä, että käsitteiden sisällöt määräytyvät aikaisempaa väljemmiksi. Käsitteiden taustalla vaikuttavat periaatteet, ja rikosoikeudellinen argumentaatio onkin sisällöllistä, periaatteita hyväksikäyttävää argumentaatiota. Rikosoikeuden systemaattisuuden arvo on kuitenkin niin suuri, ettei kovin pitkälle tapaus- ja ongelmakohtaisen tooppisen ajattelun suuntaan voida edetä edes tavoiterationalistien mielestä. Topiikka ei voi Roxinin mukaan korvata systemaattista ajattelua rikosoikeudessa, vaan systemaattisuus on väistämätön osa oikeusvaltiollista oikeutta.[156]

Jo osallisuusopillisessa tutkimuksessaan Roxin oli pohtinut laajasti teonherruus-käsitteen luonteeseen liittyneitä kysymyksiä. Hänen mielestään tuo käsite ei nimittäin ollut varsinaisesti epämääräinen, mutta ei myöskään aukottoman täsmällisesti määriteltävissä. Roxin tarkastelee teonherruutta avoimena käsitteenä, jolle voidaan antaa sisältöä kuvauksen kautta. Koko teos on oikeastaan tällaista käsitteen merkityssisällön tai -sisältöjen täsmentämistä.[157]

Oppikirjassaan Roxin käykin seikkaperäisesti läpi kysymystä systematisoinnin arvosta ja perustasta rikosoikeudessa. Oikeusvaltiollisista syistä systematisointi on välttämätöntä, ja Roxinin mielestä ainoa perusta, joka modernin rikosoikeuden systematisoinnissa on hänen mielestään ajateltavissa, ovat teleologiset, arvottavat tavoitteenasettelut.[158] Peruskategoriat säilyvät, mutta ne välineellistetään kriminaalipoliittisen arvottamisen kohteiksi. Roxinin mielestä tämä ei kuitenkaan vaaranna rikosoikeuden oikeusvaltiollisuutta, vaan tulkitsee oikeusvaltiollisuuden uudelleen. Oikeusvaltiollisen rikosoikeuden ja kriminaalipolitiikan tavoitteiden välillä ei tarvitse vallita risti-

[156] *Roxin* 1997, § 7 IV Rn 50, V Rn 51, 80–84.

[157] Ks. *Roxin* 1994, 107–126 ja passim. Roxinin tutkimustapaa voi pitää otteeltaan lähes »hegeliläisenä». Käsitteet ikäänkuin täytetään ja muodostetaan konkreettisiksi vasta antamalla niille tarvittavat määritykset. Ks. myös esim. Schünemannin tapaa puolustaa teonherruuteen perustuvaa ajattelua laiminlyöntirikoksia ja tekemisrikoksia yhdistävänä elementtinä. *Schünemann* 1995, 72–82.

[158] *Roxin* 1997, 7 § V Rn 53.

riitaa. Rankaisemisvallan oikeudellinen rajoittaminen on itse oikeusvaltiollisen kriminaalipolitiikan tärkeä tavoite, toteaa Roxin.[159]

Roxinin kantavan ajatuksen mukaan rikosoikeuden säädännäinen normisto ei ole sellaisenaan mielekkäästi systematisoitavissa ja sovellettavissa, vaan kaikessa dogmaattisessa työssä on tukeuduttava kriminaalipoliittisiin arvostuksiin. Lainkäyttö ei olekaan pelkkää loogista päättelyä ja subsumointia, vaan laissa asetetun sääntelykehyksen konkretisointia ja lainsäädännöllisten tavoitteenasetteluiden luovaa työstämistä. Lainkäyttö on kriminaalipolitiikkaa dogmatiikan asussa. Dogmatiikan on kuitenkin pysyttävä lain alaisuudessa, lain sitomana. Dogmatiikka on ymmärrettävä siten kriminaalipolitiikaksi lain puitteissa. Dogmatiikan pitää lukea arvostuksensa laista, eikä asettaa niitä itse.[160]

Rikoksen rakenne kuvataan rikosoikeuden oppikirjoissa joka tapauksessa usein käsite-erotteluiden kautta. Käsitteet jo sinänsä rajaavat sitä, mitä niiden piiriin voi kuulua. Käsitteet perustuvat erotteluihin, ja käsite-erotteluissa on löydettävä sekä käsitteellisen yhteyden että eron perustavat kriteerit. Käsitteet ovat käytännöllisiä. Niitä käytetään ja käytäntö uusintaa käsitteiden merkityksiä antaen niille uutta sisältöä. Oikeustieteessä ratkaisupakko takaa käytäntöjen ensisijaisuuden teoriaan nähden. Tulkintaratkaisusta ei voida kieltäytyä sillä perusteella, että asia ei ole mielekkäästi ratkaistavissa.

Robert Alexyn mukaan yksi dogmatiikan funktioista on vakiinnuttaa tietyt ratkaisut käytännöllisissä kysymyksissä, ja samalla uusintaa ne. Jos keskustelu olisi aivan avointa ja aloitettaisiin aina uudestaan alusta, päädyttäisiin vaihteleviin ratkaisuihin. Silloin rikottaisiin Alexyn mukaan yleistettävyyden periaatetta, joka taas on osa oikeudenmukaisuuden periaatetta. Ratkaisujen dogmaattisella yhdenmukaisuudella on näin arvoa itsessään, mikä nostaa kynnystä ratkaisun muuttamiseen.

Alexy onkin katsonut, että käsitelainoppiin kohdistettava kritiikki ei saisi johtaa siihen, että käsitteelliset elementit ja käsitteiden loogisen analyysin merkitys kokonaan hylätään. Systemaattisuus on oikeustieteessä aina myös käsitteellistä systemaattisuutta.[161] Ellei oikeus olisi käsitteellis-systemaattisyyden kyllästämä, ei oikeustiede rationaalisena tieteenä olisi Alexyn mukaan mahdollista. Oikeustieteen saavuttama rationaalisuusaste onkin kiinni

---

[159] *Roxin* 1997, § 7 V Rn 69. Schünemann kutsuu tällaista käsitystä kriminaalipolitiikan ja rikosoikeuden yhteydestä »siltakäsitteeksi». *Schünemann* 1992, 165.

[160] *Roxin* 1997, § 7 V Rn 70–71.

[161] Aarnio pitää systemaattisia näkökohtia ennen muuta systeemitietoa ja oikeudenalan runkoperiaatteita koskevina. *Aarnio* 1989, 223–224. Ks. myös hänen esitystään käsitelainopista, *mt.*, 118–124.

tällä analyyttisellä ulottuvuudella saavutetusta tasosta.[162] Käsitteellis-systemaattiset argumentit eivät yksin ole riittäviä voimassaolevan oikeuden analyysissä, mutta tämä ei perustele myöskään niiden täydellistä hylkäämistä osana juridista argumentaatiota.[163]

Myös Niklas Luhmann on pohtinut oikeusdogmatiikan ja sen käsitteellisten elementtien osuutta ratkaisutoiminnassa. Hänen mukaansa käsitteet eivät itse sanele kokonaan soveltamisensa ehtoja. Luhmannin mukaan käsitteet, jotka itse asiassa ovat juuri olennaisesti erotteluita, erottelukäytäntöjä, kiinnittävät huomiota eroihin. Käsitteitä ja käsite-erotteluita voidaan työstää, käsitteitä voidaan kritisoida, mutta oikeudellinen argumentaatio on tullut lopullisesti sidotuksi käsitteisiin.

Luhmannille käsitteellinen taso on välttämätön osa oikeudellista ajattelua, koska historiallinen kokemus on ratkaisutoiminnan kautta tiivistynyt erityiseksi oikeudelliseksi käsitteistöksi. Käsitteet kokoavat informaatiota ja tuottavat systeemin kannalta tarpeellista »redundanssia», ylijäämää, toistettavuutta, soveltuessaan uusiinkin tapauksiin. Käsitteiden tehtävänä on yhtäältä ohjata oikeudellista argumentaatiota ja rajata sitä, mikä voi olla analogiakelpoista, mutta toisaalta olla perustana oikeudellisille konstruktioille. Käsitteet eivät kuitenkaan itse ole Luhmannin mukaan ratkaisuohjeita. Väliin tarvitaan ehdot siitä, miten käsitteet soveltuvat. Oikeusdogmatiikka ei Luhmannin kannalta edes muodosta systeemiä, koska sillä ei ole yhtä koossapitävää periaatetta.[164]

Argumentaatio koskee siten sitä konstruktiota, jossa käsite on jonkinlaisena juridisena ilmiasuna keskeisesti mukana. Tahallisuuden oikeudellinen tulkinta koskee näin aina myös tahallisuuden käsitettä, sille annettavaa tulkintaa, ja ratkaisu uusintaa tahallisuuden käsitteen merkityssisältöä. Formaalit argumentit ovat systeemin sisäisiä. Niillä pyritään päättämään argumentaatio ja estämään päätöksentekokyvyn kannalta epätoivottavaa sekaantumista konkreettisten asiaintilojen moninaisuuteen. Käsitteelliset argumentit ovat lähtökohtaisesti formaalisia, intresseihin viittaaminen taas on materiaalista argumentaatiota.[165]

---

[162] *Alexy* 1986, 37–38.

[163] *Alexy* 1983, 312: »Es ist eine der wichtigsten, aber auch schwierigsten Aufgaben einer Theorie des juristischen Diskurses, sowohl die Grenzen als auch die Berechtigung begrifflich-systematischen Argumentierens aufzuzeigen.»

[164] *Luhmann* 1993, 384–389.

[165] Ks. *Luhmann* 1993, 387–389, 393–395.

Luhmannille on oikeudellisten käytäntöjen merkitys olennainen. Oikeudelliset ratkaisut (tuomioistuinratkaisut) koskevat aina yksittäistä tapausta. Oikeusjärjestyksen yhtenäisyydestä ei koskaan sinänsä päätetä; yhtenäisyys tuotetaan ja uusinnetaan vain niin, että tehdään ratkaisuja. Luhmannilaisessa systeemiteoriassa oikeus on yhteiskunnan osasysteemi, ja teoriat kehittyvät siten, että oikeussysteemi havainnoi itseään ja kuvaa itseään konstruktioiden avulla. Systeemiteoreettisessa katsannossa käsitteet ovat keskeisemmässä asemassa kuin periaatteet, koska käsitteet edellyttävät erotteluita ja erotteluiden empiiristä havaittavuutta. Oikeusperiaatteet tai oikeuden ulkoiset arvot eivät voi suoraan olla osana systeemiteoreettisesti käsitettyä oikeussysteemiä.[166]

Oikeus kuitenkin myös edellyttää yhteiskuntaa, koska oikeudesta voidaan puhua vain jossakin ympäristössä. Oikeudelliset ratkaisut ja oikeustieteellinen tutkimus tavallaan uusintavat oletuksia oikeuden ympäristöstä. Luhmannin systeemiteoriassa oikeutta ei käsitellä suljettuna semioottisena systeeminä, vaan systeeminä, joka on suljettu vain operatiivisesti.[167]

Rikosoikeus on oikeudenalana kaikkein vanhimpia. Esimerkiksi tahallisuus- ja tuottamuskäsitteiden historiaa voidaan vaivatta seurata vähintäänkin roomalaiseen oikeuteen saakka.[168] Rikosoikeuden käsitteellinen perusrakenne onkin olennaisesti vanhempaa perua kuin rationalistinen luonnonoikeusteoria tai säädännäisen oikeuden alaisuudessa hallittu moderni valtio.[169] Oikeusvaltion säädännäisen oikeuden ja sitä systematisoineen oikeustieteen on ollut käytettävä enimmäkseen jo pitkän tradition kautta kulkeneita oikeudellisia käsitteitä. Esimerkiksi Utriainen selvittää historiallis-dogmaattisessa työssään syyllisyyskäsitteen erilaisia käsitteellisiä jäsennyksiä eri aikoina. Käsitteet, niiden alakäsitteet ja koko käsitesystematiikka vaihtelevat eri maissa ja eri aikoina, mutta yleisellä tasolla hahmotetaan aina syyllisyyttä dogmaattisena kategoriana.[170]

---

[166] *Luhmann* 1993, 23–31, 66–75, 310–319.

[167] Vrt. *Jackson* 1987, 12–27, 267–310.

[168] Tuottamuskäsitteen historiasta ks. yleisesti *Binding* 1919, 3–279.

[169] Sevónin tätä koskeva huomautus on kiinnostava. Hän katsoo, että teon käsite on moderni, valistukseen liittyvä, syyllisyyden käsite esimoderni ja oikeushyvän käsite liittyy jo taittumassa olevaan klassiseen moderniin. *Sevón* 1992, 142 av. 43. Tämä ei luonnollisesti tarkoita, että käsitteillä ei olisi ollut merkitystä myöhemmin. Oikeushyvän käsitteen osalta ajoitus lienee hieman tulkinnanvarainen, onhan Saksassa yritetty jäljittää käsitteen juuria klassisen modernin aikaan saakka. Saksalaisesta keskustelusta ks. esim. *Sina* 1962, passim, ja *Amelung* 1972, 1–123.

[170] *Utriainen* 1984, passim.

Utriaisen mukaan rikoslainopin ymmärtäminen suorastaan edellyttää käsitteistön muuttumisprosessien tuntemista. Hän analysoikin lainopillisia traditioita sen mukaan, miten avoimia tai suljettuja ne ovat, ts. miten vahvasti käsitteelliset elementit niitä hallitsevat. Tavallaan kyse on lakisidonnaisuuden asteesta, koska Utriainen pitänee avoimuuden merkkinä sitä, että asiasta on jätetty lainsäännökset antamatta. Käsitelainopillinen formalismi ei kuitenkaan sinänsä ole tästä seikasta riippuvainen.[171]

Aivan toisentyyppinen tarkastelukulma syyllisyysdogmatiikkaan avautuu Nuutilan työssä, jossa erityisesti selvitetään syyllisyys*teorioiden* tasoa. Tuo taso välittää yhteisöllisten taustaoletusten ja syyllisyysdogmatiikan tasoja. Käsitteiden muutosten sijasta nyt tulevatkin näkyviin syyllisyysteoreettiset muutokset ja muutokset syyllisyyden yhteisöllisissä taustaoletuksissa.[172]

Oikeudelliset käsitteet myös jossakin mielessä rajaavat sitä, mikä voi olla oikeutta.[173] Käsitteet toimivat tässä suhteessa samoin kuin oikeuksien järjestelmä Habermasilla tai oikeusperiaatteet Ewaldilla. Oikeudellisten käsitteiden suhteellisen pysyvyyden vuoksi oikeudellisten muutosten hitaus korostuu entisestään. Itse olisin valmis antamaan oikeudellisille käsitteille jonkin verran itsenäistäkin merkitystä tässä suhteessa. Esimerkiksi se, että rikosoikeudessa ollaan sidottuja tahallisuuden ja tuottamuksen käsitteisiin, rajaa jossakin mielessä lainsäätäjän mielikuvitusta enemmän kuin syyllisyysperiaate yksin tekisi. Lainsäätäjä ei voi aivan vapaasti, puhtaalta pöydältä, muokata syyksiluettavuusvaatimukselle jotakin uutta toteutusta. Tahallisuuden käsite ei silti ole apriorinen, vaan monin tavoin tarkemmin määriteltävissä oleva käsite.

Tarkastelen seuraavaksi lyhyesti oikeuskäsitteiden merkitystä oikeudellisen systematisoinnin kannalta, erityisesti Aarnion oikeusteorian sisältämän ehdotuksen pohjalta.

Aarnion oikeusteoriassa edetään siihen suuntaan, että oikeudellisella käsitteenmuodostukselle annetaan merkitystä erityisesti systematisointitehtävän kannalta. Systematisoinnilla kehitetään nimenomaan käsitejärjestelmää, jonka varassa oikeudellinen ajattelu yleensä ja tulkinta toimivat.[174] Keskeinen aja-

---

[171] Ks. *Utriainen* 1984, 313–343 (313) ja passim.

[172] *Nuutila* 1991, 1–42 ja passim.

[173] Tuori erottaa julkisoikeuden yleisissä opeissa apriorisen ja aposteriorisen osan. Aprioriset yleiset opit pelkistävät positiivisen oikeuden välttämättömiä ennakkoehtoja ja rajoja, kun taas aposterioriset yleiset opit vain systematisoivat kulloistakin positiivista oikeusjärjestystä. Myöhemmin hän suhteellistaa apriorisuusvaatimuksen edellyttämällä apriorisuutta vain suhteessa moderniin oikeuteen. *Tuori* 1990, 53–54, 60.

[174] *Aarnio* 1989, 288.

tus Aarniolle on se, että yhtä hyvin lainsäätäjän säätämää »perussysteemiä» kuin jo systematisoitua ja tulkittua »oikeusjärjestelmääkin» tarkastellaan lainopissa aina suhteessa jo saatuun esiymmärrykseen. Lainsäädäntöä uudistettaessakin uudistus rajoittuu aina johonkin systeemin osaan. Oikeudenalan traditiot ja aikaisemmat systematisoinnit heijastuvat näin väistämättä myös siihen, miten uuttakin normistoa tieteessä tarkastellaan. Uuden lain laatijat saavat hekin oikeudellisen ajattelunsa puitteet traditiosta.[175]

Analyyttisen siviilioikeustutkimuksen tapaan Aarnio kuitenkin pitää oikeudellisia käsitteitä vain esitysteknisinä apuvälineinä, joissa ikään kuin kerätään yhteen suuri joukko yksittäisiä oikeussääntöjä. Yleiset oikeudelliset käsitteet pilkotaan alakäsitteisiinsä. Niiden avulla voidaan esittää oikeusjärjestelmä sääntöjen kokoelmana. Toisessa yhteydessä hän kuitenkin puhuu oikeudellisista käsitteistä enemmänkin Alexyn tapaan. Aarnio korostaa käsitteiden merkitystä ajattelun työvälineinä, mutta lausuu samalla: »...käsitteet eivät ole niin tarkoin täsmennettyjä, että tulkintatulos voitaisiin suorastaan *johtaa* pelkistä käsitteistä. Tulkinta on käytännöllistä harkintaa, jota käsitteet tiettyyn rajaan asti ohjaavat mutta jossa käsitteiden käytettävyys ratkaistaan kaiken tarjolla olevan lähdemateriaalin perusteella».[176]

Systematisointeja tuottavaa lainoppia Aarnio kutsuu teoreettiseksi. Teoreettinen lainoppi on keskeinen osa oikeuden omaa kulttuuritraditiota. Tämän mukaan Aarnio vaatiikin, että lainopilla tulee olla aina hallussaan ajanmukaiset käsitevälineet ja teoriat. Teoreettinen lainoppi »tuottaa ne yleiset opit ja periaatteet, joita ilman yksikään tulkintasuositus ei ole mahdollinen». Teoreettinen lainoppi auttaa niinikään ymmärtämään, »*muuttuuko* lainopissa mikään». Oikeudellinen maailmankuva onkin jäsennetty teoreettisen lainopin avulla moneen kertaan uudelleen. »Oikeusajattelun muutos on siis teorioiden (yleisten oppien) muuttumista.»[177]

Aarniolainen tarkastelu nostaa esiin pulmallisia kysymyksiä. Analyyttinen ajatus käsitteiden pilkkomisesta käsitepuiksi ei ole ongelmaton. Esimerkiksi tahallisuus-käsitteen pilkkominen osiinsa on tehtävissä monella tavalla, ja pilkkominen voi olla vain sitä, että jo sovelletaan jotakin teoriaa. Eri

[175] *Aarnio* 1989, 289–291. Traditioon viittaaminen ei ole aivan ongelmatonta. Minkä vuoksi traditio olisi lähtökohtaisesti pätevä järkevien uskomusten lähde? Habermas esimerkiksi pitää ideoita ihmisoikeuksista ja kansansuvereniteetista demokraattisten oikeusvaltioiden normatiivisen itseymmärryksen kannalta keskeisinä. Näiden ideoiden kasvavan merkityksen hän selittää sillä, että asetetun oikeuden legitimaatiotarvetta yhä vähemmän voidaan perustella traditiolla tai siveellisyydellä. *Habermas* 1992, 124.

[176] *Aarnio* 1989, 292–302 (302, Kurs. AA).

[177] *Aarnio* 1989, 303–304.

tahallisuusteoriat tuottavat erilaisia käsitepuita ja erilaisia laintulkinnallisia seuraamuksia. Käsitteiden pilkkominen ei onnistu pelkällä loogisella analyysillä. Teoreettisuus edellyttääkin, että meillä on *jokin* teoria tahallisuudesta, ja tätä teoriaa taas tarkastellaan suhteessa esimerkiksi syyllisyysperiaatteeseen ja sen filosofisiin taustaoletuksiin, perusoikeuksiin, preventioteorioihin ja valinnan kriminaalipoliittisiin seurauksiin. Tahallisuuden käsite antaa suhteellisen vakaat puitteet sille, mitä sillä voidaan tarkoittaa, mutta käsitteen tarkempi sisältö määräytyy vasta argumentatiivisesti.

Esimerkiksi lainsäätäjä, joka säätäisi, että tuottamuksellista tekoa on pidettävä tahallisena, rikkoisi selkeästi rikosoikeudellisen vastuun käsitteelliset puitteet. Systemaattisen lainopin harjoittaja havaitsisi silloin sen, että tällainen stipulaatio olisi monin tavoin vastoin niin esiteoreettista kuin teoreettistakin ymmärrystä.

Tähän liittyy toinenkin seikka. Tahallisuuden käsitteelle annettava sisältö tavallaan muotoilee ja toteuttaa tausta-ajatuksiaan. Esimerkiksi syyllisyysperiaate ei ole sellainen normi, jota oikeastaan koskaan suoraan sovellettaisiin. Syyllisyysperiaate kuitenkin edellyttää, että oikeudellisia normeja ja käsitteitäkin tulkitaan sen mukaisesti. Se ei välttämättä selvästi sano, että esimerkiksi jokin teoria tahallisuudesta on parempi kuin toinen, mutta se rajaa kuitenkin jotkin mahdollisuudet kokonaan pois.

Oikeuden muutosten tunnistaminen edellyttää pelkän käsitesystematiikan ylittämistä. Utriaisen edellä mainitussa työssä käsitteistöjen siirtymät jäivät vaille varsinaisia selityksiä tai tulkintoja, joihin pelkkien käsitteiden kuvauksen tasolla ei ole mahdollisuuttakaan. Mutta myöskään Aarnion oikeusteoriassa ei edetä oikeusparadigman muodostamisen suunnassa niin pitkälle, että oikeusjärjestelmän muutosten aito tunnistaminen kävisi mahdolliseksi.[178] Jos teoreettinen lainoppi tuottaa yleiset opit, periaatteet ja tarvittavat teoriat, vieläpä oikeudelliset käsitteistötkin, niin on tärkeää mainita, että se ei tuota niitä tyhjästä. Oikeuden muutokset saadaan näkyviin nimenomaan suhteessa oikeutta jäsentäviin malleihin ja paradigmoihin.

Oikeudelliset käsitteet ovat näin ollen yksi osa lainopin tutkimuskenttää, mutta osa, joka ei ole tarkasteltavissa ilman laajempaa taustaoletusten verkostoa. Oikeudelliset käsitteet eivät ole dogmatiikan huipentuma, vaan sel-

[178] Tämä on johdonmukainen seuraus analyyttisen oikeustieteen oikeustiedekäsityksestä. Jos näet tutkimuksen tehtävänä on yksipuolisesti oikeuden tarkastelu käsitteistönä, ymmärrettiin se sitten aprioriseksi tai aposterioriseksi, laiminlyödään oikeusperiaatteiden käsittely ja menetetään samalla mahdollisuus rikkaampaan systematisointiin. Ks. esim. *Tuori* 1990, 54–55.

lainen piste, jossa yleisiin oppeihin ladatut jännitteet heijastuvat, mutta jossa mielikuvitukselle samalla asetetaan kuitenkin rajoja. Eivät käsitteet, vaan niihin kiteytyvät normatiiviset ideat, ovat avain oikeusjärjestyksen muutosten havaitsemiselle. Ewaldille juuri yleiset oikeusperiaatteet mahdollistavat oikeuden muutosten havaitsemisen.

Aarnio myös antaa sen kuvan, että oikeudelliset käsitteet eivät sinänsä muuttuisi, vaan ainoastaan niille annettavat sisällöt. Ainakin rikosoikeuden kannalta näyttäisi kuitenkin siltä, että muutoksia voi tapahtua myös itse käsitteistössä. Esimerkiksi Honkasalon rikosoikeuden oppikirjoissa ei vaarantamisvastuuta käsitellä lainkaan itsenäisenä rikosvastuun muotona. Vaarantamisesta puhutaan ainoastaan kausaalisuus- ja yritysopissa. Honkasalon rikosoikeusmallin kannalta vaarantamisen käsitteen analyysi ei ole keskeinen, koska hänelle rikos on ennen muuta teko tai laiminlyönti, josta aiheutuu seurauksia. Modernissa rikosoikeustieteessä muutoksia tapahtuu tässäkin suhteessa. Paitsi käsitteiden sisällöt, myös se, mikä yleensä on keskeinen oikeudellinen käsite, määrittyy uudestaan.[179]

Kysymys oikeudellisten käsitteiden ja periaatteiden suhteesta oikeutta koskeviin muutoksiin on hyvin monitahoinen ongelma. Jos luovutaan siitä ajatuksesta, että lainkäyttö todellakin on lain käyttämistä, soveltamista, ja korostetaan tekstin ja sen tulkinnan eroa, voidaan helposti ymmärtää, että jokaiseen tekstin tulkintaan liittyy merkityksen muutoksen mahdollisuus. Jokainen tulkinta työstää tekstin merkitystä, ja samalla tekstissä olevien käsitteiden merkitystä. Oikeuden (lain) tekstuaalisuus ja kielellisyys avaa sen paitsi lainsäädännöllisesti myös tulkinnallisesti tapahtuvalle kehitykselle ja muutokselle. Tämä lieneekin todellisuudessa se seikka, joka modernissa oikeudessa antaa painoa lainopin systematisointitehtävälle.[180]

Teoriajakson lopuksi paneudutaan vielä lyhyesti saksalaiseen funktionalismiin ja sitä vastaan esitettyihin kritiikkeihin. Tätä koskevalla keskustelulla on yleistä merkitystä esimerkiksi siitä syystä, että eri koulukuntien piirissä modernin rikosoikeuden kehityspiirteitä tulkitaan eri tavoin. Erityisesti suhtautuminen vaarantamiseen rangaistavuuden perusteena vaihtelee. Tässä työssä pyritään jäljempänä selvittämään vaarantamiseen liitettyyn rikosvastuuseen yhteydessä olevia kysymyksiä.

---

[179] Sevón puhuu siitä kiinnostavasta mahdollisuudesta, että käsitteiden keskinäisen hierarkia voi tietyissä »tilarajoissa» muuttua. *Sevón* 1992, 156.

[180] Ks. yleisesti *Luhmann* 1993, 245–281 (275): »Die Dogmatik garantiert, daß das Rechtssystem sich in seiner eigenen Veränderung *als System* bewährt.» (Kurs. NL)

4.9 Funktionalistisen rikosoikeusopin variaatiot ja kritiikit

Epäselvyys rikoslainsäädännön legitimiteettiä koskevissa kysymyksissä on olennaisesti heijastunut saksalaiseen keskusteluun rikosoikeudellisesta funktionalismista ja sen kritiikeistä.

Schünemann on kuvannut osuvasti tämän hetken saksalaisen rikosoikeustieteen valtasuuntia. Voimakkain kriittinen ajattelusuuntaus ammentaa Frankfurtin kriittisestä ja leimallisen yhteiskuntateoreettisesti suuntautuneesta piiristä, jonka edustajien joukko sinänsä on moniaineksista. Sen tunnetuimmat nimet ovat Naucke, Hassemer ja Lüderssen, nuoremmasta polvesta Herzog ja Prittwitz. Naucke on selvimmin rikosoikeusfilosofiaan suuntautunut – kuten edellä havaittiin.

Hassemerilla on melko artikuloimaton ohjelma, jonka varassa hän suuntaa kritiikkiä nykyisen rikosoikeuden järjestelmään. Arvostelu kohdistuu erityisesti siihen, että yksilön oikeushyvät eivät enää ole rikosoikeuden ydinaluetta, vaan pääosaan ovat nousseet väljemmät yhteisön oikeushyvät, joissa on kyse erilaisten toimintajärjestelmien suojaamisesta häiriöiltä. Hassemer arvostelee nykyistä rikosoikeutta liiallisesta ontosta funktionalismista, joka on merkinnyt perinteisen legitimaatioperustan hylkäämistä ja erityisesti sen unohtamista, että rikosoikeuden täytyy legitimoida itsensä myös tuottamalla niitä vaikutuksia, joilla sääntelyitä perustellaan. Kriminaalipolitiikassa on tyydytty symbolisiin vaikutuksiin. Oikeushyväoppien ohessa kärkevintä arvostelua saavat abstraktit vaarantamisrikokset, joilla lainsäätäjä ratkaisee hankaliksi käyneet syyksilukemisongelmat ulottamalla rangaistavuuden kaavamaisesti varsinaisen oikeushyvänloukkauksen syntymistä etäämmälle.[181]

Hassemer ei kuitenkaan itse kovinkaan tarkasti pohdi sitä, miten realistista on ajatella, että nykyinen rikosoikeus voisi menestyä vääryyden syyksilukemisen tehtävässään ilman abstraktien vaarantamisrikosten apua. Modernin elämän teknistyminen ja inhimillisen elämän joutuminen yhteyteen monenlaisten toimintajärjestelmien kanssa on merkinnyt sitä, että vahinkojen sattuessa tapausten oikeudellinen selvittely on aikaisempaa monin verroin hankalampaa. Ennen leipä ostettiin suoraan leipurilta, mutta nyt se kulkee kuluttajalle monien välikäsien kautta. Hassemer ei perustele sitä, minkä vuoksi perinteinen rikosoikeudellisen vastuun malli – tuottamukselliset seurausrikokset – olisi ainoa, joka vastaa rikosoikeuden omia periaatteita. Joh-

[181] Ks. esim. *Hassemer* 1989, 1989a ja 1993.

tuuko rikosoikeuden symbolisuus ja tehottomuus sittenkin siitä, että onkin edetty liian *vähän* vaarantamisvastuun suuntaan?, kysyy Schünemann aiheellisesti.[182]

Hassemer ei ota selvästi kantaa siihen, mitä hän hyväksyy modernista rikosoikeudesta ja millä tavalla rikosoikeus reagoisi yhteiskuntakehitykseen legitiimisti. Lahti, joka on osittain pyrkinyt vastaamaan Hassemerin kriitiikkiin, on korostanut ainakin Suomessa edetyn sittenkin melko varovasti Hassemerin maalailemien uhkakuvien suuntaan. Rikosoikeuden soveltamisalaa on laajennettu yhteisöllisten oikeushyvien ja vaarantamishakuisuuden suuntaan melko maltillisesti verrattuna siihen, mitä esimerkiksi rikosoikeuskomitea kaavaili.[183]

Lüderssenillä taas korostuu teema siitä, että oikeustieteen pitäisi nojautua kokemukseen ja empiiriseen tietoon. Näin sen tulisi olla teorianmuodostukseltaankin nykyistä realistisempaa. Vaarallisinta rikosoikeuden kehitykselle on ollut, että teoreettinen sosiologia on vaikuttanut rikosoikeuden jäsennyksiin niin voimakkaasti luhmannilaisen systeemiteorian kautta. Siten kehitys on johtanut sellaiseen funktionalismiin, jossa empiirinen tieto on jäänyt täysin sivuosaan.[184]

Prittwitz ja Herzog ovat molemmat jatkaneet rikosoikeuskritiikkiä katsomalla rikosoikeuden joutuvan muuttumaan liikaa, jos sitä pyritään muuntamaan modernin tai jälkimodernin riskiyhteiskunnan tyypilliseksi ohjausvälineeksi. Rikosoikeus ei selviä tuollaisista preventio-odotuksista, vaikka toisaalta joutuu irtaantumaan perinteisestä legitimaatiotaustastaan. Tästä syystä todelliset rikosoikeuden muutostendenssit ovat samalla kriisi-ilmiöitä.

Prittwitz näkee rikosoikeuden kehityksessä kohti suurvaarojen torjuntaa selviä merkkejä siitä, että näin suuntautunut rikosoikeus ei voi olla oikeusvaltiollis-liberalistista. Rikosoikeuden uudet tehtävät johtavat rikosoikeuden kategorioiden, sen käsitteiden muutokseen, kun rikosoikeus sopeutetaan turvavaltion tarpeisiin.[185] Herzogin kaikkein kriittisimmät lausumat koskevat sitä, että rikosoikeuden muuntuessa preventiiviseksi vaarojentorjuntavälineeksi sen suorituskyky ajetaan äärirajoilleen ja samalla heikennetään rikosoikeuden legitimiteettiä. Enää ei ole kyse kaikkien hyväksymien, perustavanlaatuis-

---

[182] *Schünemann* 1995, 210–214. Mainittakoon, että abstraktit vaarantamisrikokset käsittävät Saksassa myös ns. presumoidut vaarantamisrikokset. Ks. esim. *Roxin* 1997, § 11 B II Rn 127.

[183] *Lahti* 1991, 263–269.

[184] *Lüderssen* 1995, 877–906.

[185] *Prittwitz* 1993, 248–260. Ks. väitteiden arviosta *Kuhlen* 1994, 347–367.

ten normien suojaamisesta. Herzog kritisoi yleisesti heteronomis-preventiivisiä rangaistus- ja rikosoikeusteorioita ja kehittelee niille vaihtoehtoa ammentaen hyvin erilaisista lähteistä.[186]

Schünemann rohkenee yleistää ns. frankfurtilaisten kirjoittajien harjoittaman rikosoikeusteorian yhteiseksi nimittäjäksi monistisen individualismin.[187] Ei ole aivan riidatonta, että näin voi tehdä. Esimerkiksi Herzogin töissä on taustana ajatus mitata rikosoikeuden järkevyyttä suhteessa johonkin filosofiseen kokonaisjärjestelmään. Väitöskirjassa (1987) se on Hegelin oikeusfilosofia, kun taas vaarantamisrikoksia käsittelevässä teoksessa (1991) tästä käytetään oikeastaan vain sitä osaa, joka riittää kiistettäessä legitimaatio nykyisiltä abstrakteilta vaarantamisrikoksilta eli niiltä perusteilta, joita kirjallisuudessa on tuon kriminalisointityypin tueksi esitetty.

Frankfurtin koulu on CLS-suuntauksen sukua siinä suhteessa, että molemmissa on moniaineksisuutta ja kiinnostusta valaista niin ratkaisutoiminnan, dogmatiikan kuin kriminalisointienkin kätkettyjä yhteiskunnallisia taustaoletuksia eri keinoin. Samoin kuin CLS, myös Frankfurtin koulu on ollut kiinnostuneempi toimimaan kriittisenä äänenä kuin varsinaisesti kehittelemään omia käsityksiään siitä, millainen rikosoikeus sitten olisi oikeanlaista ja hyväksyttävää. Tässä on frankfurtilaisten kompastuskivi.

Erityisesti Hassemerin kritiikki rikosoikeuden vääränlaisesta modernisoitumisesta on johtanut hänet oikeuspoliittisesti joissakin tapauksissa varsin konservatiivisiin kantoihin. Frankfurtilaiset ovat etsiytyneet rikosoikeuden ja kriminaalipolitiikan yleiskritiikkiin, joka usein on jäänyt rikosoikeuden ulkoiseksi. Tämä ilmenee siinä, että varsin harvoin kritiikki on kohdistettu tarkkaan ottaen juuri tiettyihin laintulkintoihin tai edes tiettyihin lainopillisiin kohteisiin. Esimerkkinä mainittakoon Prittwitzin analyysi riskiyhteiskunnan rikoslainopin muutoksista. Prittwitz tulee lähinnä osoittaneeksi, että riskin ja vaaran käsitteet ovat nousseet keskeisiksi niin modernissa rikosoikeuden normistossa kuin sitä tulkitsevassa lainopissakin. Sen sijaan selvittämättä jää, missä mielessä havaitut muutokset ilmentävät rikosoikeuden kriisitendenssejä.[188]

Voimakas ympäristörikosoikeuden kritiikki on perustettu siihen, että juuri tällä alalla oikeushyvät ovat epämääräisiä yhteisöllisiä oikeushyviä ja lisäksi kriminalisointitekniikka ollut abstrakteja vaarantamisrikoksia korostavaa.

---

[186] *Herzog* 1991, 70–73. Ks. teesejä *Herzog* 1987, 137–151.

[187] *Schünemann* 1995, 203.

[188] Ks. *Prittwitz* 1993, 320–363, 374–386.

Näillä pääperusteilla frankfurtilaiset ovat vastustaneet pyrkimyksiä ympäristönsuojeluun rikosoikeuden keinoin. Schünemann puhuu tässä yhteydessä kriitikoiden epäpyhästä allianssista lyhytnäköisen teollisuuspolitiikan kanssa.[189] Sen sijaan, että tähdättäisiin puutteellisten sääntelyiden saattamiseen tehokkaammiksi ja tasapainoisemmiksi, jäädään yksipuolisesti atavistisen teorian ja kritiikin tasolle. Schünemannin käsitys on, että frankfurtilaiset ovat sinänsä tehneet hyviä havaintoja rikosoikeuden kehitystendensseistä, mutta lopullisessa arviossaan he ovat päätyneet kokonaan vääriin tuloksiin.

Schünemann pyrkii osoittamaan, että ympäristöarvot voidaan nähdä oikeuden syvärakenteen osaksi, joka vaatii oikeutetusti niin lainsäätäjän kuin lainopinkin huomiota.[190] Individualismi ei siten ole ratkaisu ongelmiin, jotka johtuvat siitä, että erilaiset kollektiiviset intressit ovat alkaneet yhä selvemmin hallita rikosoikeuden jäsennyksiä. Frankfurtilaisen rikosoikeuskritiikin heikkona kohtana on sen huojunta kritiikissään klassisten rikosoikeusperiaatteiden ja funktionalistisen aineksen välillä. Schünemann saakin aiheen ihmetellä, miten Hassemer ja muut frankfurtilaiset yleensä pääsevät klassisten oikeusperiaatteiden varaan rakennettuun kritiikkiinsä, kun heidänkin rikosoikeusjattelunsa loppujen lopuksi on funktionalistista. Hassemerin funktionalismi merkitsee vain sitä, että rikosoikeuden suojafunktiot voivat kohdistua ensisijaisesti vain yksilöihin. Siten ongelmana olisi vain se, millainen funktionalismi on rikosoikeudessa hyväksyttävää.[191]

Toinen pääsuunta, joka pystyy rikosvastuun perusteiden teoreettiseen reflektioon, on funktionalistinen rikosoikeusteoria. Siinä taas vikana on yhteiskuntaa koskevan empiirisen tiedon ohentuminen pelkiksi sääntelyjen ja lainopillisten rakenteiden funktionaalisiksi selityksiksi. Monistisen individualismin sijaan tulee nyt monistinen ja normativistis-funktionalistinen rikosoikeusteoria, jossa kokonaisuus nousee hallitsevaan asemaan.[192] Rikos ei enää kohdistu yksilöön tai tarkkaan rajattuihin oikeushyviin, vaan oikeusnormien voimassaoloon. Kaikki sääntelyt voidaan selittää funktionaalisesti, koska funktion osoittaminen on todellisuudessa vain sääntelyn yhteiskuntapoliit-

[189] *Schünemann* 1995, 209.

[190] Ihmiskunnan eloonjääminen on perimmäisenä arvona kollektiivinen. *Schünemann* 1995, 206–207. Schünemann ei jaa frankfurtilaisten käsitystä siitä, että poliittinen valta pyrkii ratkomaan riskiyhteiskunnan järjestysongelmia luomalla tarpeen mukaan asiaan puuttuvia tai symbolisia kriminalisointeja. Ekologisten arvojen vähättely on hänen mielestään osoitus suorastaan oikeushyvien järjestyksen perversiosta.

[191] Hassemerin individualismin kannalta avainteksti on *Hassemer* 1989, 85–94.

[192] *Schünemann* 1995, 217–221.

tisten tavoitteiden ottamista tietoiseksi järjestelmän tulkinnan apuvälineeksi. Erillisiä justifikaatiokysymyksiä ei edes tarvitse esittää.[193]

Usein funktionalistinen teorianmuodostus on ollut yhteydessä analyyttiseen metodiin. Yhtä hyvin Frisch kuin Kindhäuserkin etenevät myös analyyttiseen suuntaan erottaessaan käyttäytymisnormin ja sanktionormin. Näiden normien tarkoitukset poikkeavat toisistaan. Käyttäytymisnormin tarkoituksena on säännellä suhteessa oikeushyviin syntyviä vapauden käytön konfliktitilanteita, kun taas sanktionormin tarkoitukseksi on nähty mm. käyttäytymisnormin voimassaolon ylläpitäminen.[194] Frisch taas pohtii tarkkaan sitä erityistä lisäratiota, jonka vuoksi rikosvastuu tehdään riippuvaksi siitä, syntyykö norminrikkomisesta käyttäytymisnormiin nähden erillinen seuraus.[195] Funktionalismi ilmenee siten siinä suunnassa, josta etsitään vastausta kysymykseen sanktionormin tai seurausvaatimuksen taustaselityksestä. Funktionalisti ei esimerkiksi tyydy selitykseen, että kyse olisi oikeudenmukaisuusperiaatteisiin yhteydessä olevasta vastuunrajoituksesta.

Funktionalismin keskeisenä ilmentymänä, mikä myös paljastaa tietyn yhteyden finalismiin, on käyttäytymisnormien pitäminen vaarantamiskieltoina. Rikosoikeuden normien tarkoituksena on vaikuttaa ex ante potentiaalisen tekijän harkinnassa, mistä syystä teon ja seurauksen välinen kausaalisuhde ei voisi olla sellaisenaan normin sisältönä. Ex ante kausaalisuhdetta ei vielä ole, eikä sen toteutumisesta voi olla täyttä varmuutta. Tämä näkökohta vallitsee esimerkiksi Frischin tahallisuutta ja tunnusmerkistönmukaisuutta koskevissa opeissa.[196]

---

[193] Ks. myös vastaavantyyppistä kysymyksenasettelua vastuu- ja korvaussääntöjen funktioista vahingonkorvausoikeudessa, *Andersson* 1993, 19–20, 246–251. Andersson ottaa kuitenkin huomioon sen, että juuri vahingonkorvauksen erilaiset funktiot – vahingonkorvaus eri perspektiiveistä katsottuna – kytkevät tuon oikeudenalan useisiin tarkoitusperiin. Andersson tahtoo tästä syystä välttää puhetta normin suojelutarkoituksesta, ja puhuu sen sijaan vain yleisesti suojelupäämäärästä (skyddsändamål).

[194] Ks. esim. *Kindhäuser* 1989, 29–34, 132–136.

[195] Ks. *Frisch* 1988, VII–VIII, 509–518 (516): »Die Konzentration der Bestrafung auf Fälle folgenreichen Fehlverhaltens muß damit zu tun haben, daß der Einsatz von Strafe zur Wiederherstellung des Rechtsfriedens, zur Bekräftigung des Geltungsanspruchs der Norm und damit zum Rechtsgüterschutz durch den Aufweis der Unverbrüchlichkeit der Norm in Fällen folgenreichen Fehlverhaltens besonders indiziert und legitimierbar erscheint...»

[196] *Frisch* 1988, 33–44; *Nuotio* 1994, 431–436.

Tällaiseen normikäsitykseen liittyy luonnollisesti se ongelma, että kiellon ala »pyrkii laajenemaan», minkä havainnon teki jo Karl Binding.[197] Vaarantamisrikosoikeuden kritiikin yksi peruste on ollutkin se, että kausaalisuusvaatimuksesta päästään kiertotietä luopumaan, kun rangaistavuutta ei lainkaan kytketä vahingon syntymiseen. Kausaalisuusvaatimus voidaan näin tulkita oikeusvaltiolliseksi rangaistavuutta rajoittavaksi periaatteeksi.[198] Tästäkin syystä on mielenkiintoista tarkastella seuraavassa luvussa kausaalisuusvaatimuksen sisältöä ja kausaalista syyksilukemista ylimalkaan sen hahmottamiseksi, missä suhteessa vaarantamisvastuu oikeastaan poikkeaa seurauksen syntyyn kytketystä vastuusta.

Joachim Vogelin normiteoreettisessa ajattelussa Frischin malli pyritään itse asiassa kääntämään päinvastaiseksi: normin sisältönä on nimenomaan kieltää seurauksen aiheuttaminen. Hänen mukaansa ei ole estettä sille, minkä vuoksi tällaiset aiheuttamiskiellot eivät voisi vaikuttaa ex ante tekijöihin – kunhan normiteoriaa vain täydennetään velvollisuus-käsitteellä. Käyttäytymisnormi koskee seurauksen tuottamista, sanktionormi taas tuon käyttäytymisen laatua.[199] Vogelin normiteoreettiseen analyysiin pohjaavassa rikosoikeusopissa ei sinänsä pidetä mahdollisena normien (sanktioiden) puhtaasti funktionalistista legitimointia. Rikosoikeudellisen moitteen edellytyksenä on sen sijaan, että tekijä on osoittanut itsellään olevan puute »oikeudenmukaisuusasenteessa».[200]

Tyypillisenä sanktionormin funktionalistisena taustaselityksenä on integraatiopreventio Jakobsin tapaan esitettynä. Myös Jakobsilla on taustalla normiteoreettinen erottelu käyttäytymisnormiin ja sanktionormiin, joskaan sitä ei tuoda esiin aivan eksplisiittisesti.[201] Rankaisemisen tarkoituksena on oikeusnormien pätevyyden ylläpitäminen ja kansalaisten keskinäisten pätevien, normatiivisten käyttäytymisodotusten suojaaminen. Oikeusnormien pätevyydelle annetaan puhtaasti funktionalistinen selitys. Tällainen selitys ei ole horjutettavissa, vaikka empiirinen tutkimus kuinka osoittaisi, että useimmat kansalaiset eivät ota esimerkkiä tietynlaisista lainrikkojista eivätkä näiden te-

[197] *Binding* 1919, 400.

[198] Ks. esim. *Prittwitz* 1993, 248–249: »Die Risikoerhöhungslehre, die zunächst die objektive Zurechnung qua Kausalität einschränken sollte, wird zum Frontalangriff auf die Kausalität als Mindesterfordernis legitimer objektiver Zurechnung...»

[199] Ks. esim. *Vogel* 1993, 53–56 ja passim.

[200] *Vogel* 1993, 65–66.

[201] Ks. esim. *Jakobs* 1991, 1 Rn 4–16.

kemiset ehkä muutenkaan estä muita yleisellä tasolla luottamasta siihen, että normeja noudatetaan.

Jakobsin funktionalismi on puhtaasti normatiivista, koska systeemitasoiset funktionalistiset selitykset eivät ole purettavissa testattaviksi empiirisiksi hypoteeseiksi. Jakobsin funktionalismi onkin tietyllä tapaa lähellä systeemiteorioita, mutta myös hegeliläistä oikeusajattelua. »Geltungin» ylläpitäminen edellyttää käsitteellisesti sanktiointia, joka on siten aina myös »Vergeltungia». Systeemiä rikkova joutuu sanktion kohteeksi, koska hän on rikkonut pätevää normia. Teollaan hän uhmaa normin pätevyyttä, jonka palauttamiseksi sanktio on saatettava voimaan. Rangaistuksen oikeutus on sen preventiivisessä välttämättömyydessä.[202] Rangaistus on »auf Kosten des Täters vollzogene Widerspruch gegen den Normbruch...»[203]

Viimeisimmissä kirjoituksissaan Jakobs on selvästi pyrkinyt etenemään saksalaisen idealismin suuntaan, yhdistäen luhmannilaiseen systeemiteoriaan elementtejä hegeliläisestä teon filosofiasta.[204] Erityisesti Hegelille keskeinen persoonan käsite tulee rikastuttamaan tässä suhteessa tyhjyyttään kumisevaa luhmannilaista systeemiteoriaa, jossa persoonat ovat kuin näkymättömässä pisteessä – havainnoitsijoina.

Jakobsin varhemman systeemifunktionalismin ongelmaksi onkin tunnustettu, että siinä teoria jää täysin aseettomaksi suhteessa rikosoikeuteen valtiovallan taholta kohdistuviin muutospaineisiin. Funktionalistinen rikosoppi lukee oikeutta puhtaasti funktioidensa näkökulmasta, joten siinä ei voida esittää asetetun oikeuden legitimiteettiin liittyviä kysymyksiä.

Todellisuudessa Jakobsin systeemifunktionalismi onkin ehkäpä yksinkertaistettu muunnelma Luhmannin yhteiskunnan ja oikeuden suhdetta koskevasta systeemiteoreettisesta ajattelusta. Oikeudellisen päätöksenteon problematiikka, joka Luhmannille on itse asiassa varsin keskeinen, jää lähes tyystin tarkastelun ulkopuolelle. Luhmannille oikeuden ja käyttäytymisodotusten yhteys rakentuu siitä, että normeilla on ajallista kestoa, mistä syystä normeilla voidaan sitoa aikaa. Sen vuoksi oikeus on erityisellä tavalla sosiaalisesti välttämätön. Luhmann kuitenkin pitää selvästi epäilyksen alaisena, voidaanko oikeuden osoittaa toteuttavan suoraan sosiaali-integratiivista tehtävää. Hän näkee oikeuden arvon ennen muuta sellaisena kiintopisteenä, jon-

---

[202] Jakobs siis käyttää luhmannilaista oikeussosiologiaa tavalla, joka olisi Luhmannille itselleen vieras. Luhmannhan ei itse väitä, että sosiologisen kuvauksen tasolla liikkuva teoria oikeudesta samastuisi siihen, mitä oikeusteoriat pyrkivät olemaan.

[203] *Jakobs* 1991, 1 Rn 10.

[204] *Jakobs* 1992, passim; *Jakobs* 1993, passim; *Jakobs* 1995, passim.

ka avulla voidaan kommunikoida odotuksia. Normin funktio ei olisi siinä, että se välttämättä ohjaa, motivoi tms., vaan siinä, että sillä suojataan toisella olevaa odotusta norminmukaisesta käyttäytymisestä.[205]

Osa perinteistä dogmatiikkaa saa Schünemannilta nimen »folgenlose Dogmatik». Sillä tarkoitetaan täysin perustaltaan reflektoimatonta, lainopin oman tradition puitteissa liikkuvaa dogmatiikkaa. Toinen tapa sanoa sama asia olisi: oikeuskäytäntöä reflektoidaan lainopin tason systematisoinnissa ja tulkinnassa, mutta reflektio ei ulotu lainoppiin itseensä. Teoreettisen lainopin erona reflektoimattomaan lainoppiin on juuri se, että teoreettisessa lainopissa on havaittu tarve lainopin oman tehtävän teoreettiseen perustelemiseen. »Vaikutukseton lainoppi» viittaa lainopin yhteiskunnallisen vaikutuksen vähentymiseen. Sen vaikutuksesta näet ad hoc -ratkaisut lisääntyvät oikeuskäytännössä. Mitä enemmän on tällaisia kannanottoja, sitä helpompi on oikeuskäytännön ottaa tieteestä vain haluamansa tulokset.[206]

Neljäs rikosoikeusteorian pääryhmistä taas on dualistista, jossa vältetään niin individualistinen monismi kuin äärimmäinen funktionalismi. Ilmeisesti lähinnä Roxin ja Schünemann itse edustavat tätä suuntaa. Siinä pyritään yhdistämään asialogiikkaa praktiseen järkeen tavalla, joka voisi asiaankuuluvasti perustella rikosoikeuden postmodernissa yhteiskunnassa.[207] Asioiden luonteen tunnustaminen merkitsee, että Schünemann ei täysin kiistä yhteiskuntatodellisuuden määrittävän sitä, mitä oikeuden tulee olla. Tämä näkyy esimerkiksi siinä, miten hän kritisoi Jakobsin tapaa käsittää herruusvaatimus tekorikoksissa. Jakobsille herruus on ainoastaan jotakin, joka ilmenee normatiivisesta syyksilukemisesta.[208] Praktinen järki taas viitannee erityisesti rikosoikeudelle asetettavaan tarkoituksenmukaisuuden vaatimukseen. Tämä taas ilmentää sitä, että Schünemann luonnollisesti katsoo itsekin edustavansa funktionalismia, tarkemmin sanottuna sellaista funktionalismia, joka ottaa huomioon yhteiskunnalliset tosiasiat.

---

[205] »Die Norm verspricht nicht ein normgemäßes Verhalten, sie schützt aber den, der dies erwartet.» Ks. *Luhmann* 1993, 124–143 (135).

[206] *Schünemann* 1995, 221–229.

[207] *Schünemann* 1995, 203.

[208] *Schünemann* 1995, 220–221; *Jakobs* 1991, § 1 Rn 7. Ks. myös *Schünemann* 1995a, 74–80. – Mainittakoon, että teonherruus- tai hallintavaatimus, joka vastaavasti esiintyy myös Jareborgilla, on hänen teon huolimattomuus -opissaan selvästi tosiasiallinen eikä pelkästään oikeusjärjestyksen asettamiin vaatimuksiin perustuva. Ks. esim. *Jareborg* 1994, 30–31 (30): »Att en handling är kontrollerad innebär att gärningsmannen på order kan avsluta eller hejda det kausala skeende som hans handlande innebär... Det rör sig således om en persons *förmåga* [kurs. NJ] att göra något visst som har kausala konsekvenser.»

Funktionalismissa korostetaan, että rikoslainopin perusta on rikosoikeuden kriminaalipoliittisissa funktioissa. Mikään ei estäisi esimerkiksi talioperiaatteen toteuttamisen katsomisen rikosoikeuden funktioksi. Käytännössä funktionalismi liittyy erityisesti preventiivisten funktioiden korostamiseen. Se funktionalistinen rikosoikeusajattelu, joka pisimmälle on työstänyt esimerkiksi oppia objektiivisesta syyksilukemisesta, on ollut funktionalistista juuri tässä mielessä.

4.10 Johtopäätöksiä

Vaikuttaa siltä, ettei funktionalistien ja heidän kriitikoidensa kiistaan ole yhtä ja selvää vastausta. Oikeuden moderni säädännäistyminen on samalla itsenäistänyt sitä. Niin erityisen osan kehitys kuin vastuumuotoja koskevat muutokset ovat osa nykyistä rikosoikeutta. Vain huomattavan vahvaan oikeusfilosofiaan sitoutumalla voitaisiin säädännäinen rikosoikeus alistaa suoraan filosofiselle kritiikille. Saksassa tämäntasoinen kritiikki ottaa filosofiset lähtökohtansa lähinnä kantilais-hegeliläisellä suunnalla. Oikeuspoliittisesti se vaikuttaa usein nykypäivänä konservatiiviselta. Frankfurtilaiset kriitikot tukeutuvat osaksi tähän perinteeseen, mutta eivät kuitenkaan sellaisenaan. Kriitikot ovat nostaneet esille tärkeitä teemoja, joita funktionalistit eivät ole nähneet ongelmaksi. Toisaalta lainopilliset kehittelyt ovat pisimmällä funktionalistien piirissä.

Roxinilaisessa oikeuspositivismissa lainoppi sidotaan lakiin. Samalla lainoppi pakotetaan tukeutumaan sellaisiin kriminaalipoliittisiin näkökohtiin, jotka toisaalta eivät välttämättä ilmene laista. Arvostukset eivät siis saisi olla oikeustieteen omia, vaan ne pitäisi lukea lainsäädännöstä. Toisaalta lainsäädäntö ei välttämättä tarjoa tällaisia arvostuksia. Tuloksena saattaa olla projektio, jossa lainopin harjoittaja ja tuomari projisoi kriminaalipoliittiset arvostuksensa lainsäätäjän arvostuksiksi. Kriminaalipoliittiset arvostukset tehdään lain nimessä. Roxin sanookin, että oikeustieteilijä osaa lukea lainsäätäjän tekstiä paremmin kuin lainsäätäjä itse. Tutkija löytää lainsäädännöstä sen periaatteet.[209]

Roxinin kriminaalipoliittisen rikosoikeuden systeemikonseption suurimmat ongelmat liittyvät yleisellä tasolla siihen, että oikeusvaltiolliset, rangaistavuutta rajoittavat periaatteet tai niiden käsitteelliset ilmentymät eivät tule

[209] *Roxin* 1997, § 7 V Rn 72. Schünemann pitää tätä tapausta esimerkkinä puhtaasta utilitarismista. *Schünemann* 1992, 162.

kovin selvästi esiin silloin, kun lakiin sisältyviä periaatteita tulkitaan kriminaalipoliittisten arvostusten valossa. Tuntuu epäuskottavalta, että rangaistavuutta periaatteellisessa mielessä rajoittavat rikosoikeuden traditioon kuuluvat elementit järjestään palvelisivat kriminaalipoliittisia tavoitteita. Kriminaalipoliittinen korostus systematisoi rikosoikeutta ohjausvälineenä tavoitteidensa toteuttamiseksi.

Kriminaalipoliittisesti perustellussa konseptiossa justifikaatioulottuvuus siirtyy koskemaan sääntelyiden tehokkuutta. Systematisoitavuuden ajatuksesta pidetään tiukasti kiinni, mutta systematisoinnin perustana käytetään puhtaan utilitaristisia argumentteja. Oikeudenmukaisuus alistetaan kriminaalipolitiikalle. Dworkinilaisittain voisi sanoa, että Roxin kääntää rights-teesin nurinniskoin: politiikat käyvät yksilön oikeuksien yli.[210] Habermasilaisittain asian taas voisi ilmaista siten, että Roxin käsitteellistää rikosoikeutta enemmän ohjausvälineenä kuin instituutiona.[211]

Itse olen lähtenyt siitä, että rikosoikeusajattelun keinoin tulisi voida lähestyä myös konkreettisia lainopillisia ongelmia. Frankfurtilaiset kriitikot eivät tätä ehtoa kokonaan täytä. Lähden siis siitä, että vaikka filosofiaan ei voida näin suoraan tukeutua, on välillinen filosofian tuki mahdollinen. Rikosoikeuden traditiosta on mahdollista aktivoida tiettyjä rangaistavuutta rajoittavia oikeusperiaatteita, ja modernissa rikosoikeudessa ne voivat saada tukea myös säädännäisestä oikeudesta. Perusoikeuksiin, erityisesti niiden muodostamaan järjestelmään tukeutumalla voidaan ikäänkuin elvyttää jokin osa idealistisesta oikeuskritiikistä. Tästä on nähdäkseni kyse myös Habermasin oikeusajattelussa.[212]

Oikeusvaltion rekonstruktiossa Habermasin tapaan voidaan osoittaa säädännäisen oikeuden yhteys oikeuksien järjestelmään. Säädännäinen oikeus toteuttaa niin oikeusvaltiollisia kuin hyvinvointivaltiollisia tehtäviä. Kysymys nimenomaan vaarantamisrikosten legitimaatiosta on osoittautunut vaikeaksi, kun ajatellaan lainsäätäjällä periaatteessa olevan valta päättää siitä, millä tavalla yksilön oikeudet konkreettisesti toteutetaan.

---

[210] Periaatteiden ja politiikkojen jaottelusta ks. *Dworkin* 1977, 22–23.

[211] Habermas itse liikkuu paremminkin toiseen suuntaan. Oikeus toimintajärjestelmänä nähdään yhä selvemmin elämismaailman osana. *Habermas* 1992, 108.

[212] Myös Roxin katsoo jatkavansa sotien välisen ajan uuskantilaisen ja uushegeliläisen ajattelun jäljillä. Uuskantilaisten kulttuuriarvojen paikan ottavat vain kriminaalipoliittiset arvostukset. Viittaus on tarkoitettu liittymään nimenomaan ns. objektiivista syyksilukemista koskevan opin kehittelyyn. *Roxin* 1997, § 7 III 24–26.

Vaarantamiskriminalisointien legitimaatio-ongelma koskee sitä, puututaanko tällaisilla normeilla liian paljon yksilön vapauksiin. Edellä on erityisesti Habermasin, Alexyn ja Dworkinin käsityksiä tarkastellen voitu selvittää, mistä asiassa on kyse. Säädännäisessä oikeudessa hyvinvointivaltiolliset oikeuksien suojatehtävät muokkaavat oikeuksien järjestelmää kokonaisuutena. Sen vuoksi oikeusvaltion rekonstruktio ei voi ulottua sellaisenaan sääntelyiden sisältöihin, vaan rajoittuu menettelyllisiin seikkoihin. Vaarantamiskriminalisoinneilla uhattaisiin periaatteessa yksilön autonomiaa, toimintavapautta ja itsemääräämisoikeutta, ellei oikeusjärjestyksen toteuttamista suhteutettaisi myös muunlaisiin oikeushyviin.

Hyvinvointivaltion oikeudessa rikosoikeudelliset syyksilukemismallit muuntuvat. Muutosta tapahtuu yhtäaikaisesti useassa suunnassa. Oikeushyväopit kehitetään selittämään rikosoikeuden suojelutehtäviä. Rikosvastuuta ei enää edellytä ja oikeuta niinkään metafyysinen hyvitysajatus kuin käytännöllinen oikeushyvien suojan tarve. Tällainen käsitys sopii entistä paremmin rikosoikeuteen, jossa selvästikin säännellään yhä useammin yhteiskuntaan ja valtioon kohdistuvia tekoja. Tuottamus- ja vaarantamiskriminalisoinnit lisääntyvät niin määrältään kuin merkitykseltään. Tahallinen tekorikos ei enää ole kiistattomasti hallitseva rikossääntelyn malli. Preventiiviset sääntelytarpeet osoittavat hyödylliseksi vaarallisten toimintojen sääntelyn jo sinänsä, seurauksen syntymisestä riippumatta. Toisaalta myös seurauksen syyksilukemista koskevissa kysymyksissä teon vaarallisuus saa kasvavaa merkitystä. Rikoksen rakenteessa ns. objektiivinen puoli jossain määrin itsenäistyy suhteessa syyllisyydessä arvosteltaviin asioihin.

Säädännäisessä rikosoikeudessa olisi uudestaan etsittävä niitä mittapuita, joilla sääntelyiden hyväksyttävyyttä voitaisiin uudessa tilanteessa mitata. Olennaisin kriteeri on se, miten sääntely palvelee oikeuksien toteutumista järjestelmänä. Vaikka tällaisten mittapuiden löytäminen yleisellä tasolla voi olla vaikeaa, konkreettisissa kysymyksissä otetaan aina kantaa oikeusjärjestelmän sisältöön.

Rikosoikeuden alaa rajoittavia näkökohtia saattaisi nousta myös siitä, että moderni yhteiskunta ymmärrettäisiin moniarvoiseksi. Esimerkiksi Rawlsin uudemmassa oikeudenmukaisuusteoriassa ei enää mielletä yhteiskuntaa utopistiseen tapaan sellaiseksi, jossa elettäisiin jaetussa arvomaailmassa, vaan konsensus (»overlapping consensus») vallitsee – mahdollisesti – ainoastaan tietyistä yhteiselämän perusarvoista.[213] Olisikin ajateltavissa, että rikosoikeu-

[213] Rawlsin argumentaatio etenee siten, että järkevästä pluralismista huolimatta tiettyjä konstitutionaalisia periaatteita voidaan pitää hyväksyttyinä, ja tästä eteenpäin pääs-

den legitiimeintä alaa olisi suojata niitä arvoja, joista yhteisymmärrys vallitsee. Rawlsin versiota yhteiskuntasopimusteoriasta on rikosoikeudellisessa keskustelussa käytetty hyväksi kehiteltäessä ajatusta rangaistuksesta reilun pelin siirtona.[214] Hän ei ehkä enää pitäisi oikeutettuna toteuttaa kriminalisoinnein sellaisten etujen suojaa, joista ei lainkaan vallitse konsensusta ja joita ei voisi pitää kansalaisten tarpeisiin nähden primäärisinä hyvinä.[215] Liberalistille erityisesti vapausoikeuksien takaaminen on välttämätöntä lainsäädäntöä kehitettäessä. Rawls korostaa yksilön oikeuksien etusijaa yhteisöllisiin tavoitteisiin nähden. Hän ei kuitenkaan varsinaisesti tähtää sellaiseen teoriaan, jolla olisi mahdollista mitata normatiivisesti sitä, mitä valtiovallan tehtäviin legitiimisti kuuluu. Rawlskin on kuitenkin hyvinvointiliberalisti.

Onkin jätettävä avoimeksi kysymys siitä, millä edellytyksin säädännäisen oikeuden jokin instituutio tai yksittäinen normi voisi olla yksiselitteisesti epäoikeudenmukainen. Oma lähtökohtani on tässä työssä, että yksilön autonomialla, jota lainsäädäntö suojaa ja ilmentää, mutta jota se myös saattaa kaventaa, on joka tapauksessa tulkinnallista merkitystä rikoslain soveltamisessa. Tähän voidaan viime kädessä perustaa myös arvopohjaisten oikeusperiaatteiden kyky asettua kriittiseen suhteeseen säädännäiseen oikeuteen nähden. Kriminaalipoliittinen tausta-ajattelu on taipuvaista korostamaan ylioptimistisesti rikoslainsäädännön kykyä tuottaa haluttuja vaikutuksia yhteiskunnassa. Siksi kriminaalipoliittista näkökulmaa on tarpeen rikastuttaa valtiovallan norminantovaltaa rajoittavilla yksilönsuojan näkökohdilla. Tämä edellyttää käsittääkseni jonkintyyppistä liberalistista taustaa rikosoikeuden tarkastelulle.

Toisaalta on varottava sitä, että korostetaan liikaa liberalististen oikeudenmukaisuusperiaatteiden itsenäistä tehtävää rangaistuskäytäntöjä legitimoivana aineksena. Yksilöautonomia on olennaisilta osiltaan oikeudellinen konstruktio. Yksilönvapaudella on runsaasti myös käytännöllisiä tosiasiallisia edellytyksiä, joita valtiovallan tulee turvata. On kuitenkin tarpeellista pitää mielessä se, että rikoslainsäädännössä ja -soveltamisessa kaiken aikaa myös negatiivisesti määritetään yksilön oikeuksia. Rangaistava teko ei koskaan voi

---

tään tukeutumalla poliittisen liberalismin teoriaan, jonka mukaisin menettelyin säädetään lainsäädännöstä. Rawlsinkin teoria on siten pitkälle menettelyllinen, jopa enemmän kuin Habermasin proseduraalinen teoria. *Rawls* 1993, 134–172.

[214] Ks. keskustelusta *Lappi-Seppälä* 1987, 133–138.

[215] Primäärisia hyviä ovat ennen kaikkea perusoikeudet ja -vapaudet sekä toimeentulo ja varallisuus samoin kuin itsekunnioituksen sosiaaliset perusteet. *Rawls* 1993, 181.

olla yksilön oikeus, mutta rankaisemattomaankin tekoon voi liittyä muita oikeudellisia sanktiointeja.

Oikeudenmukaisuus- ja tavoitteellisuus-näkökohtien jännite on osa kaikkea rikosoikeutta. Sen vuoksi rikosoikeudessa ei voida luoda mallia, joka kykenisi täydellisesti sovittamaan nämä erisuuntaiset näkökohdat yhdeksi teoriaksi. Tästä syystä rikosoikeudellinen lainsäädäntötyö avautuu kriminaalipoliittiselle argumentaatiolle aivan samassa mielessä kuin lainsoveltamistyö avautuu niin arvo- kuin tavoitepohjaiselle oikeudelliselle argumentaatiolle.

Seuraavassa pääluvussa tarkastellaan modernien rikosoikeudellisten kausaalisuusoppien muotoutumista ja sisältöä. Käsitykset rikosoikeuden tehtävistä ovat heijastuneet myös kausaalisuusoppeihin. Kausaalisuusvaatimuksen analyysi on keskeinen osa myös teon käsitteen merkitystä rikosoikeudessa. Kausaalisuusjakson jälkeen siirrytään vaarantamisen erityiseen problematiikkaan, minkä jälkeen lopuksi palataan justifikaatiokysymyksiin.

II LUKU
KAUSAALISUUS JA SYYKSILUKEMINEN

1. Kausaalisuus

1.1 Aluksi

Critical Legal Studies -suuntausta edustava Mark Kelman on käsitellyt liberaaliin poliittiseen teoriaan hänen mukaansa välttämättä sisältyvää myyttiä kausaalisuuden arvioinnin objektiivisesta luonteesta.[1] Tässä kritiikissään Kelman osuu hyvin kipeään kohtaan, joka ikään kuin pakottaa kausaalisuusväitteitä tarkastelevan tarkentamaan filosofisia lähtökohtiaan.

Kelman väittää, että kumpikin amerikkalaisen lainopin valtavirtauksista, libertarianismi ja tehokkuus-suuntautuneisuus, ovat luottaneet liikaa siihen virheelliseen ajatukseen, että kausaalinen epävarmuus olisi perifeerinen kysymys.[2] Kelman kehittelee teemaa erityisesti vahingonkorvausoikeuden teorian kannalta. Tieto siitä, mitä seurauksia mihinkin käyttäytymiseen on todellisuudessa kytkeytynyt, on hänen mukaansa edellytys sille, että noiden toimintojen oikeudellinen merkitys voidaan määrittää. Toisaalta tietyn yksilön tietty toiminta on vain harvoin yksin ja ainoa syy tapahtuneeseen. Tämän vuoksi kausaalisuutta koskevat kysymykset ovat usein vaikeita, eikä kausaalisessa syyksilukemisessa päästä täyteen objektiivisuuteen.[3]

Oikeudellisesta vastuun kannalta kausaliteetteja tarkastellaan vielä aivan tietystä näkökulmasta. Oikeudellisesti kausaalisuusvaatimus on osa syyksilukemisen vaatimuksia. Vaikka kausaalisuhteet voi sinänsä mieltää maailmassa »faktisiksi», niiden oikeudellisen merkityksen määrittäminen tapahtuu aina suhteessa oikeusjärjestelmään.

---

[1] *Kelman* 1987, passim.
[2] *Kelman* 1987, 580.
[3] *Kelman* 1987, 586–590.

Tässä luvussa tarkastellaan aluksi kausaalisuutta arkiajattelussa ja filosofiassa. Sen jälkeen siirrytään rikosoikeuden kannalta relevanttien kausaalisuusoppien kehityksen tarkasteluun. Tällä luodaan perustaa myöhemmälle kausaalisuuden ja syyksilukemisen yhteyden käsittelylle samoin kuin nykyisten kausaalisuusoppien ja normatiivisten syyksilukemisoppien käsittelylle. Kausaalisen syyksilukemisen tarkastelu taas on edellytyksenä vaarantamisrikosten vaara-edellytysten tyydyttävälle ymmärtämiselle. Kausaalisuutta koskevan arvostelman luonne on selvitettävä, jotta voidaan saada käsitys vaara-arvostelman luonteesta.

Teko eli käyttäytyminen, vaara ja seuraus ovat keskeisimmät syyksilukemisen kohteet, ja rikosoikeudessa oikeudenalan normisto määrittää niitä sisältöjä, joita näille käsitteille tai syyksilukemisen rakenteille annetaan. Kausaalisuutta koskeva arvostelma on argumentatiivinen, koska oikeudelliseen vastuuseen liittyvän kausaalisuusväitteen todentaminen edellyttää vertailuoperaatiota, eli sen ottamista huomioon, millä tavoin tapahtumainkulku oli eronnut toteutuneesta, jos olisi toimittu niin kuin olisi pitänyt. Vastaavanlaisia vertailuoperaatioita tarvitaan myös vaarantamisen merkitystä määritettäessä.

Vahingonkorvausoikeudessa on käsitelty ns. differenssioppia, jonka avulla on pyritty täsmentämään vahingon suuruus. Korvattava vahinko voi enimmillään olla koko syntynyt määrä, mutta usein vastuuta rajaavat periaatteet rajoittavat korvattavan vahingon tätä pienemmäksi.[4] Rikosoikeudessa kausaalisuusvaatimukselle voi asettaa samantyyppisen tehtävän. On selvitettävä ne rajat, joiden puitteissa rikosvastuu ylipäätään voi tulla kysymykseen silloin, kun rikosvastuu lainsäädännössä on kytketty seurauksen aiheuttamiseen. Toisaalta alun alkaen rikosoikeudellisten kausaalisuusoppien osana on kehitetty tekijän vastuuta rajoittavia periaatteita. Nuo rajoittavat periaatteet liittyvät rikosoikeudessa lähinnä oppiin ns. sallitusta riskistä ja sosiaaliadekvanssista sekä seurauksen ennakoitavuuteen.

Luvun lopussa selvitellään nykyisiä oppeja objektiivisesta syyksilukemisesta ja teon huolimattomuudesta. Näihin oppeihin on yhtäältä pyritty kokoamaan vastuuta seurauksen synnystä rajoittavia periaatteita. Toisaalta kriminaalipoliittinen rikosoikeuden normien suojatehtävä on voinut kääntää ajatuksen niin päin, että tekijän vastuu myös seurauksen syntymisestä perustetaan jo siihen, että hän on lisännyt seurauksen riskiä. Osoittautuu tärkeäksi erottaa erilaisia syyksilukemisen malleja, jotta seurausrikoksissa voidaan pitää kiinni niille tyypillisistä syyksilukemisen rakenteista.

[4] Ks. esim. *Hemmo* 1994, 58–84.

1.2 Kausaalisuus arkiajattelussa

Tavallisessa elämässä ollaan usein hyvinkin vakuuttuneita erilaisten ilmiöiden välisistä syy-yhteyksistä ilman, että lainkaan osataan muotoilla yleisiä lainalaisuuksia, joilla näitä partikulaarisia kausaalisuusväitteitä voitaisiin perustella. Auton vauhti kiihtyy, kun painan kaasua, ja hidastuu, kun painan jarrua. Jos näin ei tapahdu, jossakin on vikaa. Arkiajattelu riittää tavallisesti sekä ilmiöiden ennustamiseen että niiden selittämiseen. Kun tiedän autoni olevan kunnossa, voin myös ennakoida sen, että sen vauhti kiihtyy, jos painan kaasupoljinta. Ja vastaavasti sen jälkeen kun näin on tapahtunut, voin selittää vauhdin kiihtymisen sillä, että olin painanut kaasupoljinta. Voin melkeinpä tuntea sen, miten vauhdin kiihtyminen aiheutuu polkimen painalluksesta, ja tuntea mielihyvää auton hallinnasta. Auton moottorin voima on kuin omaani.[5] Asia on kuitenkin kaikkea muuta kuin selvä.[6]

Arkiajattelussa kausaalisuuden ymmärretään »olevan maailmassa» eli syy-vaikutussuhteina todellisten ilmiöiden välillä. Arkiajattelussa ilmeisestikin kausaalisuus, aiheuttaminen, ymmärretään läheisessä yhteydessä teon käsitteeseen. Kausaalinen aiheuttaminen on sitä, että jotakin voidaan tehdä, saada tekemällä aikaan, jos halutaan. Vastaavasti seurauksen syntymisen jälkeen tapahtumienkulku selitetään tietystä teosta johtuneeksi.[7]

Tällaista inhimillisen toiminnan ajatuksen varaan rakentuvaa kausaalisuuskäsitystä kutsutaan manipulatiiviseksi.[8] Ihminen manipuloi toiminnallaan »luontoa» tarkoitustensa mukaisesti. Teoria manipulatiivisesta kausaliteetista saa tukea arkiajattelusta, joskin arkiajattelussa kausaalisuuden käsite on laajempi. Esimerkiksi tulivuorenpurkauksessa syöksyvän laavan katsotaan ilman muuta voivan aiheuttaa kylän tuhoutumisen, vaikka ihminen ei pysty tällaista ilmiötä saamaan aikaan.[9]

Arkiajattelussa lähdetään siitä, että normaalisti se, mikä on pätenyt aikaisemmin, pätee myös tulevaisuudessa. Hissin voi tilata nappia painamalla, ja meillä on runsaasti kokemusta siitä, että tämä on onnistunut. Ellei ole

---

[5] Ks. myös *Hart – Honoré* 1985, 29–30.

[6] Voiman, syyn ja vaikutuksen käsitteiden merkitysero on tässä yhteydessä kiinnostava. Henkitieteellisessä traditiossa liitetään voiman käsitteeseen jokin sisäinen kokemuksellinen ulottuvuus, joka puuttuu ulkoisemmasta syyn ja vaikutuksen käsitteistöstä. Ks. esim. *Gadamer* 1990, 209. Voiman käsitteeseen kuuluu tietty potentiaalisuus, kyky tuottaa vaikutuksia silloin, kun voimaa halutaan käyttää.

[7] Ks. esim. *von Wright* 1971, 64–69.

[8] Manipulatiivisesta kausaliteetista ks. yleisesti *Koriath* 1994, 447–449.

[9] Esimerkistä ks. *von Wright* 1971, 70.

syytä olettaa, että hississä olisi jotakin vikaa (ei ole siitä kertovaa ilmoitusta), tai että olisi sähkökatkos (kerroksessa olevat sähkövalot ovat päällä), tai että joku muu olisi sen jo tilannut toiseen kerrokseen, olemme varsin luottavaisia sen suhteen, että hissi myös tulee.

Arkikokemuksemme koskee siis sitä, mikä pätee normaalisti. Ulotamme sen myös toisten ihmisten toimintaan. Jos tilaan pizzan kotiini, suhtaudun yhtä lailla optimistisesti siihen, että pizza aikanaan myös tuodaan. Jos joku kysyisi pizzaa tuovalta lähetiltä, miksi hän tuli pizzan kanssa tähän osoitteeseen, hän vastaisi luultavasti, että hän tuli tuomaan pizzaa, joka oli tänne tilattu. Jos taas minulta kysyttäisiin, mistä johtui, että tänne tuotiin pizza, selittäisin tapahtuman luonnollisesti sillä, että olin itse sen aikaisemmin tilannut. Mieleeni ei edes juolahda pohtia erilaisia kuviteltavia vaihtoehtoja sille, mitä olisi saattanut todellisuudessa tapahtua.

Jos A on toistaiseksi yleensä tullut ajoissa aamulla työpaikalleen, me sanomme, että hän normaalisti tulee ajoissa työpaikalleen ja odotamme hänen tuloaan sen mukaisesti. Arkiajattelumme pätee (ainakin) silloin, kun mitään normaalista poikkeavaa ei ilmene, ja voisi sanoa, että tämä on suorastaan perustavin tavanomaisuuden kriteereistä. Normaalia on se, mikä on itsestäänselvää eikä kaipaa selitystä. Usein kuitenkin voimme halutessamme selvittää asiaa ja saada selvyyttä siihen, onko uskomuksemme ollut perusteltu vai onko sitä syytä muuttaa.

Arkikokemuksemme voi olla kuitenkin pettävä tiedon lähde. Induktiivinen päättely on tunnetusti epävarmaa. Voi käydä kuin kuuluisalle kanalle, joka uskoi, että saa jyviä aina aamuisin, kun isäntä tulee sen luo. Yhtenä aamuna sen kaula lyötiin poikki. On niinikään harhaanjohtavaa ajatella, että käytännöllinen osa arkikokemuksesta olisi ylipäänsä »kausaalitietoa». Esineiden käyttäminen edellyttää vain harvoin niiden toimintaperiaatteiden tuntemista. Usein on olennaisempaa tietää, kuka osaa korjata esineen, jos siihen tulee vika.[10]

1.3 Filosofinen keskustelu kausaalisuudesta

Filosofinen keskustelu kausaalisuudesta lähti arkikokemuksen kannalta epäilyttävän teoreettiseen suuntaan Humen tieto-opillisesti äärimmäisen skepti-

[10] Sosiaalisessa tietovarannossa kausaalisuhteita koskeva tieto edustaa vähäistä osaa. »Minulle on esimerkiksi yhdentekevää, kuinka vaimoni valmistaa suosikkigulassini, kunhan vain lopputulos vastaa odotuksiani.» *Berger – Luckmann*, 1994, 52–57. Ks. myös esim. Giddensin havaintoja siitä, miten ihmisen on vain luotettava erilaisten asiantuntijajärjestelmien ym. toimintaan ilman, että hän voisi ymmärtää niiden sisäisiä toimintaperiaatteita. *Giddens* 1993, 83–111.

sessä ajattelussa.[11] Kartesiolaisessa ajattelussa samoin kuin skolastikoilla kausaalinen suhde käsitettiin välttämättömäksi ja rinnastettiin loogiseen suhteeseen. Hume taas muotoili empiristisen käsityksen, jonka mukaan kausaalisuus koskee tosiasioita, tapahtumia. Kontingenttien tosiasioiden suhteet eivät voi olla loogisia. Humelainen kausaalisuus on tapahtumakausaliteettia. Humen myötä alkaa moderni filosofinen keskustelu kausaliteetista.[12]

Humen mukaan kausaalisuhde ei ole looginen ja käsitteellisestä välttämättömyydestä seuraava, vaan syy ja vaikutus ovat erillisiä tapahtumia. Siksi kausaalisuhde ei voi olla looginen suhde, vaan se on tosiasiallinen, maailmassa oleva, ja vaatii kokemusperäistä perustelua. Kokemus ei kuitenkaan kerro meille tulevaisuudesta, eikä oikeuta uskomaan, että seuraus välttämättä seuraisi syytä. Kausaalisuus tosiasiallisena ilmiönä onkin Humelle psykologista assosiaatiota: ilmiöiden säännöllinen seuraanto saa ne liittymään yhteen tajunnassamme. Kausaalisuhteita ei voida havaita sellaisenaan, vaan ainoa mitä havainto voi koskea, on ilmiöiden muuttumaton seuraanto.[13]

Humen skeptinen empirismi leimasi irrationaaliseksi tavanomaisen uskon siihen, että toistaiseksi havaitut lainalaisuudet pätevät tulevaisuudessa. Hume tarkasteli kysymystä kausaalitiedosta kahden ongelman kannalta. Niitä yhdisti se, että kummassakin oli kyse väitteiden oikeutuksen riittävyydestä. Ensimmäinen ongelma oli looginen: onko oikeutettua päätellä kokemuksemme mukaan toistuneiden yksittäistapauksien perusteella, että kokemuksemme mukainen pätee myös tulevissa yksittäistapauksissa? Humen vastaus oli selkeän kieltävä. Edes todennäköisyyspäätelmä ei olisi loogisesti mahdollinen. Toinen kysymys taas oli psykologinen: minkä vuoksi järkevät ihmiset kuitenkin odottavat ja uskovat, että tulevat kokemukset tulevat vastaamaan jo saatuja kokemuksia? Humen vastaus kuului: tottumuksesta. Toiston ja ajatusten assosiaation vuoksi olemme tottuneet näin tekemään. Humelle psykologinen usko oli käytännön välttämättömyys, mekanismi jota ilman olisi mahdotonta elää, mutta jolla ei ollut teoreettista perustelua.[14] Humelaista kausaalisuusoppia kutsutaan usein kausaalisuuden regulariteettiteoriaksi.[15]

---

[11] Popperin mukaan Humen lähtökohta oli selvästikin arkiajattelussa ja sen mukaisessa realismissa, mutta hänen tietoteoreettinen ajattelunsa teki hänestä skeptikon todellisuuteen nähden, mikä vei idealismiin. *Popper* 1984a, 88–89.

[12] *Russell* 1961, 638.

[13] *Hume* 1938, 58–89.

[14] *Popper* 1984, 3–4; *von Wright* 1971, 34–35; *Russell* 1961, 638–647.

[15] Ks. myös rikosoikeudellisessa tutkimuksessa harvinaista tiivistelmää *Koriath* 1994, 406–410.

Hume kritisoi erityisesti käsityksiä, että kausaalisuudessa olisi kyse joidenkin metafyysisten voimien vaikuttamisesta. Humen skeptisessä tieto-opissa myös induktiivinen metodi sai hylkäävän tuomion. Humen mukaan ei ole mitään perusteita olettaa, että ne säännönmukaisuudet, joita tähän mennessä olemme havainneet ilmöiden suhteissa, pätisivät tulevaisuudessa. Tällaisista kysymyksistä ei voi olla tietoa.[16]

Hyvin tunnetuiksi ovat tulleet Humen kausaalisuhteelle kokemuksen varaisen tietämisen pohjalta esittämät määritelmät.[17]

> Keskenään samanlaiset oliot ovat aina kytkeytyneinä toisiin keskenään samanlaisiin, sen opettaa kokemus. Tämän kokemuksen mukaisesti me näin ollen saatamme määritellä syyn *olioksi, jota seuraa toinen, jolloin kaikkia edellisen kanssa samanlaisia olioita seuraavat jälkimmäisen kanssa samanlaiset oliot*, tai toisin sanoen, *jolloin siinä tapauksessa, että edellistä ei olisi ollut, toistakaan ei koskaan olisi ollut.* Syyn esiintyessä mieli aina totunnaisen siirron kautta johtuu vaikutuksen mielteeseen. Tämäkin on kokemusseikka. Tämän kokemuksen mukaisesti saatamme näinollen muodostaa toisen syyn määritelmän ja nimittää siksi *oliota, jota toinen seuraa ja jonka esiintyminen aina johtaa ajatuksen tähän toiseen.* [Kurs. DH]

Määritelmän eri osat ovat asiallisesti ottaen erilaisia. Ensimmäiseksi kausaalisuhde määritellään »positiivisesti» muuttumattomana seuraantona. Syy ja vaikutus ovat yksittäisiä tapahtumia (olioita), jotka kuuluvat tiettyyn tapahtumien luokkaan. Kausaalisuhteen käsillä ollessa seuraanto koskee muuttumattomana kaikkia samanlaisia eli samaan luokkaan kuuluvia tapahtumia. Toisena osana edellisestä johdetaan *e contrario* nykyistä kausaalisuuden kontrafaktuaaliteoriaa muistuttava määritelmä. Lopuksi otetaan määritelmään mukaan vielä psykologinen assosiaatio.

Humen empirismissä ihmistä käsiteltiin puhtaasti luonnonobjektina. Moraaliset tieteet eivät periaatteessa eronneet luonnontieteestä. Tästä syystä kausaalisuuskysymykset olivat ihmisten toiminnan osalta samanlaisia kuin luonnonilmiöitä selitettäessä.

Immanuel Kant lähti filosofiassaan etsimään toista ulospääsytietä skeptismiin johtaneesta empirismin umpikujasta. Kantin tietoteoriassa kausaalisuus käsitettiin havainnon muodoksi, ymmärryskyvyn edellytykseksi, trans-

---

[16] Hart ja Honoré näkevät Humen merkittävällä tavalla selventäneen kysymystä kausaalisuudesta ja kiinnittäneen huomiota siihen, että partikulaarisia kausaaliväitteitä aina on tuettava yleistyksillä. Ks. yleisesti Humen kausaalisuusopista *Hart – Honoré* 1985, 10–20; *Mackie* 1974, 3–28; *Niiniluoto* 1983, 34–35.

[17] *Hume* 1938, 111.

sendentaaliseksi kategoriaksi.[18] Siten kausaalisuusperiaate, jonka ongelmallisuuden empiirisen tiedon kannalta Hume oli osoittanut, muuntui aprioriseksi. Empiirisen tiedon mahdollisuudet tulkittiin uudelleen. Tietoteoriassa oli kyse teoreettisen ja tietävän subjektiivisuuden transsendentaalisesta teoriasta.[19]

Ihmisen havainto ei ainoastaan heijastellutkaan sellaisenaan todellisuutta, kuten empiristit olivat opettaneet. Olioista sinänsä (»das Ding an sich») ei ollut mahdollista saada lainkaan tietoa. Kokemamme ilmiömaailma oli tästä erillinen. Tuotamme itse siihen rationaalisen järjestyksen, joka vasta mahdollistaa sen kokemisen. Aikaa tai paikkaa ei ole itsetajunnasta riippumatta maailmassa, vaan se on havainnon ja kokemuksen edellytys, puhtaan ymmärryksen kategoria.[20] Kokemustieto voidaan loogisesti ymmärtää konstituutioprosessiksi, jossa passiivisen vastaanottamisen ohella edellytetään aktiivisia tekijöitä. Tällaisia edellytyksiä ovat tiedon kohteiden aistimellisuus, ajatuksellisuuden mahdollistava käsitteellisyys sekä arvostelukyky. Näillä kolmella kyvyllä on Kantin mukaan myös kokemuksesta riippumaton puolensa.[21]

Kant ei sinänsä juuri täsmentänyt sitä, mitä kausaalisuus tietoisuuden jo järjestämässä ilmiömaailmassa oikeastaan tarkoittaa. Tästä syystä Kantin vaikutus sisällöllisiin kausaalisuusteorioihin on jäänyt vähäiseksi. Ilmeisesti Kantkin käsitti ilmiömaailmassa kausaalisuuden olevan säännönmukaista seuraantoa, ja oikeastaan hyväksyi Humen kannan tässä suhteessa.[22] Praktisen

[18] Kantin filosofian voi suorastaan nähdä yrityksenä vastata systemaattisesti Humen tieteellisen tiedon mahdollisuuksia koskeneeseen kritiikkiin. *Mackie* 1974, 88–91. Kant katsookin joutuvansa rakentamaan metafysiikan tieteen perustan aivan uudelta pohjalta. Ks. esim. *Kant* 1989 (1783), 5–16; Humen kausaalisuuskäsitysten kritiikistä, ks. *mt.*, 76–80; Kantin oma todistus kausaalisuhteen luonteesta on keskeinen osa puhtaan järjen kritiikkiä, *Kant* 1956 (1781), 241–259. Syysuhteesta luontoon kuuluvana ilmiömaailman tason asiana, luonnonvälttämättömyytenä, sekä suhteessa ihmisen vapauteen tietoisena ja vastuullisena toimijana, *Kant* 1961 (1788), 144–171. Ks. yleisesti *Beauchamp* 1974, 12–31.

[19] Ks. tästä *Popper* 1984a, 93–94; *Niiniluoto* 1983, 37–39; *Höffe* 1985, 14–16.

[20] Kantin voi sanoa tematisoineen filosofiassaan monia sellaisia kysymyksiä, jotka edelleenkin ovat rikosoikeudellisenkin vastuun kannalta relevantteja ja keskustelunalaisia. Kantin vaikutus liberalistiseen oikeuskäsitykseen on ollut huomattava. Suurimman osan nykyisestä rikosoikeuden tutkimuksesta voi sanoa pohjaavan jossakin mielessä kantilaisiin oletuksiin. Esimerkiksi toisintoimimismahdollisuuden perustelu ei voine olla täysin empiristinen. Norrie kytkee liberalistisen oikeusvaltiollisen »oikeusmuodon» hahmotuksen kantilaisiin vaikutuksiin. *Norrie* 1991a, xiii–xviii ja passim.

[21] *Höffe* 1985, 19–23.

[22] *Mackie* 1974, 90.

järjen kritiikissä Kant vastaavasti selvitteli siveellisyyden apriorisia edellytyksiä, kuten transsendentaalista vapauden käsitettä ja tunnettua kategorisen imperatiivin perustelua.[23] Kantin vaikutusvaltaiseen filosofiaan ei ole tässä tarvetta paneutua enemmälti.

John Stuart Mill kehitteli A System of Logic -teoksessaan positivistisessa hengessä luonnontieteellisen tutkimuksen metodeja. Hän omaksui Humelta ajatuksen, että kausaalisuudessa on kyse muuttumattomasta seuraannosta. Millin mukaan kausaalisuus on määriteltävä riittävien ehtojen avulla. Tapahtumisen lainalaisuudet koskevat ainoastaan kokonaisia edellytyskomplekseja, joista tosin ollaan käytännöllisessä mielessä taipuvaisia valitsemaan jokin edellytyksistä, ja kutsumaan sitä seurauksen »syyksi», mutta Millin mukaan filosofisessa mielessä tämä ei ole sallittua.[24] Filosofisesti puhuen »syy» on »the sum total of the conditions positive and negative taken together; the whole of the contingencies of every description, which being realised, the consequent invariably follows.»[25]

Millin metodologisena uutuutena oli induktiivisen, kokeellisen tutkimuksen metodien kehittely, ja periaatteessa hän oli valmis soveltamaan samanlaista kausaalisen selittämisen mallia myös ihmisen toimintaan ja yhteiskuntatieteeseen. Mill kuuluu niihin, jotka korostavat kokemustiedon merkitystä, mutta jotka samalla ulottavat luonnontieteellisen tutkimuksen metodit ihmistä tutkiviin tieteisiin.[26]

Kokemustiedon luonteen selvittäminen ja painottaminen teki Millin opeista kiinnostavan lähteen myös juridiikan teoreetikoille siinä vaiheessa, kun puhtaan filosofinen systeeminrakentelu oli menettänyt suosiotaan.

Millin filosofinen syysuhteen määrittely asetti kuitenkin syysuhteen kriteerit erittäin vaativiksi. Jos kausaalisuhde olisi käsillä vasta, kun tunnetaan mm. tapahtuman kaikki positiiviset ja negatiiviset edellytykset, ei käytännössä ole toiveita päästä koskaan täysin todentamaan yksittäistä kausaaliväitettä.

David Hume varsinaisesti asetti kausaalisuutta koskevan kriittisen kysymyksen ja muotoili siihen oman vastauksensa. Nykyinenkin tieteenfilosofi-

---

[23] *Höffe* 1985, 23–26.

[24] *Mill* 1906, 214.

[25] *Mill* 1906, 217.

[26] Ks. esim. *Gadamer* 1990, 10–12. Hänen mukaansa Millin metodologisissa käsityksissä oli olennaista se, että metafysiikasta kuviteltiin päästävän eroon. Koska ei tutkita ensisijaisesti yksittäisen vaikutuksen syytä, vaan todetaan säännönmukaisuuksia, ei ole väliä sillä, uskotaanko esimerkiksi tahdonvapauteen vai ei. Yleisellä tasolla yhteiskuntaelämän ilmiöiden ennustaminen on mahdollista kaikesta huolimatta.

nen keskustelu kausaalisuudesta kulkee paljolti Humen osoittamissa teemoissa. Mill kehitteli regulariteettiteoriaa kytkemällä kokemuksellisen elementin *post hoc, propter hoc* -erossa seuraannon luonnonlainmukaisuuteen. Tämä haara on työstänyt luonnontieteen teoriaa varten mm. deduktiivis-nomologisen selitysmallin.[27] Olennaista tässä selitysmallissa on yleisen tason lainalaisuuksien käyttö kausaalisissa selityksissä ja käsitys selittämisen ja ennustamisen symmetrisyydestä. Selitettävä tapahtuma (explanandum) selitetään deduktiivisen mallin mukaan, jossa selittävistä ehdoista ja yleisistä lakiväitteistä (yhdessä: explanans) johdetaan selitettävä tapahtuma. Mallissa on siis kyse subsumtiosta.

Humen määritelmän toinen osa taas on saanut jatkoa kausaalisuuden kontrafaktuaaliteorioissa. Yksi regulariteettiteoriaa ja kontrafaktuaaliteoriaa yhdistelleistä kirjoittajista on rikosoikeuden teoriaankin vaikuttanut John Mackie. Kontrafaktuaaliteoria on asiallisesti ottaen lähellä rikosoikeudessa yleistä conditio sine qua non -teoriaa. Mackie kehittää myös kausaalisen kentän käsitteen; tapahtumisen normaalit edellytykset eivät ole sen syitä.[28]

Mackien teoria on yksi tapa pyrkiä luomaan teoriaa, joka tyydyttäisi myös tavanomaisen ajattelun vaatimukset,[29] ja joka samalla vastaisi sellaisten erityistieteiden kuten juridiikan tarpeisiin. Common sense -ajattelun suuntaan on edetty myös radikaalimmalla tavalla. Tällaisesta olkoon esimerkkinä Hartin ja Honorén common sense -kausaalisuusperiaatteiden varainen syyksilukemismalli, joka pohjaa intuitioon ja luonnolliseen kielenkäyttöön. Mackien *inus*-malliin sekä Hartin ja Honorén oppeihin palataan tuonnempana.

Humanistista traditiota lähestyy myös von Wright kausaalisuusteoriassaan. Hän määrittelee kausaalisuuden teon käsitteen avulla ja selittää tekoja praktisen syllogismin kaavaan perustuen. Deduktiivis-nomologinen selitysmalli sulkeutuu tekojen osalta kokonaan pois, koska teot eivät ole tapahtumia.[30] Teon ja kausaalisuuden käsitteet ovat määriteltävissä ainoastaan toistensa avulla. Tekojen selittäminen ja ymmärtäminen taas pohjaavat tekojen

---

[27] DN-selitysmallista on erilaisia muunnelmia. Esimerkiksi Koriath selvittelee niitä eroja, joita Hempelin-Oppenheimin mallilla on Stegmüllerin kehittelemään verrattuna. Stegmüllerille kausaalinen selitys on DN-mallin mukaisen selityksen erityistapaus. Stegmüller myös osaksi luopuu perinteisestä syyn ja vaikutuksen terminologiasta. *Koriath* 1988, 67–74.

[28] *Mackie* 1974, 34–37 ja monin kohdin.

[29] *Mackie* 1974, 36.

[30] Varsinaiset hermeneutikot eivät hyväksyisi praktista syllogismia selitysmalliksi. Ks. esim. *Winch* 1976, 123–135. Koriathin mukaan deduktiivis-nomologinen selitysmalli on tieteenfilosofiassa väistymässä pragmaattisempien kausaalisten selitysten edessä, tai ai-

tulkintaan intentionaalisina. Von Wright työstää myös kausaalisuhteen loogista analyysiä. Filosofisiin kausaalisuusteorioihin palataan jäljempänä oikeudellisten kausaalisuusoppien yhteydessä.

1.4 Popper ja »objektiivinen tieto»

Popperin tieteenfilosofiassa keskeiseksi nousee kamppailu inhimillisen tiedon mahdollisuuksien puolesta Humen lohduttomia johtopäätöksiä vastaan. Popperin ratkaisu induktion ongelmaan on ongelman eliminoiminen uudelleentulkinnalla; Popper kieltää itsekin induktion pätevyyden, mutta puolustaa kuitenkin arkikokemuksen asemaa tiedon lähteenä. Korvaamalla Humen »kokemus» singulaarisilla havaintolauseilla ja tulevaisuutta koskeva kokemus selittävällä yleisellä teorialla voidaan Humen loogisen induktion ongelma[31] muotoilla uudestaan, kahdella tavalla. Ongelmat ovat seuraavat:

1) Voidaanko väite, että selittävä yleinen teoria on tosi, oikeuttaa »empiirisin perustein»?

Popperin vastaus tähän ongelmaan on kieltävä, aivan kuten Humella. Mikään määrä havaintoja ei ole riittävä oikeuttamaan väitettä, että selittävä teoria on tosi. Induktion ongelma voidaan kuitenkin nyt muotoilla toisella tavalla, edellistä yleisemmin.

2) Voidaanko »empiirisin perustein» oikeuttaa väite, että selittävä yleinen teoria on tosi tai väärä? Voiko siis se, että jotkin kokemuslauseet ovat tosia, oikeuttaa joko väitteen, että yleinen teoria on tosi, tai väitteen, että se on väärä?[32]

Tähän kysymykseen voidaankin Popperin mukaan vastata joskus myöntävästi.[33] Joskus, jos on onnea, voidaan totuuden ja epätotuuden näkökulmasta tehdä eroa teorioiden välille empiiristen perusteiden pohjalta, erityisesti ti-

---

nakin jonkinlaista lähentymistä olisi tapahtumassa. *Koriath* 1994, 437–443. Ks. myös Ricoeurin esitystä peittävän lain selitysmallista ja sen murtumisesta; Ricoeur itse pitää välttämättömänä kytkeä tieteellinen selittäminen alkuperäisempään narratiiviseen ymmärtämiseen. Narratiivissa *post hoc* on aina myös *propter hoc*. *Ricoeur* 1984, 111–143.

[31] Humen ongelmaksi kutsutaan nimenomaan induktiivisen päättelyn sallittavuuden ongelmaa, tietoa »lisäävän» päättelyn mahdollisuutta. Ks. yleisesti *Niiniluoto* 1983, 33–49.

[32] *Popper* 1984a, 7.

[33] Popper irrottaa toisistaan kaksi Humella yhdessä esiintyvää ongelmaa, induktion ongelman ja kausaliteetin ongelman. Hume kiisti (yhdessä) niiden kummankin aseman tiedon hankinnassa. Popper katsoo, että induktion ongelma voidaan ratkaista vain Humen tapaan negatiivisesti, mutta kausaliteetin ongelmaan voidaan löytää ratkaisu. Esim. *Popper* 1984, 86–93.

lanteessa, jossa on useita kilpailevia selittäviä yleisiä teorioita.[34] Popperin ratkaisu induktio-ongelmaan on epäsuora. Yleisiä teorioita ei voi empiirisin perustein, havaintojen perusteella todistaa tosiksi, mutta joskus ne voivat saada epäsuoraa tukea sitä kautta, että ne eivät ole tulleet falsifioiduiksi, eli osoittautuneet vääriksi.[35] Popperin tieteenfilosofiassa selittävät yleiset teoriat ymmärretään hypoteeseiksi, ja ne säilyttävät aina tämän ominaisuutensa, vaikka voivatkin »kehittyä». [36]

Popper oli tunnetusti empiristi ja realisti.[37] Hän myös oletti, että on olemassa ulkomaailma fysikaalisena todellisuutena, jota teorioilla voidaan kuvata ja josta voidaan myös saada »objektiivista tietoa». Tällainen tarskilainen totuusteoria on tyypillinen käsiterealistin ontologialle.[38] Tiedon ja tieteen kohde on olemassa ulkomaailmassa.

On tuskin väärin sanoa, että viimeistään Foucault'n tiedon arkeologian jälkeen tällainen käsitys on käynyt teoreettisessa tutkimuksessa yhä harvinaisemmaksi. Diskurssiteorioiden nousu ilmentää muutenkin myös toisentyyppisen todellisuuskäsityksen esiinmurtautumista; totuuden konsensusteoria »syrjäyttää» korrespondenssiteorian, todellisuus ymmärretään diskurssin sosiaaliseksi konstruktioksi siinä missä jopa subjekti itsekin, ja kommunikaatio tulee keskeiseksi teemaksi. Esimerkiksi Foucault, Habermas, Luhmann ja Teubner ovat kukin omalla tavallaan erkaantuneet naiivin arkirealismin filosofisista lähtökohdista.

Popper jakaa ilmiöt kolmeen »maailmaan» kuuluviksi. Fysikaaliset esineet tai asiaintilat kuuluvat niistä ensimmäiseen, tajunnan tilat tai henkiset

---

[34] *Popper* 1984a, 8.

[35] Falsifioitavuudesta ks. esim. *Popper* 1984, 47–59, 77–96. Tästä ks. myös *Niiniluoto* 1983, 137–142. Läheneekö tällainen »teoriaevoluution» kautta maailmasta saatava »tieto» totuutta, on ollut monien tieteellisten kiistojen kohteena. Popperinkin kanta on hieman epäselvä. Etenkin hän vastustaa sitä, että teorioiden totuudesta puhuttaisiin todennäköisyyksinä, eikä hänen falsifikationistinen teoriansa oikeastaan ole induktiivinen teoria lainkaan, vaan deduktion muodossa kuvattava.

[36] *Popper* 1984a, 9. – Hypoteesiluonteisuus johtuu juuri siitä, että ensimmäiseen ongelmaan ei voida vastata myöntävästi.

[37] Realismista ks. esim. *Popper* 1984a, 37 ss. Tieteellisestä realismista yleisesti *Tuomela* 1983, passim. – Popperin kriittinen rationalismi merkitsee erityisesti filosofiassa ja yhteiskuntatieteessä ankaraa metafysiikan kritiikkiä. Ks. yleisesti *Popper* 1974, passim. Tämä teos on selvästi inspiroinut Rossia hänen oikeuspolitiikan roolia koskevassa analyysissään; ks. *Ross* 1974, 340–357.

[38] Popper on määrittelee totuuden korrespondenssiteorian mukaisesti väitteiden (teorioiden) vastaavuudeksi todellisuuden kanssa. *Popper* 1984, 44–52. Monesti popperilaista realismia on kutsuttu – ilkeään sävyyn – metafyysiseksi realismiksi.

tilat kuuluvat toiseen maailmaan, ja »maailma 3:ssa» ovat objektiiviset ajatussisällöt, erityisesti tieteelliset ja runolliset ajatukset sekä taide-teokset.[39]

1.5 Pohdintaa rikosoikeuden teoriaa silmällä pitäen

Empiristisen tieteellisen ajattelun kritiikissä Hume, itsekin empiristi, lähti siis siitä, että kokemustietoon luottaminen oli psykologinen tosiasia, välttämätön inhimillisen elämän kannalta käytännössä, mutta teoreettisessa mielessä kestämätön tiedon lähde. Popper pyrki palauttamaan arkikokemuksen ja arkikäsitysten yhteyden tieteelliseen tietoon, ja hän käsittikin tieteellisen tiedon arkikokemuksen johdannaiseksi.[40] Popperin mukaan tieteellisen tiedon samoin kuin kriittisen filosofiankin tuli ottaa lähtökohdakseen arkiajattelu ja edetä sitä kritisoimalla.[41] Arkitietomme ja havaintomme ovat teoriasidonnaisia, ja edistys tietämisen alalla on aikaisemman tiedon muuttumista.[42]

Arkiajattelun suurin virhe on Popperin mukaan se, että tieto käsitetään siinä pohjimmaltaan subjektiiviseksi asiaksi, ja totuus kytketään siihen, että uskomuksen haltijalla on uskomukseensa riittävät perusteet. Tiedon luonne käsitetään tällöin väärin, kun vaaditaan tiedolta niin paljon, että suurin osa tieteellisestä tiedosta sulkeutuu sen ulkopuolelle.[43]

---

[39] *Popper* 1984a, 109. – Maailma 3 muistuttaa Platonin ideoiden maailmaa. Habermasin mukaan »merkitysplatonikkojen» Fregen, Husserlin ja Popperin kolmen maailman oppi ei ole vähempää metafyysinen kuin subjektiivisen idealismin kahden valtakunnan oppikaan. *Habermas* 1992, 27–28. Popper on kiinnostunut maailma kolmesta ennen muuta siitä tietoteoreettisesta näkökulmasta, että tieteen kehitystä voidaan kuvata ajatusten ja teorioiden tuotantona. Taustalla oleva toiminnan käsitys on instrumentalistinen, eikä se laajene Weberin tapaiseksi sosiaalisen toiminnan teoriaksi. Ks. *Habermas* 1987, 114–120.

[40] Arkikokemuksen ongelmallisuus yksinomaisena tiedon lähteenä on selvää jo sen vuoksi, että niin monet common sensen piiriin kuuluneet käsitykset ovat aikojen kuluessa osoittautuneet vääriksi – klassisena esimerkkinä uskomus siitä, että aurinko kiertää maata. Luottamus common senseen on myös voinut tarkoittaa sitä, että asiaa ei tarvitse enempää tutkia, koska se jo tiedetään. Pragmaattisen, common senseen luottavan perinteen heikkouksista tältä kannalta *Atiyah* 1987, 134–142.

[41] *Popper* 1984a, 33–34.

[42] Esim. *Popper* 1984, 72–73. Arkitiedon kompleksisuutta korostaa myös *Feyerabend*, 1981, 31–35: jo homeerisessa common sense -ajattelussa käytettiin hyväksi monimutkaisia käsitteitä. Ks. myös Feyerabendin mielenkiintoisia kommentteja arkiajattelun asemasta Platonin ja Aristoteleen ajattelussa, *mt.*, 39–45. – Popperin em. ajatusta muistuttavan suhteen kuvaa Giddens puhuessaan tieteellisen tiedon refleksiivisyydestä ja implementaatioista arkikäsityksissä. Giddenskin – tosin sosiologisesta näkökulmasta – korostaa arkikokemuksen merkitystä. *Giddens* 1993, 36–45.

[43] *Popper* 1984a, 76–79. Popperin kuvaus arkiajattelun mukaisesta tietoteoriasta tu-

Popper ei siis väitä, että tieteellinen tieto olisi totta ja että siihen olisi syytä sokeasti uskoa. Toisin kuin Hume, hän ei ylimalkaan katso tiedon pohjaavan siihen, että »havainnoidaan muuttumattomia seuraantoja». Popperin mukaan ei kuitenkaan ole irrationaalista uskoa käytännössä tieteen tuloksiin, koska ei ole mitään rationaalisempaa kuin kriittinen keskustelu, ja se taas on tieteen metodi.[44] Tieteeseen on siis pakko luottaa, koska ei ole mitään parempaakaan.

Tieteellinen ajattelu ottaa lähtökohdakseen arkiajattelun, mutta kehittyy olennaisesti tiukemman kriittisen teoriaevoluution kautta. Arkiajattelu taas puhuu realismin mukaisen todellisuuskäsityksen puolesta. Idealismi hylätään mm. sen vuoksi että se on arkiajattelun vastaista. Realismi, myös tieteellinen realismi, liittyy kiinteästi arkikokemuksen ja arkiajattelun ottamiseen tieteellisen ajattelun lähtökohdaksi.

Popper viittaa siihen, että vaikka Hume kiisti induktio-periaatteen oikeutuksen, ei hän pitänyt sitä käytännön elämässä tarpeettomana. Popper katsoo poistaneensa tämän ristiriidan teorian ja käytännön väliltä. Koska kausaalisuusperiaatteen ongelma on ratkaistavissa muotoilemalla ongelma uudella tavalla, voidaan käytännöllisen toiminnan järkevyyden kriteeriksi ottaa vastaavuus parhaan käytettävissä olevan teorian kanssa. Käytännössä voi olla järkevää toimia erilaisten arkiajatteluun kuuluvien kokemussääntöjen varassa, ellei niitä parempaa tieteellistä teoriaa ole.[45]

Kriittisen rationalismin tieteellinen ohjelma on kuitenkin perustellusti riitautettavissa monistakin lähtökohdista. On tarpeetonta mennä tässä lähemmin siihen kohdistettuihin kritiikkeihin.[46] Ainakin varhaisemmassa saksalaisessa tieteessä Popperin tieteenfilosofian kritiikki tuli ennen muuta kahdelta suunnalta, Karl-Otto Apelin antropologisesta hermeneutiikasta ja Frankfurtin koulun piiristä. Kummassakin suuntauksessa katsottiin Popperin tieteen-

---

lee hyvin lähelle sitä, miten saksalaisessa rikosprosessioikeudessa on kuvattu tuomarin vapaa todistusharkinta vakuuttuneisuuden pohjalta.

[44] *Popper* 1984a, 27.

[45] Tähän suuntaan viittaa *Popper* 1984a, 95–98.

[46] Tätä popperilaista suuntausta edusti saksalaisessa sosiologiassa ns. positivismikiistan aikaan ennen muuta Hans Albert. Ks. tästä esim. *Albert* 1985, passim. Albertin johtopäätökset oikeustieteen suhteen veivät sosiaaliteknologiseen korostukseen ja perinteisen dogmatiikan vastustamiseen. *Harenburg* 1986, 230 ja monin kohdin. Kritiikeistä tieteenfilosofiselta kannalta ks. esim. *Feyerabend* 1981, 326–363. Enemmänkin yhteiskuntapoliittiselta ja yhteiskuntatieteelliseltä kannalta *Spinner* 1978, *Spinner* 1982, molemmat passim.

teorian pätevyyden rajoittuvan vain eksaktien luonnontieteiden alueelle, eikä ongelmitta sinnekään.[47]

Nykyisen filosofian alueelta on helpompaa osoittaa arkiajatteluun tiedon lähteenä ja perusteena skeptisesti suhtautuvaa filosofista tutkimusta kuin sellaista, joka jakaisi Popperin lähtökohdan. Filosofinen keskustelu osoittaa yhtäältä sen, että kokemus on tärkeä osa kaikkea tietoa, mutta millä tavalla ja missä mielessä, sitä on vaikeampi sanoa. Esimerkiksi Derrida näkee kokemuksen käsitteen »kuuluvan metafysiikan historiaan»; se on käsite jota voidaan käyttää ainoastaan »sous rature», yliviivattuna, kirjoitettuna tavalla, jossa näkyy yhtä aikaa sana ja sen poistaminen.[48] Kokemuksen toden luonteen selvittäminen on myös Gadamerin filosofisessa hermeneutiikassa keskeinen teema. Gadamer syyttää sekä luonnontieteitä että hengentieteitä tieteellisestä kokemuksen objektivoinnista, mistä on seurannut kokemuksen historiallisuuden kieltäminen. Teoria siitä, mitä kokemus on, on jäänyt puuttumaan.[49] Gadamerille kokemuksessa on aina jotakin olennaisesti negatiivista tai dialektista: kokemus korjaa aikaisempaa käsitystä. Kokemuksen negatiivinen merkitys onkin itse asiassa sen produktiviteetin ydin.[50]

Oikeustieteen, erityisesti rikosoikeustieteen kannalta on joka tapauksessa tärkeää kiinnittää huomiota siihen, että tieteellisen tiedon ja arkitiedon yhteydellä on ilmeisestikin huomioon otettavia seurauksia. Keskeisimmin näkisin tämän koskevan aineellisen rikosoikeuden ja prosessioikeuden suhdetta. Jos nimittäin aineellisessa rikosoikeudessa otetaan lähtökohdaksi idealistinen filosofia tai vaikkapa luonnonoikeusajattelu, esimerkiksi kantilaisuus, arvofilosofia, welzeliläinen finalismi, jokin olennaisesti hengentieteellinen näkökulma, päädytään helposti käsitteellistämään rikosoikeutta täysin rikosprosessioikeudesta erillään.

Kausaalisuusoppien kohdalla tämä saattaisi näkyä siten, että aineellisen oikeuden opeissa ei oteta huomioon eikä käsitellä sitä kysymystä, miten kausaalisuhteet voidaan näyttää toteen. Rikosprosessioikeudessa, jossa näytön arviointiin liittyvä problematiikka on jatkuvasti esillä, on huomattavasti vaikeampi omaksua sellaista filosofiaa, joka ei saisi myös arkiajattelun tukea ja joka ei jossakin mielessä tukeutuisi luonnontieteelliseen todellisuuskäsitykseen.

Esimerkiksi Cohenin todistusteoriassa arkiajattelunkin nähdään operoivan samanlaisella induktiivisen todennäköisyyden logiikalla, jota käytetään

[47] Ks. esim. *Oetjens* 1970, 14–16.

[48] *Derrida* 1976, 60–61. Ks. myös Spivakin laatimaa esipuhetta, mt. xv–xx.

[49] *Gadamer* 1990, 352–353.

[50] *Gadamer* 1990, 359. – Popperin käsityksessä on näin Gadamerinkin kannalta hiven totuutta.

tieteessä hypoteeseja testattaessa. Arkiajatteluun kuuluu karkeita yleistyksiä, joiden varassa voidaan päätellä induktiivisia todennäköisyyksiä mm. sen suhteen, miten toiset ihmiset tavallisesti toimivat ja millaisia aikomuksia heillä on. Myös oikeudellisia näyttöteorioita voidaan hänen mukaansa analysoida tai rekonstruoida induktiivisen todennäköisyyden teorian pohjalta.[51]

On vaikea kuvitella, että rikosprosessioikeudessa käytettävät kokemussäännöt olisivat mielekkäästi ymmärrettävissä sellaisen filosofisen katsomuksen pohjalta, joka ei lainkaan jaa uskoa arkiajattelun tai tieteellisen ajattelun pätevyyteen. Arkikokemustakin on kuitenkin monenlaista.

Kysymys on kaikkiaan monimuotoisesta asiasta. Esimerkiksi modernissa funktionalistisessa rikosoikeusajattelussa suuntaudutaan empiiristen yhteiskuntatieteitten mukaan, ja luotetaan siihen, että näiden tieteiden asiantuntemuksen varassa voidaan rationaalisesti ratkaista erityyppiset lainsoveltamiskysymykset. Funktionalistisessa ajattelussa on tyypillistä, että ratkaisut koskevat päätösten tulevia seurauksia, ovat prognostisia ja ennakoivia. Usein on ongelmana kuitenkin se, ettei tällaista tietoa ole saatavilla tai se on vaikeasti sovellettavissa yksittäistapauksiin. Kunz on kiinnittänyt näyttöharkinnassa huomiota siihen, että tämäntapaiset tendenssit johtavat eräänlaiseen näennäistäsmällisyyteen ja arkiajattelun merkityksen ongelmalliseen korostumiseen ratkaisutoiminnassa.[52]

Kaikki rikosoikeudelliset vastuukriteerit on voitava näyttää toteen rikosprosessissa. Tiedon tarve on viime kädessä käytännöllinen. Asiantuntijalausunnoilla ja asiantuntijatodistelulla on luonnollisesti merkitystä tieteellisen tiedon välittäjinä rikosjutun ratkaisun perusteeksi. Kun syysuhde on epäselvä, voidaan sen vallitsemisesta yleensä turvautua asiantuntijalausuntoihin. Aineellisen rikosoikeuden selvitettävänä taas on, mitä kausaalisuhteelta rikosvastuun perusteena vaaditaan.

Kausaalisuuskysymyksistä on periaatteessa mahdollista harjoittaa tutkimusta niin, että näyttökysymyksiä ei pohdita. Honkasalon monografia aiheesta käy esimerkkinä.[53] Kotimaisessa keskustelussa tahallisuusopista on ollut esillä se vaatimus, että omaksuttavan teorian tulisi olla sovitettavissa yhteen näyttöä koskevien mahdollisuuksien kanssa, mikä palvelisi myös oikeusvarmuutta.

---

[51] Beyond reasonable doubt -vaatimus edellyttää, että jokainen relevantti epäilyn peruste on poissuljettava; »A merely fanciful possibility, however, is not a ground for reasonable doubt.» Ks. *Cohen* 1977, 245–252.

[52] *Kunz* 1993, 196.

[53] *Honkasalo* 1933, passim.

Tämän näkökohdan on katsottu puhuvan todennäköisyystahallisuusmallin puolesta ns. tahtoteorioihin verrattuna.[54]

Rikosoikeudessa luonnontieteellisen ajattelun vaikutus ei kuitenkaan ole ollut kovin välitöntä. Esimerkiksi filosofisen antropologian vaikutus oli kyllä voimakasta Saksassa Welzelin aikaan, kun uuskantilaisesta tiedon kritiikistä tahdottiin edetä kohti vahvempaa metafysiikkaa, ja filosofian piirissä voimakas hermeneutiikan traditio on heijastunut myöhemminkin rikosoikeustieteeseen.

Kausaalisuuteen liittyvissä teoreettisissa kysymyksissä on oikeustieteessä kuitenkin mielellään ajateltu niin, että nämä kysymykset käytännössä selviävät viittaamalla filosofiassa ja luonnontieteessä varmistettuihin tietoaineksiin tai niitä reseptoimalla.[55]

Rikosoikeuden ja rikosprosessioikeuden yhteys siis edellyttää tiettyä avautumista empiiristen tieteiden suuntaan. Tämä ei kuitenkaan vielä tarkoita sitä, että oikeustieteen itsensä tulisi suuntautua empiiristen tieteiden metodologian mukaisesti. Todellisuutta koskeva tieto on lainsäätämisen ja lainsoveltamisen kannalta relevanttia, mutta oikeudellisessa ratkaisutoiminnassa ja oikeustieteessäkin on kyse myös muusta kuin päätymisestä yleisiin teorioihin. Oikeudellinen ratkaisu ei – siltä osin kuin siinä tulkitaan maailmaa ja siinä vallitsevia syy-yhteyksiä – tähtää noitten yhteyksien yleistämiseen. Oikeustieteellisessä tutkimuksessa kiinnostus kausaliteettiin on samantyyppistä kuin historioitsijan kiinnostus. Rikosoikeudessa ollaan kiinnostuneita siitä, voidaanko jokin aiheutus lukea oikeudellisesti jonkin henkilön syyksi. Kausaalisuus liittyy aina nimenomaan yksilölliseen syyksilukemiseen. Yksilöllinen syyksilukeminen on tavallaan sellainen »pakollinen» välitys, jonka kautta kaikki rikosoikeuden soveltamistapaukset joutuvat kulkemaan.

Paul Ricoeurin tavoin olisi ajateltavissa, että yksilöllinen kausaalinen syyksilukeminen on operaatio, joka välittää niin teoreettista tutkimusta ja arkikokemustamme toimintajärjestelmissä kuin myös niiden yhteyttä narratiiviseen symbolisaation tasoon. Kausaliteetissa yhdistyy arkikokemusta ja tieteellisiä totuuksia, mutta syy-yhteydet voi nähdä myös itsensä selittävinä narratiiveina, joissa tapahtumien välinen yhteys syntyy jo siitä, että ne kerronnassa yhdistetään toisiinsa kerronnalle tunnusomaisella juonen uskottavuuden logiikalla. Jos kvasi-kausaalinen selitys on juonellinen, niin kausaalinen selitys on kvasi-juonellinen.[56]

---

[54] Ks. esim. *Träskman* 1985, 71–73.

[55] *Quentin* 1994, 16.

[56] Ks. tarkemmin *Ricoeur* 1984, 121–192.

Oikeudellisessa ratkaisutoiminnassa olennaista on silti kuitenkin oikeuslähteisiin perustuva argumentaatio, jolla kontrolloidaan vakuuttumista. Oikeudellisen ratkaisunkin on oltava yleistettävä, sillä ennakoitavuutta ei voida taata eikä mielivaltaa välttää, ellei ratkaisuja voitaisi vertailla toisiinsa. Ennakkopäätöksissä tämä näkökohta on tavallista ilmeisempi. Ratkaisu koettaisiin epäilemättä mielivaltaiseksi ja vääräksi myös siinä tapauksessa, että näyttöratkaisussa esimerkiksi »konstruoitaisiin» olemattomia kausaalisuhteita.

1.6 Rikosoikeudellisten kausaalisuusoppien varhaisvaiheista

Kausaalisuuskysymyksiä on jouduttu ratkomaan niin kauan kuin yleensä on tehty oikeudellisia ratkaisuja. Ennen kausaalisuuskysymysten tieteellistymistä kausaalisuus oli – *ius commmunessa* – jotakin välittömästi suoraan »ruumiillisesta tapahtumisesta» havaittavaa, teon ruumiillista läsnäoloa. Läsnäolon vaatimus taas oli herkkä sille, että kolmannen – esimerkiksi lääkärin huolimattomuuden – vaikutus ei saanut olla mukana häiritsemässä. Haavat eroteltiin sen mukaan, olivatko ne itsessään kuolettavia vai eivät. Teko eräässä mielessä selitettiin seurauksella; teko oli se ulkoinen havaittava kohde, johon rikosvastuu saattoi suoraan kytkeytyä. Kausaalisuuskysymysten tieteellistyminen merkitsi menetystä kausaalisuuden kokemuksellisen havaittavuuden suhteen.[57]

Saksan rikosoikeustieteen historiassa voi suhtautumisessa kausaalisuuskysymykseen nähdä erilaisia kehitysvaiheita. Kausaalisuuskysymyksistä on kommentteja jo Carpzovilla, mutta vasta 1800-luvun puolivälin jälkeen kausaalisuusopit alkoivat saada yleisempää ja itsenäisempää merkitystä.[58] Senkin jälkeen ilmestyi kirjoituksia, joissa kausaalisuudelle annettiin metafyysinen merkitys. Kausaalisuus selvitettiin pohtimalla erilaisten voimien vaikutuksia, laskemalla seurauksen syntyä edistävien ja ehkäisevien edellytysten suhteita ja tasapainoja.

Von Buri, vaikutusvaltaisimpia varhaisista teoreetikoista, kehitti ilmeisesti suhteellisen itsenäisesti, ja ainakaan nimenomaisesti Milliin tukeutumatta filosofisen kausaalisuusoppinsa, jossa korostettiin edellytysten saman-

[57] *Keller* 1995, 463–469, 485.

[58] Ks. esim. *von Bar* 1907, 162–163. Hänen mukaansa Köstlin tyytyi asiasta muutamiin mainintoihin, ja Berner oli osallisuusopillisessa tutkielmassaan vuodelta 1847 selittänyt, että kausaalisuuskysymys on epäfilosofinen ja syyllisyyskysymyksen rinnalla tarpeeton. Hegeliläisen filosofian vaikutuksen ollessa voimakkaimmillaan kausaalisuuskysymys ei näyttänyt relevantilta.

arvoisuutta ja kausaalisuhteen loogista luonnetta. Syy on seurauksen välttämätön edellytys, *conditio sine qua non*. Von Burin oppi tunnetaankin monella nimellä. Kun puhutaan csqn -teoriasta, korostetaan syytä seurauksen välttämättömänä edellytyksenä. Voidaan myös puhua jokseenkin samaa tarkoittaen edellytysteoriasta. Nimityksellä ekvivalenssiteoria korostetaan lisäksi edellytysten samanarvoisuutta toisiinsa nähden. Von Burin tulokset olivat jokseenkin samat kuin jos Millin kausaalisuusmääritelmästä olisi johdettu vastaava kanta. Myöhemmin ekvivalenssiteoria esitettiin yleensä sellaisessa muodossa, jossa tukeuduttiin Millin kausaalisuusmääritelmään.[59]

Von Burin käsityksen mukaan maailmassa tapahtuvat muutokset voitiin kausaalisuusanalyysissä erottaa koskemaan erillisiä asioita, joilla oli lukematon määrä edellytyksiä. Näiden edellytysten välillä taas ei ollut loogista mahdollisuutta tehdä eroa, joten periaatteessa seurausten synnyn välttämättömiä edellytyksiä oli tavattoman paljon. Kausaalisuuskysymys ei näin toiminut varsinaisesti vastuunrajauksessa, eikä von Burin käsityksen mukaan se ollut ylipäänsä edes mahdollista. Von Buri halusi pitää kausaalisuuskysymyksen puhtaana moraalisista ja muista arvostuksista, ja syyllisyyskysymyksen vielä tästä täysin erillisenä.

Itävaltalainen Glaser oli muotoillut jo 1858 ajatuskoeoletuksen nimellä tunnetun testin kausaalisuhteen vallitsemisen toteamista varten. Kausaalisuhde teon ja seurauksen välillä todettiin kokeella, konstruoimalla mahdollinen maailma. Kun tekijä »ajateltiin pois» tapahtumapaikalta, olisiko seuraus silloin syntynyt? Glaserin ajatuskoeoletus ylittää itse asiassa kausaalisuuden ekvivalenssi- ja edellytysteorian: mahdollisen maailman kostruktio viittaa »kokeelliseen» kriteeriin, ja vieläpä kontrafaktuaaliseen kausaaliyhteyden varmistamiseen. Von Buri omaksui Glaserilta ajatuskoeoletuksen.

Von Buri ymmärsi siis kausaalisuuden toisiinsa nähden samanarvoisten edellytysten välttämättömänä suhteena syntyneeseen seuraukseen. Ensimmäisen kerran von Burin oppi esitettiin osallisuusopillisessa tutkielmassa vuodelta 1860. Mainittu työ tähtäsi hegeliläisen osallisuusopin kritiikkiin. Viime mainitun mukaan oli pidetty mahdollisena vetää avunannon ja tekijäntoimen raja jo suoraan objektiivisin kriteerein. Tämän von Buri tahtoi kiistää sillä perusteella, että kaikki voimat, joista rikollinen seuraus on syntynyt, ovat rikollisen seurauksen syntymisen kannalta yhtä olennaisia.[60] Von

[59] *Engisch*, 1931, 33 av. 2, mainitsee von Burin kieltäneen oppinsa yhteyden Millin logiikkaan. Engisch ei kuitenkaan pystynyt selvittämään, missä vaiheessa von Burin teoria ensimmäisen kerran yhdistettiin siihen, mikä taas oli tuonut Millille suurta mainetta rikosoikeustieteilijöiden keskuudessa.

[60] Ks. myös *Hardwig* 1957, 68. Koriathin mukaan von Burin kausaalisuusopissa tuli

Burin kausaalisuusopin kannalta keskeinen teos on Ueber Causalität und deren Verantwortung vuodelta 1873. Von Burin opissa käsitettiin kausaalisuus vielä jonkinlaisena voimien vaikutuksena; edellytykset olivat voimia. Tutkielmassaan von Buri puhuu runollisesti siitä, miten yksittäinen voima herättää kuolleiden voimien massan eloon, ja tekee niistä kaikista kausaalisia. Terävin kärki kirjoituksessa on suunnattu von Barin edustamaa ajattelua vastaan.[61]

Binding muotoili Normentheorie-teoksensa ensimmäisen osan ensimmäisessä painoksessa kuulun kausaalisuuden tasapainoteoriansa.[62] Birkmeyer kehitti oppinsa vaikuttavimmasta syystä.[63] Nämä »yksittäistävät» kausaalisuusopit olivat kuitenkin jo vaarassa leimautua metafyysisiksi, eivätkä voineet menestyä edellytysoppia tai pian nousevaa adekvanssioppia vastaan. Koriath näkee yhdeksi syyksi niiden häviöön kilvassa sen, että näiltä tutkijoilta puuttui riittävän vahva teon käsite. Kausaalisuusoppi jäi siitä syystä väistämättä metafysiikan rasittamaksi.[64]

Kirjallisuudessa esiintyi siten useita yrityksiä perustella teoreettisesti tapahtuman yhden syntyedellytyksen nimeäminen sen syyksi.[65] Tällaiset opit »pääsyystä» eivät saaneet merkittävää kannatusta. Lyhyessä ajassa kausaalisuuden edellytysteorian, ekvivalenssiteorian tai conditio sine qua non -teorian mukainen oppi nousi vallitsevaan asemaan saksalaisessa kirjallisuudessa. Von Burin vaikutuksesta se löi itsensä läpi myös Reichsgerichtin oikeuskäytännössä rikosjutuissa.[66]

---

esiin syyttäjän näkökulma: mitään potentiaalisia syitä ei haluttu rajata tarkastelun ulkopuolelle. *Koriath* 1994, 462.

[61] *Von Buri* 1873, 1–13. Laiminlyönnin kausaalisuutta todisteltaessa voimista puhuminen meni hyvin pitkälle, kun kausaalisuuden selityksenä oli se, että jokin voima esti tietoisuutta seurauksen estämisvelvollisuudesta vaikuttamasta. Ks. *Hardwig* 1957, 73–74.

[62] *Binding* 1872, 40–44.

[63] *Birkmeyer* 1885, 17: »Ursache im Sinn des Strafrechts muss diejenige unter den Bedingungen des Erfolgs sein, welche mehr als die übrigen Bedingungen zur Hervorbringung des Erfolges beigetragen hat.» Ks. tark. esim. *von Bar* 1907, 170–172; *Honkasalo* 1933, 43–47; *Sipilä* 1936, 57–59; *Hart – Honoré* 1985, 438–440.

[64] *Koriath* 1994, 461. Kirjoittaja tarkoittanee sitä, että intentionaalisuuden kautta olisi voitu yrittää rajata tekijän vastuun piiriä helpommin omaksuttavalla kriteerillä, tai että esimerkiksi kausaalisen kentän käsite olisi helpottanut yksittäisten syiden osoittamista.

[65] Ks. yleisesti edellä viitattua sekä *von Bar* 1907, 172–177.

[66] *Radbruch* (1902, 330–331) mainitsee, että von Burin teoria on hallitsevassa asemassa, mutta oppi adekvaatista aiheuttamisesta on saamassa lisää kannatusta erityisesti sivilistien keskuudessa. Ylimmän oikeusasteen oikeuskäytännössä ilmeni vastaava jakaantuminen: Reichsgerichtin rikossenaatti edusti von Burin, siviilisenaatti von Barin teoriaa. – Radbruch luettelee adekvaatin aiheuttamisen teorian kannattajat kronologisessa järjes-

Rikosoikeudellisissa kausaalisuusopeissa näkyy melkoista hämmennystä, joka on vaivannut niitä jo siitä alkaen, kun tällaiset kysymykset yleensä nousivat teoreettisemman tutkimuksen kohteeksi.[67] Filosofisten kausaalisuusteorioiden vikana oli usein se, että ne eivät vastanneet arkiajattelun ja oikeuskäytännön vaatimuksia. Asialla saattaa olla myös yhteyttä legaalisesta todistusteoriasta luopumiseen.[68] Joka tapauksessa viime mainittu sai aikaan sen, että tosiseikkojen näyttöä koskevat kysymykset tulivat erityisellä tavalla ajankohtaisiksi.

On tuskin mikään ihme, että Humen vaikutus oikeustieteeseen on jäänyt tältä osin vähäiseksi ja tapahtunut kuitenkin Millin välityksellä. Kantin kausaalisuuskäsitysten välitön vaikutus lienee jäänyt vähäisemmäksi kuin hänen yleisemmän filosofiansa.[69] Millin teoria taas olisi tiukasti tulkittuna johtanut siihen, että olisi ollut kokonaan lakattava puhumasta kausaalisuhteista yksittäisen teon ja syntyneen seurauksen välillä. Von Burin tapaan ymmärretty ekvivalenssiteoria oli käytännön tarpeisiin tehty kompromissi, jossa rikottiin filosofisen opin nimenomaista kieltoa vastaan.[70] Tämä kompromissi johti kuitenkin kausaalisuuden alan laajenemiseen hallitsemattomasti kaikkiin suuntiin, joten se oli siinä mielessä vastoin arkiajattelun vaatimuksia. Arkiajattelusta etääntyminen on ollutkin tämän myös conditio sine qua non -opin nimellä tunnetun ajatuksen ongelmana alusta alkaen.[71]

Honkasalo on maininnut, että tietoteoreettiselta kannalta »kestävimmäksi ja käytännöllisiä rikosoikeudellisia tarpeita tyydyttävimmäksi on osoittautunut conditio sine qua non-teoria, jonka mukaan jokainen edellytys, joka on välttämätön seurauksen syntymiselle, on kausaalinen.» Tämän teorian perustan

---

tyksessä: von Kries, Merkel, Thon, Rümelin, Liepmann. Radbruch ei pidä von Baria adekvaattisuusopin edustajana, vaan edeltäjänä.

[67] Radbruchin mukaan oikeudellisista kausaalisuuden ongelmista on kiistelty Stübelin 1805 ilmestyneen tunnusmerkistöjä käsitelleen teoksen ilmestymisestä alkaen. *Radbruch* 1902, 325.

[68] Ks. tästä erillistä jaksoa.

[69] Uuskantilaisuudella on ollut vaikutusta mm. sotien väliseen rikosoikeustieteeseen Saksassa, ja sitä kautta Honkasalon rikosoikeuskäsityksiin. Esimerkkinä voidaan mainita toimintavapauden korostus teon käsitteellisenä edellytyksenä. Esim. *Honkasalo* 1965, 126.

[70] Ks. tästä jo Birkmeyerin kritiikkiä, *Birkmeyer* 1885, 12–14; ks. myös *Spendel* 1948, 12, 16–18; *Hart – Honoré* 1985, 443–445.

[71] Roxin katsoo syyksilukemisoppien myöhemmän kehittymisen heikentäneen tämäntapaisten kritiikkien painoa, koska on ymmärretty, ettei kausaalisuus yksin riitä tunnusmerkistön täyttymiseen. Tuskin voidaan silti sanoa, että tämä käy ekvivalenssiteorian perusteluksi. Ks. eksivalenssiteoriasta yleisesti *Roxin* 1994, § 11 Rn 5–30.

Honkasalo näkee Millin kausaalisuuskäsitteessä, jonka mukaan kausaalisuussuhde on ilmiöiden välttämättömän ja muuttumattoman seuraannon suhde.[72]

Millin teoriaa ei kuitenkaan katsottu voitavan sellaisenaan soveltaa, koska syy siten määriteltynä on »rikosoikeudellisesti käyttökelvoton». Teoriaa oli modifioitava siten, että yksittäiset edellytyksetkin hyväksyttiin syiksi. Honkasalo toistaa kuitenkin terminologisesti Millin kausaalisuusopin käsitteistöä. Juuri Milliltä on peräisin mm. puhe antecedentioista. Toisaalta Honkasalo puhuu myös kausaalisuudesta muodollisena kategoriana, mikä voisi viitata myös kantilaiseen tai uuskantilaiseen terminologiaan. Honkasalon oma oppi tulee lähelle kausaalisuuden ns. relevanssiteoriaa, minkä vuoksi hänen kannaltaan ei ole suurta ongelmaa siinä, että luonnollisen kausaliteetin määrittelyssä ei päästä suureen täsmällisyyteen. Juridisessa tarkastelussa joudutaan joka tapauksessa selvittämään ne kriteerit, milloin kausaalisuhde on juridisesti relevantti.[73]

Tunnetuin ja johdonmukaisin csqn-opin kannattaja oli von Liszt, jonka oppikirjoissa esiintyi hyvin laaja kausaalisuuden alan määrittely. Mikä tahansa myötävaikuttava tekijä voitiin katsoa kausaalisessa mielessä riittävällä tavalla seurauksen syyksi. Von Lisztin ajattelussa lienee kriminaalipoliittinen painotus johtanut siihen, että käytännöllisten seikkojen vuoksi oli tarpeen hyväksyä laaja syyn käsite. Tuohon aikaan Saksan lainsäädäntö tunsi nykyistä enemmän seurausvastuuta. Näistä rikostyypeistä tuli ongelma lisztiläisen kausaalisuusopin kannalta. Vastuuta voitiin rajoittaa vain ennakoitavuuden kriteerillä, mutta siltäkin osin jäi epäselväksi, voiko oikeustiede lisätä sellaisen vastuuta rajaavan vaatimuksen, jota lainsäätäjä ei tunne. Von Liszt oli siinä määrin tiukka lakipositivisti, että hän katsoi tuon puutteen korjaamisen lainsäätäjän asiaksi.[74]

Ekvivalenssi- tai edellytysopin esiinnousu sai aikaan välittömän tarpeen kehitellä kausaalisuutta rajoittavia näkökohtia, joissa tosin yleensä otettiin lähtökohdaksi tuon teorian mukainen käsitys kausaalisuudesta. Kausaalisuuden ala oli taas saatettava vastaamaan oikeustajunnan vaatimuksia.[75] Tärkeimpiä yrityksiä tässä suhteessa on von Barin elämän sääntö -pohjainen kehit-

[72] *Honkasalo* 1965, 109.

[73] Ks. esim. *Nuotio* 1989, 316–327.

[74] Ks. esim. *von Liszt* 1903, 127–134. Von Lisztin oppikirjojen eri painoksissa opin muotoilut poikkeavatkin välillä toisistaan. Ks. yleisesti esim. *Reinach* 1905, 16–20.

[75] Sinänsä on tietysti ongelmallista edellyttää, että jonkin kausaalisuuskäsityksen edes pitäisi vastata oikeustajunnan vaatimuksia. Toisin on asia, jos nähdään rikosoikeuden yleisten oppien sisältöjen keskeisesti olevan yhteydessä yleisiin oikeusperiaatteisiin ja myös rangaistusteoreettisiin näkökohtiin. Ks. Reinachin kommenteja tästä, *Reinach* 1905, 44–45.

tely. Hänen mukaansa Millin kausaalisuusoppi voidaan sittenkin sovittaa arkiajattelun kanssa yhteen näyttämällä elämän säännöksi kutsutun kriteerin pohjalta, että jotkin edellytyksistä voidaan valita syiksi, toisia taas ei. Von Barin oppi liittyy kiinnostavalla tavalla intressilainoppiin, ja siinä saa myös sallitun riskinoton ajatus ja jopa riskinlisäämisteoria varhaisen muotoilun.

Von Barin kiinnostavuutta lisää se, että hän on kirjoittanut myös rikosprosessioikeudesta, erityisesti todistusoikeudesta, ja painottanut tässäkin yhteydessä kokemuksellisten ainesten merkitystä.[76] Von Bar suuntasi rikosoikeustieteellisen tutkimuksen painopistettä hegeliläisistä teemoista käytännöllisempiin, kokemuksellisempiin ja jossakin mielessä myös lähemmäs psykologiaa ja intressioppia.[77] Hänen kausaalisuusoppinsa on saman käytännöllisen, kokemukseen tukeutuvan ajattelun ilmentymää kuin hänen rikosprosessioikeuttakin koskevat käsityksensä; suunta näyttäisi kulkeneen todistusteoriasta kausaalisuusoppiin.

1.7 Kausaalisuus ja »elämän säännöt»

Von Baria on usein pidetty ensimmäisenä varsinaisena sallitun riskinoton teoreetikkona,[78] joskin hänen kausaalisuusoppinsa luonnehtiminen tällä tavoin on jonkin verran ongelmallista. Joka tapauksessa hän korosti ajatusta, jonka mukaan »elämän sääntöjen» mukainen toiminta ei voi perustaa rikosoikeudellista vastuuta. Jos toiminnassa on noudatettu huolellisuusvaatimuksia, jo kausaaliyhteys teon ja seurauksen välillä puuttuu. Von Barin kausaalisuusoppi ei koske yksinomaan kausaalisuutta luonnontieteellisessä mielessä, vaan on oikeudellisten näkökohtien määräämä. Von Barin terminologia, erityisesti termi elämän sääntö, toistuu myöhemmässä kirjallisuudessa monissa yhteyksissä, myös pohjoismaisessa kirjallisuudessa. Se esiintyy tausta-ajatuksineen myös Serlachius-Särkilahdella sekä Honkasalon oppikirjassa.[79] Onkin perustultua perehtyä tarkemmin von Barin kausaalisuusoppiin.

---

[76] *Von Bar* 1865, passim. Von Bar korostaa aineellisen rikosoikeuden ja rikosprosessioikeuden, erityisesti näyttökysymysten läheistä yhteyttä. Näytön arviointikin tapahtuu olennaisesti kokemuksellisten elementtien, kokemuksen periaatteiden, kokemussääntöjen nojalla. Kokemussäännöt ovat tulleet aikaisempien legaalisten todistusteorioiden tilalle. Ks. yleisesti esim. *mt.*, VII, 311–358.

[77] »...das Strafrecht ist ein Teil des praktischen Lebens, das zwar wissenschaftlich geprüft werden muß, aber nie sich von den Anforderungen und Anschauungen des praktischen Lebens völlig loslösen kann.» *Von Bar* 1907, 197.

[78] Esim. *Preuß* 1974, 15; *Prittwitz* 1993, 272.

[79] Tuottamusopissa Serlachius-Särkilahti puhuu elämän laista: on arvosteltava objektiivisen mittakaavan mukaan, mitä ihmisen tulee tehdä tai olla tekemättä, ja mitan antaa

Von Bar aloittaa teoksensa ilmoittamalla esipuheessa epäilyksensä sellaisia yrityksiä kohtaan, joissa rikosoikeus yritetään johtaa yleisistä filosofisista periaatteista. Hän näkee rikosoikeuden alueena, joka on jatkuvassa muutoksen tilassa ja johon kulttuuriset ja valtiolliset tekijät voivat suuresti vaikuttaa ja ovat myös vaikuttaneet.[80]

Von Bar soveltaa tutkimuksessaan yleistä psykologiaa, ja sen pohjalta selvittää edellytyksen ja syyn eroa. Psykologialla viitataan ihmisen kehitykseen ja kokemukseen, siihen miten hän oppii tuntemaan kausaalisuhteita. Sillä on myös yhtymäkohtia intressin käsitteeseen ja intressilainoppiin. Von Bar katsoo myös osoittaneensa kausaalisuuskäsitteensä periaatteellisen soveltuvuuden siviilioikeudellisessa tutkimuksessa. Tässä tarkoituksessa hän mm. vertailee omaa kausaalisuusteoriaansa Mommsenin ja Windscheidin oppeihin, ja sanoo sen näitä paremmin vastaavan intressiopin tarpeita.[81]

Von Bar rajaa tutkimuksensa ulkopuolelle metafyysiset kysymykset syistä yleensä, ja keskittyy yksinomaan ilmiömaailmaan. Hän hyväksyy Glaserin ajatuksen hypoteettisesta ajatuskokeesta sen toteamiseksi, onko kyse yleensä edes edellytyksestä. Mutta tämä on vasta esikysymys. Tapahtuman kaikki edellytykset eivät ole sen syitä, sillä tällainen käsitys johtaisi käytännössä aivan vääriin tuloksiin. Hän luettelee koko joukon esimerkkejä teoista, jotka ovat seurauksen edellytyksiä, mutta eivät syitä: kaivosmies louhii metallin, josta tehtailija valmistaa aseen. Kummankin toiminta on seurauksen synnyn edellytys, jos tuolla aseella joku ammutaan. Von Barin mukaan »terve ihmisjärki» haraa kuitenkin sellaista johtopäätöstä vastaan, että heidän toimintansa olisi rikoksen syynä.[82]

Mistä sitten saadaan syyn ja edellytyksen ero? Von Barin mukaan Mill, joka kiisti tällaisen erottelun mahdollisuuden, on oikeassa tarkastellessaan asiaa luonnontieteen näkökulmasta, mutta tulee ottaa huomioon tutkimuksen tarkoitus. Silloin, kun asiaa tarkastellaan juridisesti tai moraalisesti, luon-

---

elämän laki. *Serlachius* 1951, 109. Vastaavasti *Honkasalo* 1967, 79–80, 120; elämän laki viittaa käytännöllisen intressipunninnan perusteella määrittyvään tuottamusnormin alarajaan. Samassa mielessä voisi nykyisin puhua sosiaaliadekvanssista.

[80] *Von Bar* 1871, V–VI.

[81] *Von Bar* 1871, 148.

[82] *Von Bar* 1871, 3–5. Perusasennoituminen tulee hyvin esiin myös teoksessa *von Bar* 1907, 196–197, jossa selitetään, että oikeuden kannalta abstraktissa tai filosofisessa mielessä käsilläoleva kausaalisuhde on vain rajallisesti käyttökelpoinen, ja että lisärajoitusta voidaan etsiä objektiivisesti pätevistä normeista. Kun arvioidaan ihmisten tekojen kausaliteettia, ei ihmistä voida tarkastella elottoman luonnon osana, vaan reflektoivana, kausaalisuhteita hallitsevana olentona. Muuten joudutaan täydelliseen vastakohtaan käytännön elämän käsitysten ja kielen sääntöjen kanssa.

nonlait ja erilaiset inhimillisen toiminnan yleiset edellytykset ovat edellytyksiä eivätkä syitä. Von Bar katsoo ihmisen oppivan maailmasta ja oppivan myös tuottamaan ilmiöitä ja tuntemaan tapahtumien normaalin kulun. Kausaalisuudessa keskeistä on aikaansaatu muutos. Inhimillinen toiminta on oikeudellisessa mielessä syntyneen seurauksen syynä siltä osin kuin ihmistä pidetään edellytyksenä, jonka vuoksi muuten säännönmukaiseksi ajateltu inhimillisen elämän ilmiöiden kulku muuttuu toiseksi.[83]

Ihmisen toiminta on siis seurauksen syynä, jos se on muuttanut tapahtumien kulkua siitä, mitä tämä muuten olisi säännönmukaisesti ollut.[84] Nykytermein voisi puhua ns. manipulatiivisesta kausaliteetista.[85] Oikeuden tarpeisiin käsitettä on kuitenkin muotoiltava vielä yhdellä tärkeällä lisäyksellä. Oikeuden edellytyksenä ei von Barin mukaan ole vain luonnon olemassaolo, vaan myös ihmisten ja ihmisten yhdessäelämisen olemassaolo.[86]

Edellä mainituissa tilanteissa, joissa jouduttiin pohtimaan esim. raudanvalmistajan ja asetehtailijan vastuuta aseella tehdystä rikoksesta, vastuun rajoitukseen päästään tällä kriteerillä. Vastuu sulkeutuu pois, koska se, että rautaa valmistetaan ja että siitä tehdään aseita, on välttämätön elinehtomme.[87] Riskinotto on yhteiskunnan kannalta välttämätöntä. Vastaavaan tapaan Binding selittää oikeusajatuksensa »maassvolle Risikosta». Myös Binding tulkitsee rikosoikeuden normit ylimalkaan riskinottoa kieltäviksi, ja katsoo, ettei sellaista voida kieltää, mikä on välttämätöntä.[88]

---

[83] *Von Bar* 1871, 9–11.

[84] Ks. myös *von Bar* 1907, 179–180, jossa hänen lähestymistapansa käytännöllisyys korostuu. Emme arkielämässä voi koskaan olla varmoja siitä, onko sittenkin joitakin todellisia syitä jäänyt ottamatta huomioon. Kausaalisuusarviomme perustuu siis omaksuttuun kokemussääntöön. Von Bar itse selittää, ettei ristiriitaa olisi siinä, että elämän sääntö kytkee vastuun normaaleihin teon seurauksiin, vaikka sattuneet seuraukset ovat aina jotakin epänormaalia. Oikeudellinen tapa tarkastella kausaalisuhteita on joitakin poikkeuksia lukuunottamatta patologinen. Yksittäistapauksen tasolla ankara vilustuminen on epänormaalia ja potilaan kuoleman syy, vaikka näitä vilustumisia kaikkiaan tapahtuu runsaasti.

[85] Kyseistä kausaalisuuden määritelmää on kiinnostavaa verrata Luhmannin tekniikan määritelmään. Tekniikka on sellaisen objektin tai asiantilan tuottamista, joka poikkeaa siitä, mitä luonto itsestään olisi tuottanut. *Luhmann* 1991, 94. – Manipulatiivisesta kausaliteetista yleisesti ks. *von Wright* 1971, 64–74. Hartin ja Honorén mukaan von Barin ajatus oli merkittävä edistysaskel, »koska 'normaalin tapahtumainkulun' käsite on todellakin perustavanlaatuinen kausaliteetin analyysissä». *Hart – Honoré* 1985, 466–467.

[86] *Von Bar* 1871, 11.

[87] *Von Bar* 1871, 12.

[88] *Binding* 1919, 440: »Für die Beurteilung von Statthaftigkeit und Maass des statthaften Risikos giebt es nur einen einzigen Gedanken: Beide bestimmen sich nach Entbehrlichkeit und Unentbehrlichkeit, also Vermeidbarkeit und Unvermeidbarkeit der mit

Edellä vaikutti siltä, että kausaalisuuden psykologinen selitys koski lähinnä sitä, miten ihminen oppii luonnonlakien avulla tekemään erilaisia asioita. Luonnollisesti tehdastyöläinen on valmistanut aseen, ja se on aseen valmistumisen syynä, koska jos hän ei olisi asetta tehnyt, sitä ei olisi säännönmukaisesti ollut olemassa. Kyse on suorastaan manipulatiivisen kausaliteetin perustapauksesta. Nyt säännönmukaisuudesta puhutaan toisessa merkityksessä, aseidenvalmistuksen säännönmukaisuudesta osana yhteiskunnan elinehtoja. Von Barin käsitys tulee tältä osin lähelle intressilainopissa esitettyjä, myöhemmin esimerkiksi von Lisztillä esiintyneitä ajatuksia. Oikeuden tehtävänä on inhimillisten elinehtojen turvaaminen. Inhimillisten elinehtojen turvaamisen kannalta välttämätön on myös oikeuden mukaista. Käytännöt saavat oikeutuksensa yhteiskunnan tarpeista, eikä se, mikä on välttämätöntä, voi olla rikosoikeudessa kiellettyä. Oikeusjärjestys ja inhimillisten elinintressien suoja sulautuvat ikään kuin yhteen. Kiinnostavaa on, että von Bar tekee tämän »hypyn» asiaa tarkemmin pohtimatta ja perustelematta.[89]

Mitä sitten on tuo »elämän säännön» mukaisuus? Von Barin mukaan monissa tapauksissa tämä kysymys on täsmälleen sama, kuin se, onko noudatettu bonus paterfamilias -huolellisuutta.[90] Von Barilla korostuu »yleistävä» näkökulma. On aina pohdittava sitä, mitä jostakin ratkaisusta yleistettynä seuraisi. On mahdollista, että onnettomuus olisi voitu yksittäistapauksessa välttää, jos olisi noudatettu aivan erityistä huolellisuutta. Elämä kuitenkin vaatii tiettyä riskinottoa, eikä yritystoiminta olisi muussa tapauksessa lainkaan mahdollista. Yritystoiminnassa ei voida vaatia sellaisten varomääräysten noudattamista, joiden kustannukset eivät olisi missään suhteessa harjoitettavan toiminnan hyötyyn. Vastaavasti taas huolimattomuutta on helposti täytettävien tai suhteessa toimintaan edullisten turvamääräysten rikkominen.[91] Huolellisuusvelvollisuudet siis joustavat tuotannollisen toiminnan resurssien ja kannattavuuden mukaan.

---

dem Risiko belasteten Handlung in den Augen des Rechts – verbunden mit der Proportionalität des Risikos mit dem Rechtswert der unentbehrlichen Handlung.»

[89] Vrt. myös Bindingin huomautuksiin »maassvolle Risikosta»; tuon käsitteen alla Binding itse asiassa käsittelee monia sellaisia tilanteita, jotka von Barilla kuuluvat kausaalisuusoppiin. Binding näkee massvolle Risikon taustalla vakiintuneet elämänkäytännöt, eräänlaisen »intressenttien oikeuden», joka sääntelee mm. urheiluloukkausten rikosoikeudelliset rajat. Hänen mukaansa riskit eivät ole täysin eliminoitavissa, vaan kuuluvat esimerkiksi tietyntyyppiseen kaivostoimintaan tai teollisuuteen. *Binding* 1919, 437 ss.

[90] *Von Bar* 1871, 13.

[91] *Von Bar* 1871, 13.

Von Bar ottaa esille hyvinkin modernin aihepiirin. Kausaalisuusopin piirissä kehitellään selvästi modernin tuottamusdogmatiikan kannalta olennaista hyöty-haitta -vertailua teon huolimattomuusoppia muistuttavalla tavalla. Kausaalisuusoppien yhtenä tehtävänä on osoittaa, että tietynlaiset toiminnat eivät voi tulla kysymykseen rikosoikeudellisen vastuun perustana. Von Barin voi sanoa löytäneen sallitun riskin teeman ja käsitelleen sitä teollisten riskien yhteydessä.[92] Ei ollut sattumaa, että von Barin kirjoitus ja samalla sallitun riskin ajatuksen ensimmäinen muotoilu ilmestyi juuri 1800-luvun jälkipuolella. Preußin tulkinnan mukaan alkavan teollistumisen seurauksena yhä useammissa kaivoksissa, tehtaissa ym. työskentelevät työläiset tulivat alttiiksi entistä suuremmille hengen ja terveyden vaaroille.[93] Reichsgerichtin ratkaisukokoelmasta löytyykin esimerkiksi vuosilta 1883, 1886 ja 1888 päätöksiä teolliseen toimintaan liittyvissä jutuissa, joissa syyte koski kuoleman tai ruumiinvamman tuottamusta. Ensimmäinen ratkaisu, jossa selväsanaisesti sovellettiin sallitun riskin ajatusta, on kuitenkin vasta vuodelta 1897. Se koskee hevosen pillastumisesta johtuneita vahinkoja.[94]

Voi kuitenkin kysyä, miksi teollistumisen riskejä koskevia tapauksia tuli oikeuskäsittelyyn vasta tuolloin? Preuß tekee sen normaalin oletuksen, että kyse on ollut yksinomaan teollistumisen aikaansaamien riskipotentiaalien kasvusta ja oikeustieteen ja oikeuskäytännön reaktiosta siihen. Kaivostoimintaa oli harjoitettu keskiajalta lähtien. Miksi onnettomuuksista tuli vasta nyt ongelma? Lienee paremminkin kyse siitä, että 1870-luvulla yhteiskuntapoliittinen keskustelu yleensäkin vilkastui, jolloin tällaiset kysymykset pystyttiin aiempaa paremmin mieltämään ongelmiksi. Paitsi vastuun perusta, myös sen rajoitukset olivat niin teoreettisia kuin käytännöllisiä ongelmia.

Von Barin mukaan riittävään vastuunrajoitukseen ei päästä sillä, että lisävaatimukseksi asetetaan syy-yhteyden ennakoitavuus. Usein jotakin toimintaa tekevä, kuten aseen valmistaja, voi hyvinkin ennakoida sen, että aseella joskus tehdään rikos.[95] Elämän sääntö on ennakoitavuutta vahvempi vastuu-

[92] *Prittwitz* 1993, 272 viitteineen. Ks. myös *Hilgendorf* 1993, 89–90.

[93] *Preuß* 1974, 15.

[94] Ks. tästä *Hilgendorf* 1993, 97–98.

[95] Von Bar joutuu etsimään rikosoikeudellisen vastuun rajausta kausaalisuusopissa, koska hän uskoo, ettei sellainen rajoitus ole syyllisyysopin ennalta-arvattavuuden vaatimukseen perustuen mahdollinen. *Von Bar* 1907, 166–167. – Ennakoitavuus-vaatimuksen kritiikki vastuunrajauskriteerinä on hyvin yleistä modernissa rikoslainopissa, erityisesti objektiivista syyksilukemista tai teon huolimattomuutta koskevien kehitelmien piirissä. Ks. esim. *Nuutila* 1996, 223–229, 445–446; Nuutila pitää sinänsä kiinni ennakoitavuusvaatimuksesta, mutta se edeltää varsinaisten normatiivisten vastuukysymysten tarkastelua.

ta rajaava ehto. Esimerkiksi kirurgin suorittamiin leikkauksiin liittyy vaaroja, jotka kirurgi itse hyvin tietää. Kirurgia ei voi kohdata vastuu, jos hän menettelee kaikkien järkevän elämän sääntöjen mukaan. Muunlainen ratkaisu estäisi kirurgian kehitystä, ja on muutenkin järkevää ottaa leikkauksen riski, jos vaihtoehtona on uhkaava kuolema.[96]

Tilastot saattavat osoittaa joidenkin vaarallisten, mutta välttämättömien yritysten toiminnasta aiheutuvan vuosien kuluessa todennäköisesti tietyn määrän kuolonuhreja. Onko toiminnan aloittaja vastuussa näistä? Ennakoitavuus saattaa sen vuoksi täyttyä. Jos tällaiset laitokset täyttävät sääntöjen osoittamat turvamääräykset, jotka vastaavat elämän säännönmukaisia tarpeita, ei von Barin mukaan voi olla puhetta mistään kausaalisuudesta.[97]

Entä sitten sellaiset tapaukset, joissa joku nimenomaan tarkoittaa aiheuttaa toiselle seurauksen? A polttaa myrskyn aikaan kamiinassa tulta tarkoituksenaan singota kipinä naapurin talon katolle. Normaalisti vastuu sulkeutuu pois näissäkin tilanteissa. Von Bar kehittää periaatteen, jonka mukaan tekijä vastaa, jos toimintaa harjoitetaan ainoastaan vahingoittamistarkoituksessa tai jos toimintaa muuten muunnellaan. Toiminta lakkaa silloin vastaamasta elämän sääntöä. Jos kamiinaa poltettiin vain tätä yhtä tarkoitusta varten, tai jos kamiinaa poltettiin tarpeettoman voimakkaasti, tekijä vastaa.[98] Jälkimmäiseltä osaltaan von Barin ajatuksessa voi nähdä varhaisen muotoilun riskin lisäämisen periaatteesta. Kamiinalla lämmittämiseen liittyy tiettyjä riskejä tulipalon aiheutumisesta, eikä niitä saa ottaa enempää kuin on välttämätöntä. Elämän sääntö edellyttää siinä mielessä aina käytännöllistä punnintaa toiminnan hyödyllisyyden ja siitä mahdollisesti syntyvien riskien välillä.

Von Bar sanoo elämän vaatiman toiminnan olevan lailla kielletyn toiminnan vastakohta. Laki on elämän normi.[99] Von Bar siis kiinnittää suurta huomiota käyttäytymisnormeihin ja niiden laatuun »yleisinä sääntöinä». Hän

---

[96] *Von Bar* 1871, 14. – On luonnollista, että tämäntyyppisiä intressiristiriitatilanteita olisi aivan hyvin voitu käsitellä oikeuttamisperusteiden yhteydessä; v. Bar ei kuitenkaan tee niin, eikä myöskään puhu oikeudenvastaisuudesta omana »kategorianaan». Näihin aikoihin vilkastui myös tieteellinen keskustelu oikeuttamisperusteista, ennen muuta pakkotilasta. Ks. esim. *Moriaud* 1889, 282 ss. Moriaud'lla on hyvin moderni, sosiaaliadekvanssia muistuttava käsitys joidenkin pakkotilatekojen välttämättömyydestä.

[97] *Von Bar* 1871, 14–15. Ks. vastaavasta esimerkistä ja »elämän säännöstä» myös *Strahl* 1964, 353. *Honkasalo* (1933, 137) tiivistää von Barin opin niin, että tämä »asettaa relevantin syyn tunnusmerkiksi sen säännönvastaisuuden ja seurausten tunnusmerkiksi, joista sen perusteella on vastattava, niiden säännönmukaisuuden.»

[98] *Von Bar* 1871, 16.

[99] *Von Bar* 1871, 17.

toisaalta korostaa nimenomaisesti sitä, että vastuu seurauksesta ei perustu suoraan norminrikkomukseen, eikä varsinkaan, jos kyse on politiakiellosta.[100] Voisi ajatella, että politianormit eivät vielä sisällä pätevää punnintaa toiminnan hyödyllisyyden ja vaarallisuuden suhteen, joten ne ovat tällaisen arvioinnin pohjaksi liian teknisiä.

Elämän säännöt olivat samalla ikäänkuin pelin säännöt: jo roomalaisessa oikeudessa katsottiin, että pelaaja ei vastaa sellaisista vahingoista, joita sääntöjenmukaisesta pelaamisesta toiselle pelaajalle aiheutuu.[101] Von Bar ottaa esimerkin, jossa kimpoavasta kiväärinluodista seuraa vahinkoja laittomasti ampuma-alueella olevalle sivulliselle. Syynä on vaarallisessa paikassa oleva sivullinen, eikä ampuja. Von Bar erityisesti sanoo, että kyse on kausaalisuuden, eikä tuottamuksen puuttumisesta. Hänen näkee vaaran siinä, että asiasta ei puhuttaisi kausaalisuusopissa, koska ennakoitavuuden vuoksi saatetaan kuitenkin nähdä tuottamusta.[102] Von Bar selvästikin hakee viisautta roomalaisista opeista, ja soveltaa niitä rikosoikeuteen. Elämän sääntö on tietyllä tapaa bonus paterfamilias -standardista yleistetty oikeusajatus.[103]

Jo von Barilla tulee esiin moderni käsitys elämästä, johon erilaiset vaarat ja riskit kuuluvat erottamattomasti. Hän on kuitenkin vielä kirjoittaja, jolla sosiaalisen elämän ilmiöt hallitaan arkikokemukseen perustuen, eikä hän eksplisiittisesti tukeudu sosiologiseen tai tilastolliseen aineistoon. Elämän sääntöä ei muotoilla tieteelliseksi totuudeksi.

Von Barin teoksen jälkeen tapahtui kirjallisuudessa siirtymä, joka nykyisen rikosoikeustieteen käsitteillä sanottuna tarkoittaa sitä, että von Barin enemmänkin tunnusmerkistönmukaisuuteen ja oikeudenvastaisuuteen kuuluvan elämän säännön sijasta problematiikka siirtyi syyllisyysoppiin.[104]

Von Barin kausaalisuusopissa kehittämä näkökohta elämän säännöstä sijoitti tämän problematiikan lähelle sellaisia yhteyksiä, joissa sitä nykyisin

---

[100] *Von Bar* 1871, 17–18.

[101] *Von Bar* 1871, 120–121. Ks. myös *Binding* 1919, 436.

[102] *Von Bar* 1871, 122–123.

[103] Von Barilla esiintyy myös jo ajatus kausaalisuuden katkeamisesta joko uhrin oman syyllisyyden tai sitten kolmannen toiminnan vuoksi, joten kyse ei ole siinäkään mielessä mistään aivan puhtaasta »kausaalisuusopista»; *von Bar* 1907, 181, 218 ss.

Myös toisessa suhteessa von Bar lähestyy modernia rikoslainoppia. Hän näkee uudemmassa työssään selvästi kausaalisuusoppinsa luonteen vastuunrajoituksen kannalta. Siinä on vastattava kysymykseen, miten pitkälle oikeus voi rationaalisella tavalla saattaa ihmisen vastuuseen teoistaan syntyneistä seurauksista. Missä rajoissa voivat kausaalisuhteet saada oikeudellista merkitystä? *Von Bar* 1907, 192, 198.

[104] *Preuß* 1974, 34. Von Barin aikaan ei toki vielä voi varsinaisesti puhua tunnusmerkistönmukaisuudesta erillisenä rikosopin kategoriana.

taas käsitellään. Voi sanoa, että kausaalisuusopin kautta rikoslainoppiin tuli aivan uudentyyppisiä impulsseja, jotka tosin johtivat siihen, että juridisen kausaalisuuden käsite tuli poikkeamaan olennaisesti siitä, mitä kausaalisuudella tieteenfilosofisena käsitteenä tarkoitettiin. Nämä kausaalisuuskäsitteen uudelleenmuotoilut olivat oikeustieteellisen tutkimuksen reaktioita ajan vaatimuksiin; lainopin käytännön tehtävä oli muuttunut.

Rikosoikeudellisen ajattelun ja normiston kehitys oli nostanut esiin uusia kysymyksiä rangaistavuuden rajoista, kun jonkinlaista kausaalisuutta alettiin nähdä sellaisissakin suhteissa, joissa aikaisemmin ei oltu lainkaan pohdittu vastuun mahdollisuutta.

Von Barin tutkimuksessa voi silti nähdä myös tiettyjä ideologisia piirteitä. Elämän säännön huomioonottaminen merkitsi uusia puolustautumismahdollisuuksia tuotantoelämän vastuullisille toimijoille, ja siten jossakin mielessä teollistumisen aikaansaamien riskien legalisointia. Siinä oli kuitenkin myös kyse teoriakritiikistä, jonka aiheena oli aikaisemman teoreettisen rikosoikeustutkimuksen puutteellinen kyky selittää vastuun poissulkeutumista sellaissa tapauksissa, joissa vastuuta ilmeisesti ei käytännössäkään esiintynyt.

1.8 Todennäköisyysteoreettinen kausaalisen syyksilukemisen sääntö

Saksalainen fysiologi Johannes von Kries lähti siitä, että kausaalisuusongelmiin voitiin saada selvyyttä vain käyttämällä hyväksi todennäköisyysteoriaa. Von Kriesin kohdalla voi vielä von Baria selvemmin puhua puhtaasti tieteellisestä mielenkiinnosta. Von Kries oli kiinnostunut tilastotieteestä ja yhteiskunnan massailmiöistä. Hän oivalsi, että ns. objektiivisen mahdollisuuden käsitteen pohjalta rikosoikeuden peruskäsitteitä olisi mahdollista määritellä aikaisempaa tyydyttävämmin. Hän sovelsi uudentyyppistä tieteellistä ajattelua, ja valitsi kohteekseen ajan polttavimman ongelman, kausaalisuusopin. Von Kriesin kausaalisuusopillisten tutkimusten merkitys on ollut hyvin huomattava. Hänen julkaistuaan tutkimuksensa rikosoikeudellista kausaalisuusoppia koskevaa keskustelua käytiin pitkään paljolti hänen ja von Barin määrittämien kysymysten pohjalta.

1.8.1 Yhteiskunnallisemman ajattelun haasteet klassiselle rikosoikeuskäsitykselle

Rikosoikeustieteellisessä ajattelussa Saksassa tapahtui 1870- ja 1880-luvuilla selviä muutoksia. Se teoreettinen kehikko ja tieteellinen maailmankuva, jossa

rikosoikeutta tarkasteltiin, oli liikkeessä harvinaisen monella tavalla. Kaikkein selkeimmän esimerkin tästä tarjoaa Franz von Lisztin sosiologisen rikosoikeuskoulun ohjelma: rikosoikeus tuli irrottaa idealistisen filosofian vaikutuspiiristä ja rikosoikeudelta tuli edellyttää, että se toteuttaa yhteiskunnan suojelun tehtävää.[105]

Von Iheringin oppilaan von Lisztin rikosoikeusajattelussa voi selvästi nähdä intressilainopin varhaisten ajatusten vaikutusta. Tunnettu intressilainoppinut Heck katsoo, että von Iheringiä pidetään oikeutetusti teleologisen koulukunnan ja intressilainopin perustajana. Von Ihering näki oikeuden tavoitteellisuuden, mutta Heckin mukaan hän ei kuitenkaan vienyt johtopäätöksiään loppuun saakka, vaan jäi lainsoveltamiskysymyksissä vanhan, käsitteellisen menetelmän hallitsemaksi. Heckin mielestä von Ihering ei antanut intressin käsitteelle riittävän laajaa tulkintaa. Sen vuoksi intressilainopin lähtökohta moninaisten intressien taistelussa siitä, mikä niistä saa oikeuden suojaa, ei tullut kunnolla näkyviin.[106] Von Iheringin tuotannosta erityisesti »yhteiskuntautilitaristinen» Der Zweck im Recht I–II (1. painos 1877) on saanut merkitystä tuon ajan keskusteluissa.[107]

Lisztiläisessä ajattelussa pyrittiin eroon metafysiikasta ja siihen liittyneestä absoluuttisten rangaistusteorioiden traditiosta. Rangaistusten tehtävät nähtiin käytännöllisiksi ja preventiivisiksi.[108] Rikosoikeuden tehtäväksi asetettiin elintärkeiden yhteiskunnallisten intressien suojelu. Rikosoikeus oli siihen saakka keskittynyt liiaksi rikoksentekijään, ja jättänyt yhteiskunnan vaille riittävää suojaa.[109]

Von Iheringin mielestä hänen oman aikansa rikosoikeus ei ollut riittävän kehittynyt selviämään keskeisimmästä tehtävästään, yhteiskunnan elin-

---

[105] Tunnetuin poleeminen muotoilu on artikkelissa Der Zweckgedanke im Strafrecht (1882), teoksessa *von Liszt* 1905, 126–179, erit. 132, 144. Klassisen rikosoikeuden kriisistä tuohon aikaan ks. yleisesti *Backman* 1976, 122–133.

[106] Ks. *Heck*, 1948, 35–36, 125. Heckin käsitys vastaa pitkälle Ewaldin ajatusta oikeuden sosiaalisuudesta: sosiaalinen oikeus kirjoittaa konfliktin oikeuden sisään.

Roxinin kritiikki von Lisztiä vastaan siitä, ettei tämä antanut kriminaalipolitiikan tunkeutua rikosopin sisään, vaan jätti tavoitteelliset näkökohdat lainsäädäntöratkaisujen tasolle, tarttuu von Lisztin kohdalla vastaavanlaiseen intressilainopin ajatuksen jättämiseen puolitiehen. Rikosoikeuden käsitteellistä kerrosta ei näin tulkittaisi tavoitenäkökohtien valossa.

[107] *Von Ihering*, 1905 (II), 179, hylkää ponnekkaasti absoluuttiset rangaistusteoriat. Oikeudenmukaisuudella on merkitystä vain siltä osin, kuin se on yhteiskunnan hyvinvoinnin ehtona. Rankaisemisesta olisi heti luovuttava, jos sen ainoa syy olisi absoluuttisen rangaistusteorian vaatimuksissa.

[108] *Von Liszt* 1882, 145–151.

[109] *Von Ihering*, mt., 359.

olojen turvaamisesta. Tämän lähtökohdan varaan ryhdyttiin tuohon aikaan rakentamaan sosiologista ja défense sociale -rikosoikeusajattelua. Yhteiskunta määritteli omia intressejään oikeuden kautta, ja oikeus on tässä mielessä täydellisesti yhteiskunnallinen ilmiö. Rikosoikeutta katsotaan yhteiskunnallisesta näkökulmasta, joka samalla on kriminaalipoliittinen: rikosoikeuden ala ja luonne on suhteellinen, yhteiskunnan itsensä määrittämä. Rikosoikeuden tuli täyttää ne odotukset, joita siihen tässä suhteessa kohdistetaan. Yleissävy von Iheringin kirjoituksessa on sen suuntainen, että rikosoikeuden tulisi ottaa aktiivisempi rooli yhteiskunnan turvallisuuden edistämisessä. Hän ei näe ongelmaksi sitä, että rikosoikeus tai rikosoikeudellinen käsitteistö olisi laajenemassa sellaisiin suuntiin, joissa tästä olisi syntymässä toisensuuntaisia ongelmia. Intressit tiivistyvät rikosoikeudellisessa terminologiassa oikeushyviksi.[110] Oikeushyvän käsitteestä tulee keskeinen linkki, jolla oikeusjärjestys kytketään yhteiskunnallisiin ilmiöihin.

Vielä von Lisztiäkin radikaalimpia yhteiskuntasuojelun oppeja kehiteltiin. Tunnetuimpia hahmoja oli belgialainen Adolphe Prins. Hän tarkasteli lainsäädännön ja oikeusajattelun tasolla tapahtuneita muutoksia, joita klassinen koulu ei ole osannut selittää ja ymmärtää.[111] Prinsin taustakehikkona on erityisesti von Iheringin oikeusfilosofia ja oikeuden relativististen päämäärien korostus. Prinsin mukaan vaikutteet kulkevat oikeudenalojen välillä, eikä rikosoikeus muodosta omaa erillistä maailmaansa. Oikeuden päämäärä yhteiskunnan elinehtojen turvaajana yhdistää oikeuden kentän, ja tekee mahdolliseksi tarkastella yhtä ja samaa ilmiökenttää monentyyppisten sääntelyiden kannalta. Défense sociale ei tässä mielessä merkitsekään ensisijaisesti radikaalia uutta epistemologista kannanottoa oikeusjärjestyksen perusteisiin, jossa vahvasti etsittäisiin tukea deterministisistä luonnontieteellisistä katsomuksista, vaan sellaista oikeuden uutta tulkintaa, joka itse asiassa selittää oikeuden aina olemukseltaan olleen yhteiskunnan itsensä määrittelemä kannanotto siihen, missä suhteessa sen intressit tarvitsevat oikeuden suojaa.

Prins mainitsi olevan vasta vähän aikaa siitä, kun Quetelet julkaisi tutkielmansa sosiaalisesta fysiikasta (Quetelet, Essai de physique sociale, vol. III. Bruxelles 1869), Guerry tilastotieteellisen tutkimuksensa (Guerry, Essai sur la statistique morale de la France. 1834) ja von Oettingen moraalistatistiikkansa (Moralstatistik, 1882). Numerot hallitsevat maailmaa ja suurten lukujen laki vallitsee.[112] Tämäntyyppinen tapa tarkastella yhteiskuntaa tuli ole-

[110] Tämä asiayhteys selittänee myös sen, miksi oikeushyvän käsitettä ei rajattu tiukasti joidenkin keskeisimpien yksilön oikeuksien loukkaamiseen.

[111] *Prins* 1910, passim.

[112] *Prins* 1886, 12.

maan keskeinen défense sociale -liikkeen varhaisvaiheessa. Tällainen suoraan Quetelet-vaikutteinen maailmankuva on sen sijaan monipuolistunut Prinsin seuraavaan rikosoikeuden kehitystä tulkitsevaan teokseen, défense sociale -liikkeen varsinaiseen klassikkoon (Prins 1910) mennessä. Epänormaali ja vaarallinen tulevat tässä yhä selvemmin teemaksi. Liikkeen ohjelma tiivistyy yhteiskunnan tehokkaan suojelun tavoitteen ympärille.[113]

1.8.2 Adekvaatti kausaalisuus von Kriesin mukaan

Ajattelutavat muuttuivat tuohon aikaan useassa suhteessa. Vaikutteita otettiin muista tieteistä ennakkoluulottomasti. Idealistisen filosofian valta-asema heikkeni oikeustieteessä. Aprioristen periaatteiden sijaan haluttiin oikeustieteessäkin tukeutua kokemusperäiseen tietoon. Vastuuopin kannalta havainnollisen esimerkin tarjoaa von Kriesin uusi oppi adekvaattisesta kausaliteetista.[114]

Von Kriesin ajatuksena oli tarjota niin rikos- kuin siviilioikeudelliselle kausaliteettia ja vaarantamista koskevalle käsitteenmuodostukselle tieteellisempää perustaa käyttämällä hyväksi todennäköisyysajattelun sovellutusta yhteiskuntaan. Teoreettisen pohjan tehtävään oli antanut laaja perehtyminen todennäköisyyslaskennan periaatteisiin. Rikosoikeudessa kausaalisuusopit, samoin kuin vaaran käsite, olivat umpikujassa, koska kausaalisuhteita tarkasteltiin vain yksittäisten, erillisten ilmiöiden tasolla.

Yhä deterministisempi ja metafysiikkaan torjuvammin suhtautuva todellisuuskäsitys joutui vaikeuksiin, kun piti selittää, mitä vaarallisuus oikein on. Mitä on vastuu sellaisessa tapauksessa, jossa luonnonlakien mukaan kuitenkin oli etukäteen varmaa, ettei seurausta tule esiintymään? Esimerkiksi Hertz hyökkäsi tällä perusteella vaara-käsitteistöä vastaan pitäen sitä epätieteellisenä. Vaaran käsite on subjektiivinen ja ilmaisee vain tietämättömyyttämme tapahtumien todellisesta kulusta. Tapahtumat kuitenkin kulkevat eteenpäin käsityksistämme riippumatta, kausaalisuuden objektiivisten lakien mukaisesti.[115]

---

[113] Défense sociale -liikkeestä tältä osin ks. *Ancel* 1966, 81–89; kriittisemmin, *Tulkens* 1988, 17–46.

[114] Hänen rikosoikeudellisen syyksilukemisopin kannalta tärkeimmät kirjoituksensa ovat: »Die Prinzipien der Wahrscheinlichkeitsrechnung» Freiburg 1886 (2. painos Tübingen 1927), »Über den Begriff der objectiven Möglichkeit und einige Anwendungen desselben» (1888) ja »Über die Begriffe der Wahrscheinlichkeit und Möglichkeit und ihre Bedeutung im Strafrechte» (1889).

[115] *Hertz* 1880, 73–82. Intressiopillinen käytännöllinen perustelu vaarakäsitteistön tar-

Objektiiviseksi ymmärretty todennäköisyys antoi välineet siirtää kausaalisuhteen tarkastelu yleisemmälle tasolle. Kausaaliyhteyden analyysiin ryhdyttiin soveltamaan sellaista todennäköisyysajatteluun pohjaavaa käsitteistöä, joka varsinaisesti oli ollut jo pitkään tunnettua.

Kaikki tapahtuminen on von Kriesinkin mukaan täysin määräytynyttä. Tulevien tapahtumien todennäköisyyden arviointi on subjektiivista, ja kertoo siitä, että me emme tiedä tapahtumisesta riittävästi. Vaikka todennäköisyyden käsite on subjektiivinen, voidaan mahdollisuuden käsitteellä viitata tiettyyn objektiivisempaan suhteeseen.[116]

Von Kries valaisee subjektiivisen ja objektiivisen todennäköisyyden eroa tutulla esimerkillä arpakuution heittämisestä. Kunkin arpaluvun esiintymisellä on arpaa heitettäessä yhtä suuri todennäköisyys. Jos puhutaan asiasta subjektiivisen todennäköisyyden termein, tarkoitetaan oikeastaan kuvata tietämättömyytemme astetta. Meillä ei ole syytä pitää yhtä vaihtoehtoa toista todennäköisempänä. Toisaalta voidaan ajatella, että todennäköisyys olisikin objektiivisesti pätevä ja todistettavissa oleva suhde. Objektiivista tulkintaa edustavat puhuvat todennäköisyyden sijaan usein vain arpalukujen yhtäläisestä mahdollisuudesta.[117]

Objektiivista tulkintaa vastaan puhui hänen mukaansa se, että kun jokaisessa yksittäisessä tapauksessa objektiivisesti vallitsevat olosuhteet kuitenkin välttämättä saavat aikaan juuri määrätyn tuloksen, mahdollisuus ja todennäköisyys jonkin muun tuloksen syntymiseen voi olla olemassa vain meidän mielessämme. Von Kries kuitenkin pelastaa objektiivisen todennäköisyystulkinnan turvautumalla »toiminnan pelivaran» (Spielraum) käsitteeseen. Nopanheittäjän toimintamahdollisuuksien näkökulmasta katsottuna voidaan sanoa kunkin arpaluvun esiintymisen olevan yhtä todennäköinen heiton seuraus, koska niiden olosuhteiden moninaisuus, jotka liittyvät määrätyn arpaluvun esiintymiseen, on kussakin tapauksessa yhtä suuri. Tässä mielessä jokainen tulos on yhtä mahdollinen. Yleisellä tasolla kuvattuna tapahtumiin jää pelivaraa.

Koriathin mukaan von Kriesin todennäköisyysajattelu sijoittuu tyylipuhtaasti todennäköisyysteorioiden ns. klassiseen vaiheeseen. Klassisen käsitteenmäärittelyn mukaan todennäköisyys on edullisten tapausten lukumäärän

---

peelle ja olennaisuudelle joutuikin tukeutumaan juuri todennäköisyystietoon. Mm. von Liszt tulkitsi vaara-käsitteistön tällä tavoin. Keskustelua tästä, ks. *Siebenhaar* 1886, erit. 250–255.

[116] *Von Kries* 1888, 180–181.

[117] *Von Kries* 1889, 528–529.

suhde mahdollisten tapausten lukumäärään. Tässä todennäköisyyskäsityksessä turvaudutaan runsaasti onnenpeliesimerkkeihin, ja von Kries näkee yhteiskunnallisissakin tapahtumissa onnenpelinomaisia piirteitä. Kuitenkin klassisesta todennäköisyysmääritelmästä luovuttiin myöhemmin, ja yhtenä syynä oli se, että yhteiskunnan ilmiöiden tarkastelu tällaisen mahdollisuusteorian puitteissa ei enää tuntunut perustellulta.[118]

Mainittakoon vertailun vuoksi, että todennäköisyyden käsitteelle voidaan antaa muunkintyyppisiä tulkintoja. Ns. frekvenssitulkinnassa olennaista on todennäköisyysväittämien ymmärtäminen fysikaalista maailmaa koskeviksi väittämiksi eli raja-arvoksi, jota vaikkapa jokin äärellinen nopanheittosarja lähestyy. Tapahtuman todennäköisyys ymmärretään fysikaaliseksi tosiasiaksi.[119] Frekvenssitulkinnassa joudutaan kuitenkin vaikeuksiin muiden kuin massailmiöiden käsittelyssä. Todennäköisyyden ns. propensiteettitulkinnassa on luovuttu käsityksestä, että todennäköisyys voitaisiin määritellä yksinomaan suhteellisten frekvenssien avulla. Todennäköisyysväittämät ovat enää teoreettisia hypoteeseja, jotka kuitenkin jollakin tavalla ilmaisevat inhimillisestä tiedosta riippumattomia tosiasioita. Propensiteettitulkinnalla on yhteytensä myös fysikaalisen mahdollisuuden käsitteen kanssa: tapahtumaa A sanotaan fysikaalisessa mielessä mahdolliseksi, »jos A:n sattuminen ei ole ristiriidassa minkään maailmassa vallitsevan luonnonlain kanssa».[120] Muita todennäköisyyden tulkintoja ovat esimerkiksi looginen ja episteeminen tulkinta.[121]

Von Kriesin mukaan ei ole vaikeata löytää hänen ajatuksilleen sovelluksia ihmisyhteisön tapahtumissa, koska viime mainitut osoittavat tietyissä suhteissa huomattavaa samankaltaisuutta onnenpelien kanssa. Objektiivisen mahdollisuuden käsite tekee hänen mukaansa ymmärrettäväksi tunnetut säännönmukaisuudet, joita massailmiöt osoittavat ns. suurten lukujen lakia vastaavasti.[122]

---

[118] *Koriath* 1994, 480–481 viitteineen Carnapiin. Huomautus pätee ilmeisesti myös siihen, miten Forsman käsittää todennäköisyyden. On merkittävää, että esimerkiksi Forsmanin tahallisuusopissa siirrytään vanhemman mahdollisuus-käsitteistön sijasta puhumaan todennäköisyyksistä. Todennäköisyys-käsitteistö tunkeutuu meilläkin jo tässä vaiheessa tahallisuusoppiin, vaikka Forsmanin tahallisuuskäsitteistö muuten on oppineen perinteistä. *Forsman* 1900, 181–184.

[119] Ks. *Niiniluoto* 1983, 57 ja yleisemmin 50–71.

[120] *Niiniluoto* 1983, 63.

[121] Jareborg edustanee viime mainittua; *Jareborg* 1995, 103.

[122] *Von Kries* 1888, 183–184; *sama* 1889, 529–530. *Quetelet,* 1921 (alkuteos 1869), 323, mainitsee ihmislajin massana tarkasteltuna kuuluvan fyysisten ilmiöiden luokkaan. Mitä enemmän massaa on, sitä vähemmän yksilön tahdolla on merkitystä. Quetelet'lle ja

Von Kriesille tilastotieto konkretisoi yhteiskunnallista kokemusta ja toisaalta paljastaa uusia säännönmukaisuuksia. Tilastot – yleiset tilastot tai »moraalistatistiikka» – kertovat, että kaikista keuhkokuumeeseen sairastuneista suuri osa kuolee, ja että kaikista yhteisön jäsenistä jokseenkin tietty määrä syyllistyy tiettynä aikana omaisuusrikokseen. Tällaiset säännönmukaisuudet perustuvat siihen, että tietyt »yleiset edellytykset» pysyvät muuttumattomina. Von Kriesin mukaan teoria mahdollisuudesta auttaa meitä muodostamaan käsityksen siitä, mitä oikeastaan kuuluu näihin muuttumattomiin tai vain hitaasti muuttuviin tiettyjen tapahtumien »yleisiin edellytyksiin» ja missä suhteessa tilastojen suurina lukuina esiintyvä säännönmukaisuus on näihin palautettavissa.[123]

Esimerkkinä yleisistä ja muuttumattomista edellytyksistä von Kries mainitsee ihmisten keskimääräisen terveyden- ja voimien tilan, heidän toimintojensa laadun ja toteutuneiden vahingoittumisten yhteismäärän.[124] Kun jotakin samankaltaista tapahtumasarjaa loputtomasti toistetaan, on aina määrätynlaisesta alkuasetelmasta kiinni se, syntyykö tietty seuraus vai ei.[125]

Von Kriesin mukaan teoria mahdollisuudesta voi valaista oikeudellisesti kiinnostavista käsitteistä ennen muuta aiheuttamista ja kausaaliyhteyttä. Niin kauan kuin pysytään ainoastaan konkreettisen tapauksen olosuhteissa, teon voidaan sanoa aiheuttaneen vahingollisen seurauksen vain siinä mielessä, että ilman tekoa sitä ei olisi syntynyt. Adekvaattisuusopissa tähän lisätään arvostelma siitä, oliko teko omiaan johtamaan tiettyyn seuraukseen, oliko sillä tendenssi johtaa seuraukseen. Tämä taas riippuu siitä, liittyykö tietyntyyppisiin tekoihin havaintojen mukaan säännönmukaisesti tuo seuraus.[126]

Von Kries asettaa kausaalisuusvaatimuksen konkreettisen teon ja seurauksen välillä sinänsä ajatuskoeoletuksen mukaisesti. Yleisen tason kausaalisuus-

---

mm. Guerrylle on yhteistä oletus moraalisen elämän ilmiöiden sijoittumisesta massailmiöinä tietyille »skaaloille» ja niiden selitettävyydestä viime kädessä fysikaalisilla ja materiaalisilla olosuhteilla.

[123] *Von Kries* 1889, 530–531.

[124] Keskimääräisihminen oli tunnetusti Quetelet'n sosiaalisen fysiikan tutkimuskohde ja luomus. Ks. esim. *Quetelet* 1921, 3 ja passim.

[125] *Von Kries* 1889, 531; *sama* 1888, 192–193.

[126] *Von Kries* 1889, 531–532. Objektiivinen mahdollisuus eli tendenssi on samalla on omiaan -vaarantamista!

Quetelet'n sosiaalisessa fysiikassa pyrittiin nimenomaan määrittämään ihmisten taipumuksia, tendenssejä tiettyjen tekojen, kuten avioliiton solmimiseen tai itsemurhan tekemiseen. *Quetelet* 1921, 332–334.

suhde taas koskee tekotyyppien suhdetta tapahtumatyyppeihin.[127] Von Kriesillä on näin ollen myös selkeä tyyppiteoria adekvanssiopissaan. Kausaalisuusopissa tarkoituksena ei niinkään ollut antaa positiivinen perusta syyksilukemisopille kuin rajata järkevän syyksilukemisen mahdollisuuksia satunnaisesti aiheutuneista seurauksista.[128]

Molemmat käsitteet, konkreettinen aiheuttaminen ja »elämän sääntö», saavat mahdollisuuden teoriasta uuden perustan. Tietyt teot nimittäin lisäävät vahinkoseurauksen mahdollisuutta. Näin kuvattu yleinen kausaaliyhteys on jotakin muuta kuin edellä sanottu konkreettinen aiheuttaminen. Von Kriesin mukaan jo yleinen oikeustaju sanoo, että konkreettinen aiheuttaminen ei vielä ole riittävä syyksilukemisen peruste. Tyydyttävään vastuunrajaukseen ei päästä myöskään tekemällä vastuun perustava aiheuttaminen syyllisyydestä riippuvaksi. Onkin tarpeellista lisätä vaatimus siitä, että oikeudenvastaisen teon on tullut olla syntyneeseen seuraukseen yleislaatuisessa yhteydessä. Teon tulee olla yhteiskunnan yleisten olosuhteiden mukaan yleisesti omiaan tuottamaan tuollaisia vahinkoseurauksia.[129]

Näissä tapauksissa aiheuttamista voi sanoa adekvaattiseksi. Ei-adekvaattisesta eli satunnaisesta aiheuttamisesta taas on kyse silloin, kun yleinen yhteys puuttuu, mutta yksittäistapauksessa voidaan kuitenkin väittää, ettei seuraustakaan olisi syntynyt, mikäli tietty oikeudenvastainen teko olisi jätetty tekemättä.[130] Adekvaatti ei viitannut ennakoitavuuteen, vaan edellytyksen asianmukaisuuteen, soveltuvuuteen aiheuttamaan kyseisenlainen seuraus. Esim. Roxin kääntää alkuaan latinankielisen termin »adäquat» »dem Erfolge angemessen».[131] On sinänsä jännittävää, että adekvaatio voitaisiin ehkä liittää myös intressiopin keskeiseen ajatukseen tasapainosta erilaisten »lähtökohtaisesti» legitiimien intressien välillä.

Adekvaattisuus saattaisikin olla ymmärrettävissä kokemusperäisiin perusteisiin palautuvan syyksilukemisen asianmukaisuudeksi yhteiskunnallisen tiedon valossa. Seuraus luetaan syyksi, jos toiminta on loukannut intressien soveliasta tasapainoa. Ewald liittää intressiopin nimenomaisesti arvojen suh-

---

[127] Ks. myös *Koriath* 1994, 477.

[128] Tästä myös *Koriath* 1994, 481–482. – Hän pitää von Kriesin subjektiivista adekvanssioppia tosiasiassa lähellä syyllisyyden todennäköisyystahallisuusteoriaa olevana. *Mt.*, 483.

[129] *Von Kries* 1889, 532.

[130] Tässä on tavallaan puhdas yksittäistapauksellinen kausaalisuus, joka on ymmärretty kontrafaktuaalisen kausaalisuusteorian mukaisesti ja sinänsä ajatuskoeoletusta vastaavasti.

[131] *Roxin* 1997, § 11 A IV Rn 35.

teellistumiseen. Arvojen suhteellistuessa käy niin, että teot lakkaavat olemasta »itsessään väärin». Teot ovat enää väärin jossakin kontekstissa, suhteessa toisten intressien suojan tarpeeseen. Ratkaisut ovat silloin perustavalla tavalla tapauskohtaisia, eikä niitä voida johtaa yleisistä periaatteista.[132]

Von Kries antaa adekvaatista kausaalisuudesta tunnetuksi tulleen esimerkin. Kuski ajaa huomaamattomuudesta, vaikkapa nukahdettuaan, väärälle tielle, ja salama iskee kyydissä olevan matkustavaisen kuoliaaksi. Huolimattomuus on silloin in concreto aiheuttanut matkalaisen kuoleman, eli seuraus olisi jäänyt normaalisti toimittaessa syntymättä. Silti seurausta ei voida syyksilukea, koska kuskin nukahtaminen ei ole yleisesti lisännyt mahdollisuutta salamaniskusta johtuvaan kuolemaan, se ei ole yleisesti omiaan sellaisen aikaansaamiseen. Sen sijaan, jos vaunut olisivat vaikkapa kaatuneet tien sivuun, sanottaisiin, että ajurin huolimattomuus lisäsi sellaisen onnettomuuden mahdollisuutta tai todennäköisyyttä.[133]

Von Kries todellakin analysoi tässä paljolti samalla tavoin saman syyksilukemisen ongelman, jonka vastaukseksi Roxin kehitti 1960-luvulla riskinkorotusopin. Roxin pitää von Kriesin opin lähtökohtia asianmukaisina. Virheenä on Roxinin mukaan yhtäältä se, että adekvanssinäkökohta esitetään osana kausaalisuusoppia, vaikka asiallisesti on kyse seurauksen syyksilukemisesta, ja toisaalta se, että huomiota kiinnitetään vain yhteen tapauskokonaisuuteen eli syyksilukemisen poissulkeutumiseen sillä perusteella, että kausaalikulku on epätavallinen.[134]

Von Kries viittaa siihen, että adekvaattisuuden ja ei-adekvaattisuuden erottelulla on yhteyttä toiseen erotteluun, jota usein on yritetty tehdä »syyn» ja »edellytyksen» välillä. Jos teko on johtanut vahingolliseen seuraukseen ainoastaan satunnaisella tavalla, sitä sanotaan seurauksen edellytykseksi, mutta ei syyksi. Von Kries päätyy kuitenkin siihen, että jonkin tietyn vaikuttavan tekijän osoittaminen pääasialliseksi syyksi voi olla kiinni monista eri näkökohdista, eikä syyn käsite sen vuoksi ole tieteellisessä mielessä käyttökelpoinen. Siksi myöskään syyksilukemista ei voida tehdä riippuvaiseksi esimerkiksi siitä, että jonkin teon tulisi olla muita seikkoja enemmän myötävaikuttamassa seurauksen syntyyn. Näin ollen rikosoikeudessa seuraus olisi von Kriesin mukaan luettava sen syyksi, joka sen on adekvaattisesti oikeudenvastaisella (syyllisyyttä osoittavalla tavalla) toiminnallaan aiheuttanut.

---

[132] Ks. tästä tematiikasta *Ewald* 1986, 471–472.

[133] *Von Kries* 1889, 532; *sama* 1888, 200–201, 214–215. Nukahtaminen ei ole tekona aivan ongelmaton.

[134] *Roxin* 1997, § 11 A IV Rn 35–37.

Tämä sääntö jättää kuitenkin von Kriesin mukaan seurauksen syyksilukemisen ja syyksilukematta jäämisen rajan väistämättä epätäsmälliseksi.[135]

Adekvaattisuuden ja satunnaisuuden rajakohta ei siis ole aivan selvä. On selvästi satunnaista ja selvästi adekvaattia aiheuttamista. Satunnaisessa aiheuttamisessa oletetaan, ettei vastuu tule kysymykseen, ja adekvaatin aiheuttamisen kohdalla, että tekijä periaatteessa vastaa.

Von Kriesin kausaalisuusteorian tarkoituksena ei ole antaa sellaisenaan ratkaisua käytännöllisissä syyksilukemisen kysymyksissä, vaan käytännön ratkaisijan on usein lisättävä syyksilukemisen aktiin vielä oma arvostelmansa. Esimerkiksi jos joudutaan pohtimaan sitä, onko taitamaton lääkärinhoito ollut syynä seurauksen syntyyn, ongelmat eivät mitenkään aina koske sitä, että tapahtumainkulkua ei tunneta. Syyksilukemisen ongelmat ovat sen luontoisia, etteivät mitkään loogiset tai yksittäistapausta koskevat selvittelyt voi kokonaan poistaa niiden epäselvyyttä.[136] Radbruchin adekvanssioppiin kohdistama kritiikki perustuu juuri tähän puutteeseen. Radbruch ei von Kriesin tapaan usko, että ratkaisutoiminta voisi poistaa tätä perustavanlaatuista epätäsmällisyyttä.[137]

Myöhemmin käsiteltävässä opissa teon huolimattomuudesta tai seurauksen objektiivisesta syyksilukemisesta kehitellään eritoten niitä oikeudellisia periaatteita, joiden perusteella seurauksen syyksilukemisesta tulee päättää. Vaarallisuus tai riskin lisääminen ei olekaan koko totuus seurauksen syyksilukemisesta. Normatiiviset vastuukysymykset eivät ratkea suoraan kausaalisuutta tai vaaraa koskevien käsitteellisten ehtojen mukaan. Kuten jo von Barin teorian yhteydessä havaittiin, esimerkiksi sallitun riskin tilanteessa seuraus jää syyksilukematta, vaikka sinänsä on syyllistytty riskinottoon. Kausaalisuus ja vaarantaminen ovat kuitenkin »alkuehtoja» seurauksen rikosoikeudelliselle syyksilukemiselle. Näiden käsitteiden analyysi on siten olennainen osa syyksilukemiskysymysten paikantamista.

Von Kriesin opissa mahdollisuustarkastelu määrittää tietyt puitteet vastattaessa kysymykseen, onko tekijän vastattava seurauksesta, mutta se ei mahdollista soveltamista suoraan sääntönä. Harkintatilanteessa vaaditaan punnintaa. Ongelmaksi jää, ettei hän pääse tästä asetelmasta eteenpäin. Mistä sitten vastuun rajat ja adekvaattisuus ovat kiinni, elleivät ne määräydy suoraan mahdollisuuden kriteerillä? Von Kries ilmeisesti lähtee siitä, että mitään muita kriteereitä kuin mahdollisuus ei tarvita, ja että tarkka raja asetetaan tapaus-

[135] *Von Kries* 1889, 533.
[136] *Von Kries* 1888, 213.
[137] *Radbruch* 1902, 9–30, 59–60.

kohtaisesti. Oikeuskäytännössä olisi mahdollista täsmentää adekvaattisuuden rajoja.[138] Kausaalisuusteoria ei näin pystynyt ratkaisemaan loppuun saakka sitä ongelmaa, jota ratkaisemaan sitä kehiteltiin.

Toisen käyttöalan mahdollisuuden käsitteelle von Kries löytää vaaran käsitteestä. Hänen määritelmänsä mukaan vaara on objektiivinen mahdollisuus vahingollisen tapahtuman syntyyn. Vaaran käsitteen täsmentäminen voidaan tämän mukaan tehdä vain yleistävän tarkastelun perusteella. Yleistäminen taas voidaan tehdä eri tavoilla, mistä saadaan jako vaaraan suppeassa ja laajassa merkityksessä. Von Kriesin mukaan myös vaaran käsite esiintyy rikosoikeudessa eri yhteyksissä. Esimerkiksi yleisvaarallisten rikosten kohdalla käsitteen ala on suppeampi kuin yritysopissa.[139] Myös vaaran käsitteen analyysi on von Kriesin käsityksen mukaan hyödyllistä, vaikka siinä ei ylletä vaaran oikeudellisen merkityksen tyhjentävään käsittelyyn. Vaaditaan teoreettista analyysiä sen selvittämiseksi, mitä vaaraa koskevassa harkinnassa pitää ottaa huomioon.[140]

Von Kriesin mukaan hänen teoriassaan yritetään tiettyyn määrään saakka määrittää uudelleen joukko sellaisia käsitteitä, joista luultiin jo olevan välttämätöntä luopua. Hänen mukaansa von Burin kausaalisuusteorian pohjalta oli tultu usein käsitykseen, että »tendenssi tuottaa seuraus» ei perustuisi mihinkään tunnettaviin objektiivisiin edellytyksiin.[141] Tämä oli johtanut oikeudellista arviointia koskevaan periaatteelliseen muutokseen. Tarkkaa kausaalisuusarviointia yritettiin täydentää ennakoitavuudella. Seurauksen synty on sitä kautta kytketty tekijän tahdosta riippuvaksi.[142]

Von Burin katsomus oli siis johtanut subjektiivisten ja syyllisyyteen kuuluvien elementtien korostumiseen rikosopissa, kun taas kriesiläinen mahdollisuusteoria toimii vastakkaiseen suuntaan luoden pohjaa kausaalisuusteorian ja vaarakäsitteistön kehittelylle objektiivisempaan suuntaan.

---

[138] *Von Kries* 1888, 238. Jareborg puhuu vastaavan tyyppisestä näkökohdasta gärningsculpa-arvion kohdalla. Jareborg nimenomaan edellyttää teon huolimattomuuden arvioinnilta joustavuutta, jotta arviot aina voidaan sopeuttaa muuttuneisiin tarpeisiin ja arvostuksiin. *Jareborg* 1984, 229, 233, 246; *sama* 1994, 67.

[139] *Von Kries* 1889, 533–534. Vaaran käsitteestä yleisesti ja erityisesti rikosoikeuden kannalta, *von Kries* 1888, 287–323.

[140] *Von Kries* 1988, 427.

[141] Von Kriesin todennäköisyysoppia ja objektiivisen mahdollisuuden teoriaa oli kuitenkin jo sovellettu *Rohlandin* tutkimuksessa Die Gefahr im Strafrecht, 1886.

[142] *Von Kries* 1889, 535; *sama* 1888, 402–403.

1.8.3 Yhteiskunnan massailmiöiden tutkimus ja hallinta

Von Kriesin kausaalisuus- ja vaaraopissa sovelletaan sellaista tilastotieteeseen perustuvaa sosiologista näkemystä, jonka juuret palautuvat Quetelet'n sosiologiaan. Sosiaalinen todellisuus konstruoidaan siinä todennäköisyysteorian ja tilastotietojen pohjalta, ja sosiaaliset tapahtumat irrotetaan kontekstistaan. Sosiologia objektivoi kohteensa. Quetelet'lle keskimääräisihminen on yhteiskunnan täydellinen objektivaatio. Von Kriesin vaikutuksesta Quetelet'n sosiaalinen fysiikka saa vaikutusta suoraan myös rikosoikeudellisessa vastuuopissa, pureutuen vastuun keskeisimpiin elementteihin. Yhtenä välittäjänä von Kriesin teoriassa on Lexis, jonka teoriaa yhteiskunnan massailmiöistä von Kries soveltaa omassa teorianmuodostuksessaan. Massailmiöiden teoriaa, jolla sosiaalinen todellisuus oli irrotettu yksilötoimijoista, voitiin näin sujuvasti käyttää vastuuopin uutena perustana.[143]

Kausaalisuuden ekvivalenssiteoriassa suoritettu sosiaalisen tapahtumisen objektivointi johti suuriin ongelmiin oikeudellisen vastuun kannalta, koska siinä nähtiin vastuusuhteita periaatteessa äärettömästi. Kehitetty uusi yhteiskunnan ja yhteiskunnallisten kausaalisuhteiden objektivaation tapa oli puolestaan tarkoitettu paitsi antamaan rikosoikeuden soveltamisen kannalta relevantille tiedolle ja käsitteenmuodostukselle uusi tieteellinen perusta, myös saattamaan oikeudellisen vastuun perusteet yleistä kokemusta vastaavaksi.

Ewald katsoo, että kahden viime vuosisadan suurin poliittinen tapahtuma on ollut todennäköisyyslaskennan käyttöönotto yhteiskunnan hallinnoinnissa. Uuden rationaalisuustyypin puitteissa tultaisiin määrittelemään uudestaan modernien yhteiskuntien hallinnoinnin ongelmat.[144] Von Kriesin kausaalisuusteoria asettaa uudestaan kysymyksen oikeudellisen vastuun rakenteesta, perusteesta ja legitimaatiosta. Se pelastaa ainakin hetkellisesti ajatuksen kausaalisuhteiden objektiivisesta arvioinnista sellaisessa tilanteessa, jossa aiempi teoria oli joutunut vaikeasti ratkaistavaan kriisiin, kun valittavana oli vain metafysiikka tai käytännössä kestämätön kausaalisuuden ekvivalenssiteoria. Von Kriesin kausaalisuusopissa kausaalisuuden ja vaaran käsitteet määriteltiin yhteiskunnasta olevan tiedon varassa. Kausaalisen syyksilukemisen sääntö, tai ainakin tuon säännön puitteet, saatiin yhteiskunnasta, joskin konkreettisen tapauksen ratkaisu saattoi vaatia lisäksi muuntyyppistä arvostelmaa.

---

[143] Löytö on Ewaldin esityksen valossa oikeastaan yllättävä. Ewald on siinä käsityksessä, ettei sosiaalisten ilmiöiden säännönmukaisuus heijastunut välittömästi mitenkään siihen, miten rikoksia ja rikollisia oikeudellisesti arvioitiin. Vrt. *Ewald* 1993, 212–213.

[144] *Ewald* 1993, 171.

Von Liszt ei hyväksynyt Quetelet'n sosiaalista fysiikkaa, vaan katsoi sellaisen katsomuksen johtavan fatalismiin. Yhteiskunnan lainalaisuudet eivät von Lisztin mielestä olleet sillä tavoin »rautaisia», etteivätkö monet olosuhteet olisi myös muutettavissa. Onkin selvää, että von Lisztillä tiedonintressi oli toinen kuin Quetelet'lla: von Liszt pyrki sellaiseen rikoksentekijäluokitteluun, jonka varaan voitaisiin rakentaa kriminaalipoliittisesti perusteltu seuraamusjärjestelmä, kun taas Quetelet etsi ihmisen muodossa piilevää kauneutta keskimääräisihmisen ideaalista. Quetelet'n ihminen oli von Lisztin ja rikosoikeuden kannalta auttamattoman epäkiinnostava; kriminaalipolitiikka ei pysty tarttumaan siihen.[145] Von Kries taas ei ollut niinkään kiinnostunut siitä, mihin muihin tarkoituksiin yhteiskunnan tason ilmiöiden kuvausta voisi käyttää kuin niiden aivan tiettyjen ongelmien ratkaisuun, joita hän itse käsitteli.

Yleisen tason kokemustietoon tukeutuminen oli joka tapauksessa olennainen uutuus ns. yleistävissä oikeudellisissa kausaalisuusteorioissa. Myös esimerkiksi von Kriesiinkin vaikuttaneessa Lexisin todennäköisyysteoreettisessa tilastososiologiassa yksittäisten tapahtumien kausaaliset lainalaisuudet olivat toisarvoinen, sivussa oleva seikka. Tilastollinen ja todennäköisyysteoreettinen yhteiskunnan massailmiöiden tarkastelutapa »loi uuden todellisuuden», tutki ilmiöitä, joita ei voinut palauttaa yksilötason syihin eikä yleensäkään mihinkään luonnontieteellisiin selitysmalleihin. Kyse oli Quetelet'n tyyppisestä tarkastelutavasta, jossa moraali menettää merkityksensä. Lexisin teorioissa ei kuitenkaan ollut kyse sosiaalisesta fysiikasta, vaan vain sosiaalisten massailmiöiden kuvaamisesta. Lexis ei uskonut, että tietoiseen ja harkittuun ihmisen toimintaan voitaisiin yleensäkään soveltaa luonnontieteellisiä selitysmalleja.[146]

Massailmiöiden taso irtosi sosiaalisena kokonaan yksilöiden tasosta. Moraalistatistiikan tehtävänä oli ainoastaan havaintojen tekeminen ja laskeminen.[147] Moraalistatistiikka ei koskenut yksilömoraalia. Massailmiöitä voitiin analysoida, ja selittää »osissa», ts. tutkia ilmiöiden vaihteluita erilaisiin luokituksiin nähden, mutta massailmiöiden tasolta ei voitu kuitenkaan siirtyä pois.[148]

Lexisin mukaan ilmiöiden muuttuminen on yhteydessä ilmiöiden edellytysten muuttumiseen. Hän myös lähtee siitä, että ihmisten yksilölliset omi-

[145] Ks. *von Liszt* 1905 II, 5–8.
[146] Ks. esim. *Lexis* 1903, 220.
[147] *Lexis* 1903, 221, 240–241.
[148] Ks. yleisesti *Lexis* 1903, 213–251, erit. 240–242.

naisuudet, jotka viime kädessä vaikeuttavat yhteiskunnan ilmiöiden kausaalista selittämistä, vaihtelevat vain tietyissä rajoissa. Sosiaalisia ilmöitä voidaan toisaalta tarkastella muutenkin kuin tilastollisesti. Sosiaalisten ilmiöiden kausaalinen selittäminen voi olla mahdollista tällä alueella. Massailmiöt nimittäin palautuvat viime kädessä ihmisten toimintaan, josta meillä oman tajuntamme vuoksi on välitön ymmärrys. Tämä mahdollistaa tieteellisen sosiologian laajentamisen tilastollisen sosiologian suppean alueen ulkopuolelle, kuitenkin niin että sen on pysyttävä empiirisen todellisuuden puitteissa.[149]

1.8.4 Von Kriesin opin merkityksestä

Ewaldin mukaan vasta vakuutuksen kehittyminen toi sosiaalisen fysiikan vaikutukset kosketuksiin oikeudellisen käytännön kanssa. Von Kriesin esimerkki osoittaa, että uutuuden merkitys ei rajoittunut vakuuttamisen uuden vastuukategorian ja vastuutyypin alueelle, vaan sovelluksia uudelle tiedolle löytyi pian jopa rikosoikeudessa. Hegeliläisen filosofian syrjäytyminen intressilainopin ja positivististen tieteiden tieltä oli yksi edellytys tällaiselle vaikutukselle. Toisaalta ajatus yhteiskunnallisesta kokemustiedosta oikeudellisen ratkaisutoiminnan perustana ei ehkä ollutkaan niin radikaalisti uutta kuin Ewald arvelee. Jo roomalaisen oikeuden bonus pater familias -standardi edellytti keskimääräisihmisen objektivaatiota, joten ajatus tällaisesta ei ollut sittenkään sidoksissa yksinomaan epistemologisesti uuteen tilastojen kuvaamaan yhteiskuntakäsitykseen. Roomalaisen oikeuden harrastus oli erityisen voimakasta saksalaisessa tieteessä 1800-luvun loppupuolella, ja tätä kiinnostusta voi sanoa yhdeksi intressilainopillista tutkimusta karakterisoivaksi tekijäksi.[150]

Von Kriesiä voi pitää uudentyyppisen modernin syyksilukemisopin tienavaajana. Hän luonnostelee itse asiassa riskinlisäämisoppia, joka tulee suhteellisen lähelle sitä, miten näitä asioita on käsitelty modernissa objektiivista syyksilukemista koskevassa kirjallisuudessa.[151] Objektiivisen mahdollisuuden teorian mukaan yleistetty vaarallisuus, teon tendenssi seurauksen synnyttämiseen, on seurauksen syyksilukemisen periaate. Käsitys on siinä mie-

---

[149] *Lexis* 1903, 243–244.

[150] Myös keskimääräisintressin käsite, sellaisena kuin se esiintyy mm. *Honkasalolla* (1965, 141–142) ja *Mezgerillä* (1931, 199) oikeushyvän määritelmässä, on peräisin von Iheringiltä.

[151] Koriath on nimenomaan tästä syystä tarkastellut von Kriesin adekvaatin kausaalisuuden oppia hyvin tarkasti. *Koriath* 1994, 470–483.

lessä naturalistinen, että vaarallisuutta koskeva tieto saadaan todellisuutta kuvaamalla.

Enää ei uskota massailmiöiden lainalaisuuksiin samaan tapaan kuin ehkä näiden kirjoittajien aikoihin. Kausaalisen syyksilukemisen »yhteiskunnallistuminen» edellytti luonnollisesti, että riskeistä ja vaaroista tuli myös olla tietoa. Muuten oltaisiin vaarassa liukua takaisin siihen, ettei syyksilukeminen olisi tieteen keinoin kontrolloitavissa.[152] Klassisen todennäköisyysteorian hylkääminen perustui mm. siihen, että »mahdollisuusteoria» ei ollutkaan mielekäs tapa puhua yhteiskunnasta. Adekvaattisuusopin näennäistäsmällisyys todisti sen tieteellisyydestä, mutta tällä oli hintansa.[153]

Von Kriesin kausaalisuusoppi perustaa vastuun seurauksen syntymisestä sen varaan, että jokin teko oli ollut huomioon otettavalla tavalla vaarallinen seurauksen syntymisen suhteen eli seurauksen syntyminen oli tekijän näkökulmasta objektiivisesti mahdollista, ja seuraus myös oli syntynyt. Ennakoitavuus ei kuulunut osaksi kausaalisuusoppia, vaikkakin objektiivinen mahdollisuus teki tekoon liittyvät vaarat myös tekijän tiedettäviksi. Toimiva, tietoinen ja tahtova subjekti siirtyi tarkastelussa sivummalle. Von Kriesin tyyppistä kausaalisuusoppia syytettiin liiallisesta naturalismista. Seuraavassa tarkastellaan lähemmin eräitä naturalismin kriitikoita. Myös heidän ajatuksensa ovat olleet tärkeitä modernien syyksilukemisoppien kehityksessä.

1.9 Naturalistisen syyksilukemisopin kritiikit

1.9.1 Larenz ja Honig

Karl Larenzin mielestä von Kries ei sinänsä välttämättä ole väärässä, mutta teorian luonnetta ei kuitenkaan ymmärretä tuossa teoriassa oikein. Von Kries ei lainkaan pohdi sitä, minkä vuoksi objektiivinen mahdollisuus perustaisi tekijän vastuun, koska se – Hegelin formaalin mahdollisuuden tavoin – sulkee sisäänsä yhtä lailla sen mahdollisuuden, ettei seurausta synny.[154] Syyksilukemisoppina teoria adekvaattisesta kausaalisuudesta jää siten vaille pe-

[152] Tämä kehityskulku joka tapauksessa merkitsi teoreettisen käsittämisen tavan kannalta liikkumista sosiaalisen oikeuskäsityksen suuntaan. Syyksilukemisessa olennaiseksi tulevat toimintaan liittyvät riskit, ei yksittäinen teko. Tämän kaltainen syyksilukemismalli edellyttää sitä, että yhteiskunta voidaan kuvata tarkasti.

[153] Ks. historiantutkimuksen kannalta esim. *Ricoeur* 1984, 182–192; *Unger* 1976, 8–23.

[154] Hegelin mutkikkaasta modaaliteoriasta ks. *Manninen – Kusch* 1987, erit. 236–238, 245–251.

rustelua, eikä se sitä paitsi ole kausaalisuusteoria lainkaan, vaan nimenomaan syyksilukemisteoria.[155]

Vaikka puhutaan objektiivisesta mahdollisuudesta, sen on Larenzin mukaan silti aina oltava mahdollisuus jollekin subjektille, muuten sitä ei voitaisi käyttää syyksilukemisessa. Hegeliläisittäin pelkkä kausaalinen tapahtuminen on aina satunnaista, ja vasta kytkentä tietoiseen toimintaan tekee siitä merkityksellistä. Teolla on kytkentä subjektiin, mikä erottaa teon kausaalisesta tapahtumisesta.[156]

Seurauksen syyksilukeminen voi tältä kannalta ulottua vain niin pitkälle kuin tapahtumia voidaan tahdon avulla hallita. Syyksilukemisen periaate on Larenzin mielestä välttämättä teleologinen.[157] Syyksilukemiskysymyksen dialektiikka[158] on siinä, että teko ja sen seuraukset ulottuvat satunnaisen luonnonkausaalisuuden alueelle. Oman teon ja satunnaisen seurauksen välillä ei voikaan olla selvää rajaa.

Larenz pyrkii Hegelin ajatuksia kehitellen rajaukseen subjektille mahdollisen ennakoitavuuden kriteerillä. Ennakoitavuudelle määrätään kuitenkin objektiivinen mittapuu.[159] Objektiivinen syyksilukeminen pitää tämän mukaan

---

[155] Luhmann kääntää Larenzin havaitseman puutteen eduksi. Riskinoton käsitteellä voitiin laajentaa rationaalisen toiminnan käsitettä ja minimoida jälkikäteistä katumusta. Vaikka kävisi huonosti, toimintapäätös ei sinänsä aina ole ollut virheellinen. Tekijän näkökulmasta seurauksen syntyminen tai syntymättä jääminen on riskinottotilanteessa aina kiinni myös sattumasta. *Luhmann* 1991, 16–23.

[156] *Larenz* 1927, 82–84. Adekvaattisuusopissa käytetty ns. objektiivinen mahdollisuus tulisi hänen mukaansa korvata subjektiivisemmalla mahdollisuudella, subjektille mahdollisella ennakoitavuudella.

[157] *Larenz* 1927, 84: »Die Willenskausalität, die Urheberschaft, reicht so weit, wie die Möglichkeit der Voraussicht und Beherrschung; diese Möglichkeit bezeichnet die Grenze der Zurechnung, die die eigene Tat vom Zufall scheidet.»

[158] *Larenz* 1927, 76.

[159] Hegelille vasta moraalisen tahdon ilmaus on teko. Ks. *Hegel* 1994, 113 §. Hegelille on tärkeää, että oikeudellista syyksilukemista ei sidota liiaksi yksilön omiin subjektiivisiin käsityksiin. Moderni valtio on järkikäsitteen objektivoituma, samoin kuin sen positiivinen oikeus. »... valtiossa... oikeudellisen syyksilukemisen ei pidä jäädä siihen, mitä yksilö pitää järkensä mukaisena tai sen vastaisena. Siinä ei siis ole pitäydyttävä subjektiiviseen näkemykseen oikeudenmukaisuudesta tai epäoikeudenmukaisuudesta, hyvästä tai pahasta, eikä vaatimuksiin, joita yksilö esittää vakaumuksensa tyydyttämisen puolesta.» *Hegel* 1994, 132 §:n Huomautus.

Hegelin oikeusfilosofiassa jätetään kuitenkin tarkemmin kehittelemättä oikeudellisen syyksilukemisen suhde moraaliseen syyksilukemiseen. Oikeuden positiivisena oikeutena tulisi käsittää siinä suhteessa omat sääntönsä ja periaatteensa. Oikeuden pitäisi positivoida järjellinen ja objektiivinen oikeudellinen syyksilukeminen. Muutoin joudutaan liiaksi luot-

perustaa teleologiseen periaatteeseen. Teleologinen lähtökohta selittää myös laiminlyönnin kausaalisuuden todellisen luonteen. Laiminlyönti on sitä, että laiminlyödään tietty mahdolliseksi kuviteltu teko. Tekoa ja laiminlyöntiä yhdistää kytkentä subjektin tahtoon ja siihen, mitä on sen ennakoitavissa.

Luonnontieteellinen positivismi on Larenzin mukaan selvä taantuma, mikäli siihen tukeudutaan suoraan oikeudellisessa ja moraalisessa ajattelussa. Rikosteon ulkoinen ja sisäinen puoli erotetaan silloin kokonaan toisistaan irrallisiksi. Teon käsitteen moraalinen sisältö häviää. Seuraus käsitetään arvoista erotetuksi kausaaliseksi luonnontapahtumaksi. Samalla subjektikin esineellistetään ja ulkoistetaan saman kausaaliketjun osaksi. Henkinen korvataan fysiologisella. Mieli ja merkitykset samoin kuin arvot katoavat maailmasta, ja samalla järjellisyys. Syyksilukeminen edellyttää kuitenkin persoonaa ja hänen vapauttaan. Ellei tekoja tulkita teleologisesti, näyttäytyy kaikki vain satunnaisuutena ja kaaoksena.[160]

Objektiivinen syyksilukeminen on välttämätön osa lainoppia. Syyksilukeminen on välttämätön käytäntö, mutta kausaalisuus ei voi toimia syyksilukemisen periaatteena. Objektiivinen syyksilukeminen on »esikysymys» oikeudenvastaisuuden arvioinnin kannalta. Objektiivinen syyksilukeminen vastaa siihen, onko kyse tekijän teosta.[161]

Täsmentäessään syyksilukemisoppiaan Larenz joutuu vaikean ongelman eteen. Miten objektiivinen syyksilukeminen sitten voidaan oikein tehdä, jos kriteerinä on subjektille mahdollinen ennakoitavuus? Kenestä subjektistä on kyse? Larenz tukeutuu abstraktin persoonan käsitteeseen. Abstraktio on tarpeen esimerkiksi sen vuoksi, että syyntakeetonkin ihminen voi tehdä tekoja, vieläpä oikeudenvastaisia tekoja.[162]

Abstraktina persoonana ihmistä tarkastellaan vain yleiskäsitteen tasolla, yleiseltä luonnoltaan, eikä konkreettisiin yksilöllisiin kykyihinsä ja ominai-

---

tamaan lainsoveltajien järjellisyyteen valtiota palvelevassa toiminnassaan. Hegelin oikeusfilosofiasta puuttuu sellaisia lenkkejä, jotka täydentäisivät siinä esitetyn teorian yksityiskohtaisemmaksi teoriaksi oikeudellisesta syyksilukemisesta. Ks. myös *Koriath* 1994, 117.

[160] *Larenz* 1927, 70–73; *Koriath* 1994, 120. – Larenz selvästikin pelkää tavoitteellisuuden ja merkityksellisyyden kuihtuvan sitä mukaa, kun hegeliläiset ajatukset oikeustieteessä väistyvät. Todellisuudessahan esimerkiksi von Ihering ja von Liszt nimenomaan tähtäsivät oikeuden tavoitteellisuuteen. Larenzille kuitenkin olennaisinta on se, että positivistinen tieteenkäsitys johti teon käsitteen supistumiseen. Tahdosta tuli vain »hermoärsytystä» ja ruumiinliikkeiden aiheuttaja, joka ei pysty »tahtomaan» etäisempiä seurauksia.

[161] *Larenz* 1927, 92.

[162] *Larenz* 1927, 93.

suuksiinsa nähden. Larenzin mukaan tämä on luonteenomaista oikeudelliselle ajattelulle, jossa on tukeuduttava abstrakteihin mittapuihin. Toisaalta oikeudellisessa ajattelussa ollaan tekemisissä ainutkertaisten tapausten kanssa.[163] Persoonan käsite on filosofinen »järjenkäsite», jolla ilmaistaan se, mikä yleisesti mahdollistaa ihmiselle hänen erityisyytensä järkiolentona, kokonaisuutensa ajattelevana ja tahtovana subjektina ja henkenä. Persoonan käsite vasta luo puitteet konkreettiselle yksilöllisyydelle. Positiivinen, säädännäinen oikeus on vastaavalla tavalla hegeliläisittäin Larenzille »abstraktista oikeutta», vaikka toisaalta tapauskohtainen oikeudenmukainen ratkaisu lisäksi edellyttää, että myös kunkin henkilön subjektiivinen erityisyys otetaan huomioon. Se tulee kuitenkin otettavaksi huomioon vasta syyllisyysopissa.[164]

Larenz ei kehitä syyksilukemisoppiaan aivan täyteen mittaansa. Objektiivinen syyksilukeminen on ihmisen toiminnan tarkastelua abstraktin persoonan toimintana. Näyttäisi siltä, että Larenzin ajatuksissa objektiivinen syyksilukeminen todellakin vastaa vain siihen kysymykseen, onko kyse tekijän teosta. Teko taas antaa pohjan arvosidonnaiselle oikeudenvastaisuus- ja syyllisyysarviolle.[165]

Larenz ei silti loppujen lopuksi tarkenna objektiivisen ja subjektiivisen syyksilukemisen mittapuita ja suhdetta toisiinsa. Hän tyytyy yleisesti arvostelemaan aikansa liioittelua yksilöllisyyskorostuksissa, mille abstraktille henkilöydelle pohjaava syyksilukemisoppi antaa vastapainon. Subjektiivinen syyksilukeminen syyllisyyden alueella seuraa itse asiassa samoja teleologisia periaatteita.[166]

Larenzilainen Hegel-sävytteinen kritiikki osoittaa yhtä suuntaa, josta kausaalisuusopin muuntuminen takaisin syyksilukemisopiksi tapahtui. Samalla se osoitti, että vaatimukset normatiivisisesta syyksilukemisopista perustettiin alun alkaen selvästi filosofiseen kokonaisnäkemykseen. Larenzia ja Honigia voi pitää modernin objektiivista syyksilukemista koskevan opin edelläkävijöinä. He myös välittivät traditioon jälleen filosofisia ideoita teosta ja inhimillisen toiminnan erityisluonteesta. Larenzilla on tukenaan koko hegeliläinen teonfilosofia, Honigin teleologia on riisutumpaa ja lähempänä pelkkää finalistista teonkäsitystä.

Honigille inhimillinen käyttäytyminen on tahdonilmaisua, teleologinen ilmiö, tavoitteellista ihmisymmärryksen puuttumista luonnon tapahtumainkulkuun. Tästä syystä kausaalisuustarkastelut eivät sellaisenaan riitä rikos-

[163] *Larenz* 1927, 94.
[164] *Larenz* 1927, 95.
[165] *Larenz* 1927, 95–96.
[166] Ks. siitä *Larenz* 1927, 96.

oikeudellisen vastuun perusteeksi. Tarvitaan vahvempi oppi objektiivisesta syyksilukemisesta. Honig hyväksyy Larenzin perusajatuksen ja muotoilee teon »olemukseen» perustuvan syyksiluettavuuden periaatteen seuraavasti: »Seuraus on syyksiluettava..., jos se voidaan ajatella tarkoituksellisesti asetetuksi».[167] Tekeminen on olennaisesti luonnontapahtumien hallintaa, mistä syystä syyksilukemisen sääntö täytyy kytkeä samaan.[168] Syyksiluettavuus tällaisessa mielessä vasta konstituoi tunnusmerkistönmukaisuuden kannalta mielekkään teon ja laiminlyönnin käsitteen.[169]

Erillisen syyksilukemisopin rakentamiseen tähtäävät yritykset ovat laajemmassakin mielessä pohjanneet luonnontieteellisen ajattelun jäljittelyn kritiikille. Erityisesti oikeudelliset kausaalisuusopit ovat tarjonneet hyvän kritiikin kohteen. On ollut helppo osoittaa, ettei oikeudellinen vastuu ole kovin suoraviivaisesti sovitettavissa yhteen filosofisten kausaalisuuskäsitysten kanssa. Larenzin hegeliläinen kritiikki lähtee siitä, että oikeudellisessa syyksilukemisessa ensisijaista on toisen henkilön persoonaksi tunnustaminen eikä kausaalisten tapahtumien selittäminen.

1.9.2 Hardwig

Vastaavanlainen naturalistisen ajattelun kritiikki on myös Werner Hardwigin 1957 esittämän syyksilukemisopin taustalla.[170] Hardwigin opin tekee kiinnostavaksi yhtäältä se, että siinä syyksilukeminen nähdään sellaiseksi oikeudelliseksi peruskysymykseksi, joka ei saa sääntöään suoraan kausaalisesta tapahtumisesta tai valmiista oikeusnormeista. Toisaalta Hardwig lähtee siitä, että on oltava yleisiä periaatteita, joihin syyksilukeminen perustuu. Täsmällisinkään teonkuvaus ei ole niin tarkka, etteikö siihen jäisi aukkoja, jotka on täytettävä periaatteilla. Periaatteet eivät ehkä suoraan kuulu kirjoitettuun oikeuteen, mutta voivat silti olla lainsäätäjän tarkoittamia.[171]

Hardwigin tutkimus jakaantuu kolmeen osaan: historialliseen, dogmaattiseen ja systemaattiseen. Dogmaattisessa osassa kehitellään »kausaalisuus-

---

[167] *Honig* 1930, 184. – Mainitussa artikkelissa yhtenä tarkoituksena on soveltaa tavoitteellisuuden periaatetta osallisuusoppiin. Tässä voi nähdä vastaavantyyppisen ajatuksen kuin myöhemmin roxinilaisessa Tatherrschaft-opissa tekijäntoimen rajaamiseksi.

[168] *Honig* 1930, 187.

[169] *Honig* 1930, 192–196.

[170] Hardwigin mukaan yleinen syyksilukemisen käsite esiintyi 1800-luvun hegeliaaneilla. Reichstrafgesetzbuchin säätämisen myötä ja hegeliläisyyden muutenkin väistyessä käsite jäi sivuun, ja kausaalisuuden käsite nousi sen tilalle. *Hardwig* 1957, 4.

[171] *Hardwig* 1957, 5.

uskon» kritiikin kautta yleistä syyksilukemisoppia.[172] Yleisen syyksilukemisopin mahdollisuus pohjaa siihen, että sen avulla voidaan ilmaista rikosopillisten elementtien suhdetta toisiinsa ja luoda niille yhteys. Kausaalisuuden ja teon käsitteen varaan rakentaminen oli nimittäin johtanut siihen, että esimerkiksi teoille ja laiminlyönneille oli rakennettava omat vastuurakennelmansa.[173] Systemaattisessa osassa taas selvitetään syyksilukemisopin vaikutusta tunnusmerkistönmukaisuuden tarkasteluun.

Hardwig on niitä harvoja, jotka yleensä ovat pohtineet sitä, mitä syyksilukeminen on, ja mikä on syyksilukemisen »kohteena». Kausaalisuusajattelun kritiikki saa hänet etsimään sellaista käsitteellistä rakennetta, jolla yleinen oikeudellinen syyksilukemisoppi olisi esitettävissä. Sellaisen yleisen syyksilukemisopin tulisi koskea kaikkia rikoksia.

Seuraavassa tiivistetysti ne periaatteet, joiden varaan Hardwigin mukaan syyksilukemisoppi voidaan rakentaa:[174]

1. Tapahtuminen (ein Geschehen) on oikeudellisesti syyksiluettavissa, jos se kuuluu oikeuden kategorian alaan tai – mikä on sama asia – jos se voidaan saattaa suhteeseen oikeuden kanssa.

2. Syyksilukeminen koskee aina inhimillistä käyttäytymistapaa (Verhaltensweise). Sen vuoksi tapahtuminen on oikeudellisesti syyksiluettavissa vain, jos oikeuden velvoittama on voinut tapahtumiseen vaikuttaa.

3. Rikosoikeudessa luetaan syyksi vain oikeudenvastaista tapahtumista. Tuo tapahtuminen voi olla käyttäytymistapa itse tai yhdessä sen kanssa jokin ulkopuolinen tapahtuma, jos inhimillinen käyttäytymistapa on voinut siihen vaikuttaa.

4. Tapahtuminen on oikeudenvastaista, jos oikeussubjektilla oli oikeusvelvollisuus (Rechtspflicht) välttää[175] tai torjua se, ja jos oikeussubjekti myös syyntakeisuuteen ja muihin oikeusvelvollisuuden edellyttämiin kykyihin nähden olisi näin voinut, jos olisi tahtonut.

---

[172] Hardwigille von Burista ja von Lisztistä alkanut kausaalisuuteen luottaminen syyksilukemisen perustana on johtanut koko tieteen hakoteille. Edes Welzelin finalistinen rikosoppi ei pääse kokonaan siitä harhasta, että teon käsite on rikosvastuun perustana. Siitä syystä kausaalisuususko vaivaa Welzeliäkin. *Hardwig* 1957, 89; kausaalisuususkon totaalikritiikki, ks. *mt.*, 90–110.

[173] *Hardwig* 1957, 116–117.

[174] *Hardwig* 1957, 127–128.

[175] Vältettävyys (Vermeidbarkeit) on Hardwigille tietynlaisen järjen periaatteen asemassa. Ks. esim. *Hardwig* 1957, 119, 121, 125, 130–131. Sittemmin tuo periaate, joka esiintyi jo esimerkiksi Bindingin tuottamusopissa, on ollut mm. Kahrsin laajan tutkimuksen kohteena; *Kahrs* 1968, passim.

5. Oikeudenvastainen tapahtuminen on syyllisyyttä osoittavaa, jos oikeussubjekti konkreettisilta kyvyiltään olisi osannut tahtoa, niinkuin hänen olisi pitänyt.

Jo edellä sanotusta käy selville, että Hardwig pyrkii luomaan syyksilukemisoppinsa tiettyjen varsin yleisluontoisten käsitteiden ja niiden tulkinnallisen yhteyden varaan. Syyksilukemisen kohteena on aina tapahtuminen (ein Geschehen), erityisesti inhimillinen käyttäytymistapa tapahtumisena. Käyttäytymistavalta edellytetään myös tiettyä suhdetta oikeuteen, joka toteutuu kahta kautta. Syyksilukeminen koskee aina vain oikeusvelvollisen käyttäytymistä. Oikeusvelvollisena taas voi olla vain oikeussubjekti. Toisaalta oikeussubjektin on täytynyt voida vaikuttaa tapahtumiseen. Oikeussubjektilla edellytetään olleen vaikutusmahdollisuus, jonkinlainen »herruus» tapahtumiseen nähden. Oikeusvelvollisuudet lienevät Hardwigilla juuri velvollisuuksia vaikuttaa tai olla vaikuttamatta jonkin tapahtumiseen.

Hardwigin periaatteet muistuttavat jonkin verran Larenzin oppia. Persoonan käsite on hallitsevassa asemassa syyksilukemisopin rakennuspuuna. Periaatteista 1–2 koskevat oikeudenvastaisuutta edeltävää yleisintä tasoa. Siinä ratkaistaan vain kysymys teon käsitteen mukaisuudesta (Larenzin objektiivinen syyksilukeminen). Kohtien 3 ja 4 periaatteet taas koskevat tapahtumisen syyksilukemista oikeudenvastaisuuden tasolla, ja kohta 5 oikeudenvastaisen tapahtumisen syyksilukemista syyllisyyden kannalta (Larenzin subjektiivinen syyksilukeminen).

Ensimmäiseksi kiinnittää huomiota se seikka, että samoin kuin Larenzille, myös Hardwigille on tärkeää laiminlyöntivastuun saattaminen yleisen syyksilukemismallin piiriin. Hardwigin periaatteet jopa näyttävät rakentuvan aivan kuin kyse olisi kauttaaltaan laiminlyöntivastuusta.[176] Tekijä vastaa aina siitä, ettei hän ole torjunut jotakin sellaista tapahtumista, joka olisi ollut hänen vaikutettavissaan. Oikeudenvastaisuus ymmärretään aina oikeusvelvollisuuden rikkomisena. Tämä on kuitenkin siinä suhteessa epäluontevaa, että se edellyttää kaikkien rikosten olevan velvollisuusrikoksia. Kuten tunnettua, Roxin on myöhemmin esittänyt, että laiminlyöntirikokset voi ymmärtää velvollisuusrikoksina, kun taas aktiivisen tekemisen yhteydessä puhutaan »herruusrikoksista». Hardwigin omassa konseptiossa tullaan hyvin lähelle samaa käsitystä. Tekorikoksissa korostetaan vaikutettavuutta, laiminlyöntirikoksissa taas erityisesti niihin sisältyvää konkreettisen velvollisuuden rikkomista.[177]

[176] *Vogel* 1993, 58–59.

[177] Laiminlyöntirikosten syyksilukemisesta ks. *Hardwig* 1957, 134–137 (134): »Der Begriff »Unterlassen» gewinnt erst seine Bestimmtheit im Hinblick auf eine konkrete und vorausgesetzte Rechtspflicht.»

Termin »Geschehen» sisältö jää vaikeasti ymmärrettäväksi. Hardwig ei puhu lainkaan siitä, että rikosoikeudessa syyksiluettaisiin seurauksia. Syyksilukemisen kohteena on aina tapahtuminen. Tapahtuminen on ikäänkuin jotakin muuta kuin teko, mutta toisaalta myös muuta kuin tapahtuminen kausaalisena luonnontapahtumisena. Tapahtumisena on aina oikeussubjektin käyttäytymistapa. Käyttäytyminen ja tapahtuminen eivät näin ollen ole toisistaan erillisiä. Toisaalta niiden kuitenkin täytyisi olla erillisiä, jotta olisi mieltä puhua mahdollisuudesta vaikuttaa tapahtumiseen. Nyt tuon vaikuttamisen alaksi jää vain se, onko oikeussubjekti voinut olla syyllistymättä tuohon käyttäytymistapaan. Mitään muuta kausaalisuustarkastelua ei lainkaan tarvita.

Kohta 3 on kuitenkin taas yllättävä siinä, että nyt puhutaan tapahtumisesta (= Ereignis) myös käyttäytymisen ulkopuolisessa merkityksessä. Tekijän vastuuseen joutumisen edellytyksenä on, että tuohon tapahtumaan olisi voitu vaikuttaa käyttäytymistavalla. Hardwig ei kuitenkaan tarkoita tällä vaikuttamisella tavanomaista kausaalista vaikuttamista tai vaikutettavuutta, vaan paremminkin jonkinlaista »ohjattavuutta». Seurausrikoksissa asetetaan Hardwigin mukaan oikeussubjekteille kausaalisia »ohjausvelvollisuuksia». Seurausrikoksissa tekijä on vastuussa sen mukaan, mikä hänen velvollisuutensa kausaalisen tapahtumisen ohjailuun oli. Velvollisuudet taas saavat sisältönsä oikeusnormien sisältämistä käskyistä ja kielloista.[178]

Ohjaamisen tai ohjattavuuden ja hallittavuuden korostaminen tavanomaisen kausaalisuustarkastelun sijaan mahdollistaa sisällöllisen, normatiivisen ja objektiivisen asioiden tarkastelun. Avunantoa voi olla tiirikan antaminen murtovarkaan mukaan, vaikka sitä nyt juuri ei tarvittukaan. Tiirikan mukanaolo on voinut silti olla tapahtumisen kannalta relevanttia; siten on voitu epäsuorasti hallita tapahtumien kulkua. Tässä Hardwigin ajatuksessa on etuna se, että todellakin useissa osallisuusopillisissa malliesimerkeissä kausaalisen myötävaikuttamisen tarkka »määrä» ei ole selkeästi määriteltävissä, eikä intuitiommekaan rakennu yksinomaan tällaisen »selitystyyppisen» tarkastelun varaan.

Vastaavalla tavalla Hardwig käsittelee sellaisia esimerkkitilanteita, joissa varakas eno lähetetään ukonilmalla metsään, koska hänen kuolemaansa salamaniskuun toivotaan. Hardwigin mukaan tällaisessa tapauksessa ei ole tarpeen puhua sosiaaliadekvanssista, koska teosta puuttuu jo ohjattavuus. Tapaukset on kuitenkin ratkaistava yksitellen tarkan harkinnan jälkeen.[179]

---

[178] *Hardwig* 1957, 138–139.
[179] *Hardwig* 1957, 137–154.

Esimerkki osoittaa yhden tavan perustella ennakoitavuuden periaate hallittavuudella ja vältettävyydellä. Seurauksen syntymistä on mahdollista välttää, jos seuraus on objektiivisesti ennakoitavissa ja jos oikeussubjektilla olisi voimia ja keinoja seurauksen estämiseen, mikäli hän olisi sen ennakoinut.[180]

Hardwig tähtää yleiseen, »normatiiviseen» teoriaan oikeudellisesta syyksilukemisesta. Sen vuoksi ei olekaan yllättävää, että hän etsii keskeisesti syyksilukemisen perustalle tukea oikeusjärjestelmän sisältä oikeudellisista velvollisuuksista. Tähän liittyy toisaalta se ongelma, että syyksilukemisoppi ei ole päässyt paljonkaan eteenpäin, jos se ei lainkaan ole pystynyt selvittämään sitä, mitä oikeudelliset velvollisuudet ovat. Joudutaan kulkemaan kehässä. Tekijä vastaa, jos hän on rikkonut velvollisuuttaan, ja velvollisuuden olemassaolo taas on ehkä pääteltävissä vain siitä, että hänet tuomitaan tuosta rikoksesta.

Velvollisuuksiin tukeutumiselle ei kuitenkaan ole Hardwigin mukaan vaihtoehtoa. Oikeudella, myös rikosoikeudella on »kaksoisfunktio». On kahdenlaisia velvollisuuksia, kieltäviä ja käskeviä normeja. Oikeudelliset velvollisuudet, joita kummatkin ovat, taas heijastelevat oikeuden »perustilannetta». Oikeudessa vastakkain ovat järjellä ja tahtomisen tai tahtomatta olemisen kyvyllä varustettu *oikeussubjekti* sekä *tapahtuminen*, johon oikeussubjekti voi puuttua tai olla puuttumatta, mutta toisaalta myös tämä oikeussubjekti ja *oikeus*, joka voi vaatia tapahtumiseen puuttumista tai sen kieltää. Näitä kolmea momenttia ei Hardwigin mukaan voi kokonaan erottaa toisistaan. Se tekee syyksilukemisen asetelmasta aina monimutkaisen.[181]

Velvollisuuksiin tukeutuminen kertoo siitä, että ihminen on jo aina valmiiksi oikeuden sisällä, sen asettamien velvollisuuksien piirissä. Ihminen on oikeuteen nähden tapahtumien ohjailija, joka »vastaa oikeuden edessä». Aina, kun puhutaan oikeudellisesta vastuusta, oletetaan subjektista jo monia asioita, samoin kuin subjektin kyvyistä hallita tapahtumia.[182] Oikeus ei toisaalta voi vaatia ihmiseltä mahdottomia. Oikeudellisen velvollisuuden luonteeseen kuuluu, että se on objektiivisesti ottaen mahdollista täyttää.[183]

Hardwigin mukaan syyksilukemisopissa tahdonvapausongelmakin kuuluu jo yleiselle tasolle, eikä vasta syyllisyysoppiin. Oikeus ottaa tahdonvapauden aksioomana. Oikeusfilosofian ei tarvitse kerätä mitään todisteita tällaisen aksiooman tueksi. Riittää, että osoitetaan tiettyjen oikeuskäsitteiden

[180] *Hardwig* 1957, 153.
[181] *Hardwig* 1957, 160.
[182] *Hardwig* 1957, 160.
[183] *Hardwig* 1957, 168.

(syyllisyys, vastuullisuus) menettävän merkityksensä, mikäli tuosta aksioomasta luovuttaisiin. Hardwigin mukaan viime vuosisadan lopulla voimistunut luonnontieteellinen determinismikään ei voinut vakavasti uhata tätä oikeuden aksiomaattista ydintä.

Tällaiset lausumat viittaavat samaan suuntaan kuin Reinach oikeusfenomenologiassaan tähtäsi. Oikeudella on puhdas käsitteellinen rakenteensa; ja puhtaimmillaan oikeuden olemus tai rakenne tuleekin näkyviin tällaisissa aksiomaattisissa oletuksissa, käsitejärjestelmää yhdistävissä perusoletuksissa, jotka eivät ole empiirisiä, vaan tietynlaisia välttämättömiä oikeudellisten käsitteiden käytön edellytyksiä. Hardwig ei esitä viimekätisiä selityksiä oikeuden tällaisen ytimen perustelulle. Hän tukeutuu käsittääkseni varsin yleisesti siihen ajatukseen, että ihmisen »järkevyyteen» kuuluu olennaisesti käsittämis-, kuvittelu- ja mieltämiskyky. Sen vuoksi on mieltä yleensä siirtyä »normatiiviselle tasolle» ja puhua myös oikeudellisesta pitämisestä.[184]

Hardwigin syyksilukemisopissa oikeuden peruskäsitteissä ja perusperiaatteissa tiivistyvät taustaoletukset antavat pohjan tällaisen yhtenäisen opin muodostamiselle. Yleisestä syyksilukemisopista tulee rikosoikeudellisen systematiikan ydintä.[185]

Esimerkiksi rikosoikeuden osallisuusopin sisäiset periaatteet ovat Hardwigin mukaan oikeastaan jo asian luonnosta johtuvia. Osallisuusoppi olisikin sen vuoksi saatettava yleisen syyksilukemisopin yhteyteen. Osallisuusmuodot eivät hänen mukaansa ole lainkaan rikoksenteon muotoja, vaan syyksilukemisen lajeja.[186]

Ennakoitavuuden periaatteen tässä rikossystemaattisessa konseptiossa saama tuki on kiinnostava. Ennakoitavuudella on merkitystä vastuun ehtona »aksiomaattisesti», kaikissa tapauksissa ja ilman ennakkoehtoja. Esimerkiksi nykyisissä opeissa objektiivisesta syyksilukemisesta (tai: teon huolimattomuudesta), joissa ennakoitavuuden vaatimusta ei yleensä esitetä, Hardwigin kannalta marginalisoidaan tuon oikeusperiaatteen merkitystä.

Hardwigin mukaan klassinen kausalistinen rikosoikeusajattelu jää itselleen vieraaksi, koska se ei pysty selittämään sitä, mihin vastuu loppujen lopuksi perustuu. Tämä malli on pakotettu etenemään lineaarisesti joko eteenpäin tai taaksepäin seuraavan käsiterakenteen puitteissa:

---

[184] Ks. esim. *Hardwig* 1957, 168–171.

[185] *Hardwig* 1957, 170.

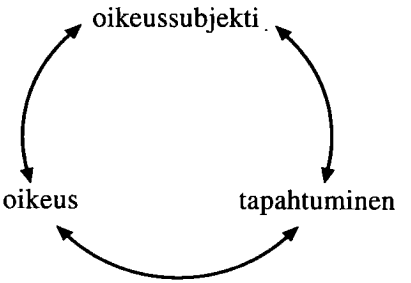
[186] *Hardwig* 1957, 173. Frischin yhtenä ajatuksena on vastaavanlainen osallisuusopin käsittely objektiivisen syyksilukemisen yhteydessä; ks. *Frisch* 1988, 148–384. Myös Nuutilan teon huolimattomuus -opissa tulee eräitä osallisuusopin kysymyksiä mukaan jo yleiseen huolimattomuusoppiin. Ks. *Nuutila* 1996, esim. 376–379, 461–467.

Kausaalisuusperiaate (syyksilukemisarvostelma koskee aiheuttamista):

tapahtuma <-> aiheuttaja <-> oikeudenvastaisuus <-> syyllisyys

Yleisen syyksilukemisopin malli taas on paremminkin visualisoitavissa kehänä:[187]

Syyksilukeminen:



Hardwigin mallissa on olennaista se, että yhdessäkään kohdassa ei voida muita kohtia sulkea pois. Ympyrämallissa esiymmärrys kattaa kaiken sen, mitä juuri ei aktiivisesti käsitellä. Oikeuden tunteminen on tässä mallissa suljetusta oikeuden syyksilukemisen järjestelmästä olevan esiymmärryksen teoreettista jäsentämistä ja ymmärtämistä.

Hardwigin syyksilukemisoppiin liittyy muutamia ongelmia, joista hankalin on se, että kausaalisuusajattelun vastainen taistelu saa hänet kokonaan hylkäämään kausaalisuuden syyksilukemisen perusteena. Pelättävissä on silloin joko 1) että tekojen lukeminen yksilön syyksi ei saa selvää kiinnekohtaa ja kytkentää ulkoiseen tapahtumiseen tai 2) että kausaalisuusvaatimus jää vain taka-alalle ja implisiittiseksi, ilman että sitä kehitellään. Joka tapauksessa Hardwigin syyksilukemismalli on hankalasti saatettavissa yhteen käytännön oikeudenkäyntitilanteista nousevien tarpeiden kanssa, ja se vaatisi vielä melkoista työstämistä. Hardwigin ajattelu edellyttäisi, että oikeusfilosofia voisi antaa pitkälle menevät perusteet lainopillisille vastuuehdoille. On silti huomionarvoista, että hänen kehittelemässään normatiivisessa yleisessä syyksilukemismallissa ajatus hallittavuudesta tulee niin keskeiseksi. Tällä on merkitystä laiminlyönnin ohella myös vaarantamisen ymmärtämiselle. Siitä tuonnempana.

[187] *Hardwig* 1957, 174–175.

1.9.3 Lampen funktionaalis-kausaalinen syyksilukemisoppi

Larenzin ja Hardwigin yhteydessä sopii hyvin ottaa esille Lampen omintakeinen syyksilukemisoppi, joka niin ikään selkeästi edellyttää lähtökohtien valintaa muualta kuin luonnontieteellisesta ajattelusta.

Lampe harjoittaa rikosoikeuden tutkimusta oikeusantropologisesta lähtökohdasta, joka vaikuttaa olevan hyvin lähellä filosofisen antropologian traditioita. »Rechtsanthropologie»-teoksensa esipuheessa hän selittää käsitystään siitä, mitä tieteitä tarvitaan, kun käsitellään kysymystä oikeasta oikeudesta. Oikeusantropologinen tutkimus keskittyy yksilön ja oikeuden suhteeseen, eikä yksin ole riittävä. Sen täydennykseksi tarvitaan oikeussosiologiaa. Nämäkään eivät vielä riitä, vaan oikeusfilosofiset tosiasiatieteet yhdistää juristis-normatiivisen pätevyyden antava oikeudenmukaisuustiede, oikeusmetafysiikka.[188]

Lampen tarkastelukulma kausaalisuuskysymyksiin poikkeaa selvästi niiden omaksumasta, jotka lähestyvät kysymyksiä luonnontieteellisen selittämisen pohjalta.[189] Lampelle kausaalisuuden funktiot liittyvät läpikotaisin sosiaalisiin merkityksiin. Hän kummastelee vallitsevaa kantaa, että tekoa ja seurausta *välittävä* kausaalisuus voitaisiin ymmärtää erillisenä ja naturalistisesti, vaikka rikosoikeudessa tekoa ja seurausta ei kumpaakaan voida rekonstruoida tällä tavoin objektiivisina ulkomaailman ilmiöinä.[190] Lampelle kausaalisuus kuuluu käsitteenä samalle tasolle kuin oikeus. Kausaalisuudessa on luonnollisen vaikutusyhteyden lisäksi aina merkityselementti: kausaalisuudessa on kyse ihmisen mielekkäästi käyttämästä välineestä, jolla luonnollista tapahtumista ohjataan haluttuihin tarkoituksiin. Kausaliteetti ikään kuin transformoi luonnolliset tapahtumat merkityksellisiksi.[191]

Siinä missä oppi objektiivisesta syyksilukemisesta perustetaan kriminaalipoliittisille ajatuksille rikosoikeuden tehtävistä, Lampe tahtoo ratkaista syyksilukemiskysymykset merkityskysymyksinä. Hän pitää mainitun opin perinteiseen kausaalisuusoppiin kohdistamaa kritiikkiä perusteltuna, mutta etsii itse vastausta toisesta suunnasta, kausaalisuuden tulkinnasta. Teon ja seu-

---

[188] *Lampe* 1970, 7–8.

[189] Oppia edellytyksen luonnonlainmukaisuudesta, josta jäljempänä enemmän, Lampe pitää rikosoikeuteen kelpaamattomana. *Lampe* 1989, 190 av. 5.

[190] *Lampe* 1989, 191–194.

[191] Kausaliteetin Lampe määrittelee siten, että se on »die Summe jener sinnhaften Veränderungen der sozialen Umwelt innerhalb einer angenommenen Ausgangssituation a und einer angenommenen Endsituation e, die durch die Handlung eines Menschen sind». *Lampe* 1989, 194.

rauksen yhteys voidaan luoda vain tekemällä seuraus teon funktioksi. Lampe puhuukin funktionaalisesta kausaliteetista. Tuon yhteyden synnyttäminen tapahtuu »vastuulliseksi katsomisella», joka on funktionaalisen kausaliteetin refleksiivinen komponentti. Tuo komponentti voidaan ymmärtää sosiaalis-normatiiviseksi. Vastuulliseksi katsominen, attribuutio, ei perustu esimerkiksi siihen, että teolla olisi lisätty seurauksen syntymisen riskiä, vaan siihen, että tekijä itse normaalitapauksessa katsoisi olevansa seurauksen syntymisestä vastuussa. Koska toisaalta on mahdollista, että tekijälle ei ole muodostunut riittävää vastuutietoisuutta, täytyy attribuutio varmistaa normatiivisesti.[192]

Normatiiviset varmistukset seuraavat sitä yksilöpsykologista prosessia, jonka mukaisesti ihmiset katsovat normaalisti itsensä ja toisten olevan vastuussa seurausten syntymisestä. Tämä prosessi on purettavissa erityyppisiin perusteisiin, jotka voidaan jakaa objektiivisiin ja subjektiivisiin. Objektiivisia perusteita ovat sellaiset, että teolla on tuotettu häiriötä joko yksilöllisille suhteille yhteiskunnassa, sosiaalisille järjestysrakenteille tai sosiaali-eettisille periaatteille. Subjektiiviset perusteet taas edellyttävät, että teon »intentionaalisuuden» ja seurauksen sosiaalisen merkityksen välillä vallitsee vastaavuus. Tahallisuudessa vastaavuus on selvä, tietoisessa tuottamuksessa se on osittainen. Tiedottomassa tuottamuksessa vastaavuus on osittainen, ja se tuotetaan normatiivisilla vaatimuksilla.[193]

Rikosoikeusdogmatiikassa on Lampen mukaan yritetty tuottaa eräissä tilanteissa tekijä–uhri-suhde selittämällä syntynyt seuraus »kausaalisesti» käyttäytymisen velvollisuudenvastaisuudesta johtuneeksi. Dogmaattisia kehitelmiä on kahta laatua. Joko tekijän vastuu perustetaan riskinlisäämisopin mukaisesti eli kysymällä onko teko ylittänyt sallitun riskin?; tai sitten vaaditaan »oikeudenvastaisuussuhteen» käsilläoloa, eli että teolla aikaansaatu vaara on toteutunut seurauksessa ja että seuraus olisi jäänyt syntymättä, jos olisi toimittu oikein. Lampen mukaan kumpaakaan näistä vaihtoehdoista ei voida perustella, ja ratkaisua olisi tässäkin etsittävä normaalin ja normatiivisen seurausattribuution perusteista.[194]

Lampe asettaa lineaarisesti ymmärretyn kausaalisuuden sijaan refleksiivisesti ymmärretyn funktionaalisen kausaalisuuden rikosoikeudellisen moitteen kohteeksi ja perusteeksi. Funktionaalinen kausaalisuus sulkee piiriinsä

[192] *Lampe* 1989, 199.
[193] *Lampe* 1989, 200–201.
[194] *Lampe* 1989, 102–103.

luonnollisen kausaalisuuden, teon ja seurauksen merkitysyhteyden sekä seurauksen syyksilukemisen teosta johtuvaksi.

Funktionaalisen kausaalisuuden avulla voidaan myös selittää se, miksi tekijän ei tarvitse vastata seurauksesta, jos hän on toiminut uhrin hyväksi, esimerkiksi suunnannut toisen kohdistaman iskun vähemmän vaaralliseen paikkaan. Samoin vaihtoehtoisen ja kumulatiivisen kausaliteetin tilanteissa voidaan kuvitella asetelmia, joissa csqn-teoria joutuu pulaan, esimerkiksi sen vuoksi, että erikseen uhrille annetut myrkkyannokset ovat olleet joko kumpikin yksinään tai vain yhdessä tappavia. Kausaliteettia ei kuitenkaan olla valmiita kieltämään. Funktionaalisen kausaliteetin teoriassa voidaan selvitellä sitä, mitkä ovat csqn-teorian mukaisen reaalisen kausaalisuuden funktionaaliset ekvivalentit.[195]

Lampen käsityksessä on tiettyjä etuja, koska jos rikosoikeudellinen vastuu halutaan nähdä yhteiskunnallisessa yhteydessään, on kiistämätöntä, että luonnontieteellinen tapa kuvata tapahtumia maailmassa on epäluonteva ja riittämätön. Jos teon ja seurauksen yhteys nähdään sosiaalisten merkitysten kentässä, funktionaalinen kausaliteetti voi olla käsite, jolla tällainen attribuutio on kuvattavissa ja perusteltavissa.[196] Toisaalta tällainen käsitteistö saattaa palvella pääasiassa muunlaisia intressejä kuin juridisen vastuun oikeudellista ja oikeudellisin periaattein tapahtuvaa analyysiä. Termi funktionaalinen kausaliteetti on myös itsessään hieman hämmennystä herättävä, koska siinä jää avoimeksi, mikä loppujen lopuksi on luonnollisen kausaliteetin ja »merkityksellisen» kausaliteetin suhde toisiinsa.[197]

---

[195] *Lampe* 1989, 207–211. Lampe käsittelee näin koko joukkoa csqn-teorian klassisia ongelmia, kuten onko maljakon valmistaja aiheuttanut maljakon rikkoutumisen, tai onko murhaajan synnyttäminen syynä murhaan. Velvollisuudenvastaisuuden kausaliteetti voidaan vastaavasti tulkita merkitysyhteydeksi, jota voidaan koetella csqn-formulan avulla.

[196] Osallisuusopissa voisi olla kyse eri osallisuusmuotojen sosiaalisista merkityksistä ja määrittelyistä. Esimerkiksi tekijäntointa ei ehkä pystytä määrittelemään mielekkäästi vain ulkonaisin kriteerein; eräässä mielessä Roxinin teonherruusoppikin liittyy tällaisiin hermeneuttisiin tarkasteluihin. Ks. *Lampe* 1989, 206–209, *Roxin* 1994, 318–322 ja monin kohdin. Ks. Roxinin metodologiasta ja erityisesti »keskushahmon» käsitteestä *Herlitz* 1992, 295–320.

[197] Lampen mukaan laiminlyöntiä ei voida käsittää lainmukaisena aiheuttamisena, joten on tapauksia, joissa tiukassa mielessä lainmukainen, reaalinen kausaalisuus ei ole käsillä, mutta se ei estä vastuuseen joutumista. Laiminlyönnin kausaalisuuden perusta ei olekaan Lampelle yksinomaan reaalisessa kausaalisuhteessa, vaan se voi perustua myös *psyykkisiin mielteisiin*. Funktionaalisessa mielessä laiminlyönnin kausaalisuus merkitysyhteytenä perustetaan ihmisten käsityksiin. Jotta ei jouduttaisi liian laajaan laiminlyöntirikosvastuun alaan, on asiavälttämättömyys, että vastuuta rajoittamaan hyväksytään vas-

Kausaliteetit voidaan toki Lampen kuvaamalla tavalla käsittää sosiaalisessa mielessä merkityksiksi, erityisesti tekijän normaalitapauksessa suorittaman itseattribuution perusteella tekonsa funktioiksi. Käytännölliseltä ja teoreettiselta kannalta tässä vaadittava hyppy olemisesta pitämiseen on kuitenkin huomattavan ongelmallinen. Minkä vuoksi oikeudellisen attribuutio-opin tulisi seurata näin tarkasti psykologista attribuutiota? Oikeudellinen vastuuoppi joutuu sille asetettavien vaatimusten vuoksi olemaan käytännössä huomattavasti kehittyneempi ja tarkkarajaisempi kuin sosiaalisten vastuuattribuutiosääntöjen järjestelmä.

Lampe on käsitellyt rikosoikeudellisia syyksilukemiskysymyksiä toisaalta myös selvemmin dogmaattisesta näkökulmasta. Hän esittää riskinlisäämisteoriaan, josta myöhemmin, lainopilliselta kannalta kiintoisan kritiikin.[198] Samalla hän tulee valottaneeksi syytä siihen, minkä vuoksi teon syyksilukemisen problematiikkaa on vaikea vangita yhtenäiseen tarkastelukulmaan. Lampen oma kanta sinänsä tulee myös suhteellisen lähelle riskinlisäämisopin mukaista tulosta.

Lampen vääryys- ja syyksilukemisopissa keskeisenä ajatuksena on voittaa tekijä- (teko-) ja uhri- (seuraus-) perspektiivien vastakkaisuus kehittämällä *teonvääryyden* käsite, joka sulkisi sisäänsä niin teon, kausaalisuhteen kuin seurauksen ja niiden kokonaisuuden funktionaalisesti ja merkityksellisesti ymmärrettynä.[199] Lampen käsitykset eivät merkitse riskinlisäämisopin torjumista, vaan sen sellaista tulkintaa, jossa myös vältettävyyden periaatteelle jätetään sisältöä.

Lampe tähtää sellaiseen vääryysoppiin, jossa kausaalisuhde tulisi vääryyden piiriin, tekoa ja seurausta yhdistäväksi elementiksi. Teon ja seurauksen yhteydeltä on vaadittava kausaalisuutta sekä »riskiyhteyttä». Vaatimuksena on, että aikaansaatu riski tai vaara on myös realisoitunut seurauksessa. Lampelle tämä riskiyhteys ratkeaa olennaisesti sen mukaan, onko jonkin henkilön teon ja syntyneen seurauksen välillä merkitysyhteys. Merkitysyhteyden perustana taas on kausaalinen lainmukaisuus, joka ei kuitenkaan saa olla yleisen elämänkokemuksen ulkopuolella, sekä subjektiivinen odotusyhteys tekijän ja uhrin välillä.[200]

---

tuuasemaoppi. Se taas koskee sitä, mitä tietyssä asemassa olevan henkilön normaalisti tulee tehdä tai mitä häneltä odotetaan. Tästä kokonaisuudesta syntyy reaalista aiheuttamista vastaava funktionaalinen vastuusuhde laiminlyöjän ja loukatun oikeushyvän välille. *Lampe* 1989, 204–205.

[198] Ks. *Lampe* 1989a, 5.

[199] *Lampe* 1989a, passim.

[200] *Lampe* 1989a, 26–32.

Lampen ajatuksena on osoittaa sellainen kohta, jossa vaadittava tekijän ja uhrin intressien yhteensovittaminen voi tapahtua. Tekijän toimintavapauden ja uhrin oikeushyvien suojelun tarpeen välinen intressiristiriita on saatava artikuloiduksi johonkin kohtaan, ja Lampelle tämä on välttämättä sosiaalinen kysymys. Sosiaalisessa kentässä toimintavapauden ja oikeushyvien suojelun intressit kohtaavat ja ovat yhteen sovitettavissa. Teon vääryys on tällainen yläkäsite, joka kattaa koko vääryysstruktuurin.

Lampe katsoo, että riskinlisäämisteoria liittyy kausaalisuhteen näyttämiseen. Siltä osin kuin kausaalinen lainalaisuus on determinististä, voidaan siis tukeutua luonnontieteellisiin selityksiin. Milloin taas on kyse vain todennäköisistä kausaalikuluista, sellaisiin ei voida tukeutua. Tämän aukon täyttää riskinlisäämisteoria, jonka Lampe näkee keinoksi »todistaa» pragmaattisia, elämänkokemuksen mukaisia kausaaliyhteyksiä. Lampe katsoo riskinlisäämisopin olevan tällainen kausaalisuusvaatimuksen »täydennys».[201]

Teonyhteys vaatii Lampen teoriassa vielä yhden tason läpikäymistä, tekijän ja uhrin odotusten vastaavuutta. Kyse ei ole odotuksista psykologisessa mielessä, vaan normatiivisesta konstruktiosta.[202] Sosiaalisen alue, intressien vastakkaisuuden kenttä konkretisoituu Lampella tämän kysymyksen ratkaisutaustana. Funktionaalisen merkitysyhteyden toteaminen edellyttää tällä tasolla pohdintaa kummastakin perspektiivistä.

Näkisin Lampen teoriassa kiinnostavimmaksi ajatuksen, että teon ja seurauksen, tekijän ja uhrin perspektiivien yhdistäminen olisi mahdollista »sosiaalisen» alueella. Lampe on löytänyt kaikissa syyksilukemisopeissa, joissa mukaan tulee »ajallinen syvyysulottuvuus», toistuvan jännitteen. Niissä ei ole kyse yksinomaan käyttäytymisnormin sisällöstä ja legitimaatiosta, vaan niissä voidaan tiettyyn rajaan saakka erottaa kysymykset käyttäytymisnormin rikkomisesta ja seurauksen syyksilukemisesta.

Lampen oppi teon vääryydestä, sellaisena kuin sitä toistaiseksi on käsitelty, sijoittuu tunnusmerkistönmukaisuuteen, joka on sosiaalisen aluetta. Oikeudenvastaisuudessa tarkastelu on oikeudellisempi. Lampelle teon oikeudenvastaisuuden perustelee se, että oikeudenvastainen seuraus olisi ollut tavoitteellisesti vältettävissä velvollisuudenmukaisella vaihtoehtoisella toiminnalla.[203] Oikeudenvastaisuuden kannalta ratkaisevaksi syyksilukemiskysymykseksi tulee se, voitiinko konkreettisessa tekotilanteessa tekijältä kohtuudella vaatia, että hän rajoittaa vapauttaan normin edellyttämällä tavalla, ottaen huo-

[201] *Lampe* 1989a, 36–37.
[202] *Lampe* 1989a, 39.
[203] *Lampe* 1989a, 41.

mioon sen mahdollisuuden, että oikeudenmukainenkin toiminta olisi saattanut johtaa oikeushyvänloukkaukseen. Tämä taas lähenee oppia normien tarkoitusten perusteella tapahtuvasta vastuunrajoituksesta, joka ilmaisee osaltaan teon ja seurauksen funktionaalista yhteyttä: kuuluiko konkreettinen, tunnusmerkistönmukaiseen seurauksen johtanut kausaalikulku niiden kausaalikulkujen joukkoon, joiden estämisen tähden käyttäytymisnormi kieltää vaaran aiheuttamisen?[204]

Lampen teoria osoittaa, että rikosoikeudessa niin teon käsite kuin kausaliteettikin ovat merkitystä koskevia. Mainitunlainen oikeussosiologinen tarkastelu tuskin voi mielekkäästi vastata rikosoikeudellista merkityksenantoa koskeviin kysymyksiin. Toisaalta Lampen teoria kuitenkin osoittaa sen, ettei esimerkiksi kriminaalipoliittisiin arvostuksiin tukeutumalla saada automaattisesti aikaan sellaista oikeuskäytäntöä, joka vastaa yhteisön syvälle juurtuneita vastuukäytäntöjä.

1.10 Teon ja seurauksen luonnonlainmukainen yhteys

Myöhemmässä tuotannossaan hermeneutiikan suunnasta vaikutteita ottaneen Karl Engischin varhainen kausaalisuusopillinen tutkielma vuodelta 1931 on lähentänyt rikosoikeudellista kausaliteettikäsitystä luonnontieteelliseen. Engisch korostaa rikosoikeudellisen kausaalisuuskäsitteen määrittelyssä seurauksen synnyn luonnonlainmukaisuutta. Luonnollisesti tämä vaatimus oli alkuaan mukana jo Millin kausaalisuusteoriassa, mutta rikosoikeustieteen reseptioissa jostain syystä usein korostettiin kausaalisuhdetta jonkinlaisena loogisena suhteena. Engischille kausaalisuhteeseen kuuluva yleisyys ei ollut sellaisenaan ennakoitavuutta tai vaarallisuutta, kuten esimerkiksi yleistävissä adekvaattisuusteorioissa oli esitetty. Engisch painotti silti, että kausaalisuus rikosoikeudessa on vastuun edellytys eikä selittämisen periaate.[205]

Engisch kuuluu niihin harvoihin, jotka ovat erikseeen pohtineet sitä, miksi kausaalisuusvaatimus on rikosoikeudessa niin olennainen. Hänen vastauksensa on selvä: rikosoikeudella ei voida katsoa olevan mitään metafyysistä tehtävää, vaan sen tehtävänä on niiden intressien suojaaminen, joiden valtiovalta katsoo oleva suojan arvoisia ja suojaamisen tarpeessa. Tämän vuoksi laki kytkee vastuuseen asettamisen säännönmukaisesti siihen, että tekijä on aikaansaanut intressinloukkauksen tai vaarantanut intressiä. Tekijä on siis saanut ulkomaailmassa aikaan jotakin, mikä luetaan hänen viakseen.[206]

[204] *Lampe* 1989a, 49.
[205] Esim. *Engisch* 1931, 48.
[206] *Engisch* 1931, 1–2.

Kausaalisuusvaatimus liittyy kiinteästi siihen ajatukseen, että intressien loukkaukset voidaan hahmottaa jonkinlaisiksi niihin kohdistuviksi hyökkäyksiksi, ulkonaisen elämänjärjestyksen loukkauksiksi. Engischille vastuu intressien *vaarantamisesta* on poikkeusilmiö verrattuna vastuuseen intressien *loukkaamisesta*. Vaarantaminen on säännönmukaisesti myös lievemmin rangaistava.[207]

Engischille kausaalisuusvaatimus on olennainen vastuun edellytys. Silti on hänen mukaansa epävarmaa, pitäisikö se määritellä sisällöllisesti normatiivisten näkökohtien mukaan.[208] Tulisiko siis erityisten rikostunnusmerkistöjen asettama kausaalisuusvaatimus käsittää deskriptiivisesti yleisen puhetavan mukaisena vai tulisiko sen vastata myös filosofisia kausaalisuusmääritelmiä?[209]

Engisch on yksi varhaisia csqn-teorian kriitikoita. Hän on kiinnittänyt huomiota erityisesti ajatuskoeoletuksen ongelmallisuuteen kausaalisuhteen toteamismetodina.[210] Kausaalisuuden määrittely olisi tärkeää saada vastaamaan sitä, miten rikosoikeudenkäynnissä kuultavat asiantuntijat ymmärtävät kausaalisuuden. Engisch kutsuu syyn käsitettään luonnontieteelliseksi ja »filosofiseksi», ei-metafyysiseksi (loogiseksi). Positiivista tekemistä koskeva muotoilu on seuraava:

> »Ein Verhalten... erweist sich dann als ursächlich für einen nach einem bestimmten strafgesetzlichen Tatbestand abgegrenzten konkreten (positiven) Erfolg, wenn sich an jenes Verhalten als zeitlich nachfolgende Veränderungen in der Außenwelt angeschlossen haben, die mit dem Verhalten und untereinander in ihrer Aufeinanderfolge (natur-)gesetzmäßig verbunden waren und die ausgemündet sind in irgendeinen Bestandteil des konkreten Sachverhalts, der dem Strafgesetze gemäß als Erfolg abgegrenzt ist (Formel der gesetzmäßigen Bedingung im Gegensatz zur Formel der c.s.q.n.).»[211]

Engischin mukaan kausaalisuutta on arvioitava ex post -näkökulmasta. Mitään lainmukaisen suhteen kannalta olennaisia olosuhteita koskevia tietoja

---

[207] *Engisch* 1931, 2.

[208] *Engisch* 1931, 5. Ks. myös *mt.* 5–6: »Das Recht kann wie andere Begriffe (z.B. den Gefahrbegriff) so auch den Kausalbegriff aus dem Leben oder sonst woher übernehmen und ihn ohne normativen Beigeschmack unter die Haftungsvoraussetzungen einstellen.»

[209] *Engisch* 1931, 7.

[210] *Engisch* 1931, 16.

[211] *Engisch* 1931, 21. Engisch jättää tässä määritelmässään mielenkiintoisesti avoimeksi sen, että luonnonlakien ohella muunlaisiinkin lainalaisuuksiin voitaisiin tukeutua.

ei tulisi jättää huomiotta. Jos lainmukaisen suhteen kannalta relevantteja olosuhteita ei voida selvittää, kausaalisuhde jää näyttämättä.[212] Myöskään mitkä tahansa lait eivät tule kyseeseen, vaikka hän kertoo tarkoittavansa lailla luonnonlakeja laajimmassa merkityksessä. Hän ei ota kantaa siihen, pitääkö luonnonlait käsittää välttämättömyyslaeiksi vaiko todennäköisyyslaeiksi, mutta mainitsee kuitenkin, että sikäli kuin todennäköisyyslait tulevat kyseeseen, ne eroavat sellaisista todennäköisyysyhteyksistä, joita adekvanssiteoriassa tarkoitetaan.[213]

Lisäksi muillakin kokemussäännöillä kuin luonnonlaeilla näyttäisi olevan merkitystä kausaalisuhteen tarkastelun kannalta. Kokemussäännöt kertovat ainakin siitä, mitkä ovat seurauksen synnyn poissulkevia seurauksen negatiivisia edellytyksiä. Ja se, joka toiminnallaan poistaa tällaisen negatiivisen edellytyksen, on seuraukseen lainmukaisessa suhteessa.[214] Myös ns. psyykkisessä kausaalisuudessa Engisch näyttäisi turvautuvan väljästi ymmärrettyihin kokemussääntöihin.

Edellä esitetyssä määritelmässä kausaalisuhteen katsottiin koskevan käyttäytymisen ja myöhemmin sattuvien ulkonaisten muutosten suhdetta. Silloin herää luonnollisesti kysymys, millaista kausaliteettia on esimerkiksi yllytyksen ja psyykkisen avunannon tilanteessa se, että joku antaa toiselle aiheen, neuvoja tai muuta psyykkistä tukea rikoksen tekemiseen. Nykyisin lähdettäneen yleensä siitä, ettei ihmisen toiminnan analyysissä päästä kovin pitkälle, jos pyritään vain tiukasti kausaalisiin selityksiin. Engisch pitää silti kiinni kannasta, että edellä sanottu määritelmä olisi ulotettavissa näihinkin tilanteisiin. Tuomari voi usein kokemukseen pohjautuvien psykologisten lakien perusteella vakuuttua »sielullisen vaikutusyhteyden» olemassaolosta.[215]

Engisch pitää myös laiminlyönnin kausaalisuuden arviointia selvästi faktisena, oikeudellisista normeista ja velvollisuuksista riippumattomana kysymyksenä, mutta katsoo normatiivisten seikkojen vaikuttavan siihen, miten tutkittava kysymys asettuu tai on asetettava.[216] Laiminlyönnit voivat olla aivan vastaavanlaisessa kausaalisuhteessa syntyneeseen seuraukseen kuin aktiivinenkin tekeminen. Laiminlyöntejä olisi kuitenkin periaatteessa aina äärettömän monia. Niiden määrää rajoittaa esimerkiksi se, että laiminlyötyyn tekoon on täytynyt olla mahdollisuus. Rikosoikeudellinen vastuu edellyttää

[212] *Engisch* 1931, 22.
[213] *Engisch* 1931, 23.
[214] *Engisch* 1931, 28.
[215] *Engisch* 1931, 28. Ks. kritiikistä *Koriath* 1988, 142–148.
[216] *Engisch* 1931, 31–32.

lisäksi laiminlyöjällä olleen oikeudellinen velvollisuus toimia. Engisch arvostelee laiminlyönnin kausaalisuuden kiistäviä siitä, että he todellisuudessa palaavat metafyysisiin ajatuksiin kausaalisuudesta voimien vaikuttamisena.[217]

Myös Engischin käsitys adekvaattisuusopista on huomionarvoinen. Hänen mukaansa se ei ole kausaalisuusoppia, vaan kuuluu oikeudenvastaisuuteen sillä tavoin, kuin jo M.L. Müller oli aikanaan esittänyt. Müller oli vuodelta 1912 olevassa tutkimuksessaan[218] katsonut, että objektiivisesti oikeusnormin vastaista voi olla vain sellainen toiminta tai laiminlyönti, jonka tekemättä jättämistä tai vastaavasti tekemistä yleisen inhimillisen tiedon näkökulmasta on vaadittava. Tämä taas tarkoittaa samalla sitä, että käyttäytyminen on ex ante tunnettavien olosuhteiden perusteella lisännyt objektiivista mahdollisuutta siihen, että normissa asetettu tavoite jää saavuttamatta.[219]

Engischille adekvaattisuusnäkökohta kuuluu osaksi oppia oikeudenvastaisuudesta ja liittyy läheisesti tuottamusmittapuiden määräytymiseen. Engisch muotoilee jopa oikeudenvastaisuussuhteen hyvin modernilla tavalla ja viittaa jälleen Mülleriin, jonka käsitys vaaroista ja niiden realisoitumisesta syntyneissä seurauksissa selvästi tulee hyvin lähelle moderneja syyksilukemisoppeja![220]

Engisch pitää adekvaattisuusoppia hyvinkin hyödyllisenä ja välttämättömänä. Kausaalisuusopissa lähdetään ex post -näkökulmasta, kun taas adekvaattisuusvaatimuksessa suoritetaan »objektiivis-jälkikäteinen prognoosi». Adekvanssi-kriteeri ratkaisee sen, onko kyse teolla aiheutetun vaaran realisoitumisesta seurauksessa. Tässä tarvitaan teosta seuraukseen johtavan kausaaliketjun vaiheittaista tarkastelua, aivan vastaavasti kuin varsinaisessakin kausaalisuusopissa, jossa myös oltiin ex post -näkökulmassa, mutta jossa ei ollut kyse prognoosista.[221]

---

[217] *Engisch* 1931, 29–32.

[218] *Müller* 1912, 29–34, 41–42.

[219] *Engisch* 1931, 52. Tässä objektiivinen oikeusnorminvastaisuus muotoillaan selvästikin perustuen ajatukseen »riskinkorotuksesta».

Müllerin esittämä ajatus tuntuisi tulevan varsin lähelle sitä, miten Jareborg selittää teon huolimattomuuden määräytyvän. Engisch aivan erityisesti kytkee vielä tämän Müllerin ajatuksen objektiivisesti vaadittavaan huolellisuuteen. Adekvaattisuus-näkökohta on Engischille olennainen osa tuon huolellisuustandardin määräytymistä. *Mt.*, 53. Engischin tuottamusopista ks. yleisesti *Engisch* 1930, 239–440.

[220] *Engisch* 1931, 61. Ks. myös esimerkkiä *mt.*, 65–66.

[221] Ks. *Engisch* 1931, 62–69.

Mielenkiintoinen on Engischin kommentti pitkään keskusteltuun pernarutto-tapaukseen. Siinä desinfioimattomia kiinalaisia vuohenkarvoja oli pensselitehtaalla annettu työntekijöille, joita kuoli saamaansa pernaruttoon, ja jäi epäselväksi olisiko vaadittava desinfiointikaan auttanut tuossa tilanteessa.[222] Kommentista ilmenee, että adekvaattisuus voi olla ja luonnollisesti onkin käsitteenä laajempi kuin kausaalisuus. Engisch katsoo, että jos tapausta on käsiteltävä laiminlyöntinä, adekvaattisuus on käsillä, mutta kausaalisuuden osoittaminen edellyttäisi sen toteamista, että seuraus varmasti tai hyvin korkealla todennäköisyydellä olisi jäänyt syntymättä, jos desinfiointi olisi suoritettu.[223] Ilmeisestikin Engischin mallissa aktiivisen tekemisen ollessa kyseessä adekvaattisuus-vaatimus toimii usein vastuuta rajoittavana korrektiivina, kun taas laiminlyöntirikoksissa kausaalisuus-vaatimus on tiukempi rajoitin!

Engisch selvästikin siirtää adekvanssivaatimuksen kausaalisuusopista tuottamusoppiin. Adekvanssia tarvitaan myös tahallisuusopissa vastattaessa siihen, miten tarkkaan tekijän on tullut tuntea konkreettinen kausaalikulku. Engisch on normativisti, jolle oikeudelliset käsitteet määrittyvät sen mukaan, miten ne palvelevat lainsäädännön tavoitteita, erityisesti moitteen ilmaisemista.[224] Laajassa huolimattomuutta koskevassa tutkimuksessaan hän kehittelee niitä mittapuita, joiden nojalla ulkonaiset teot voidaan määritellä huolimattomiksi. Keskeiseksi kriteeriksi tässä tulee teon vaarallisuus. Huolellisuusvelvollisuuksia on kahta tyyppiä. Tietyt vaaralliset teot, jotka siis olisivat omiaan johtamaan lain tarkoittamaan seuraukseen, on yleisesti velvollisuus jättää tekemättä.[225] Adekvanssi on tällaista teon etukäteistä »on omiaan» -vaarallisuutta seurauksen suhteen. Toiseksi on myös sellaisia tekoja, jotka eivät ole yleisesti kiellettyjä. Niihin saa kuitenkin ryhtyä vain, jos vaarallisuutta samalla vähennetään varotoimin.[226] Tuottamusopissa näin oikeastaan jo kehitellään ns. sallittua vaarantamista koskevia periaatteita, samoin kuin epävarsinaisia laiminlyöntirikoksia silmällä pitäen oppeja siitä, mihin tekijän vastuu perustetaan. Engisch pohtii jopa seuraavaa ongelmaa: jos seurauksen syyksilukemisessa huolimattomuus on kiinni siitä, että on ryhdytty vaaralliseen tekoon, mitä vaikuttaa se, että teko erityisnormin, esim. politianormin, nojalla on tyystin kielletty.[227]

---

[222] Ks. esim. *Nuutila* 1996, 449–450.
[223] *Engisch* 1931, 64 av. 1.
[224] *Engisch* 1930, 31.
[225] *Engisch* 1930, 283–290.
[226] *Engisch* 1930, 291.
[227] *Engisch* 1930, 360–364.

Palaamme vielä kausaalisuusvaatimukseen suppeammassa mielessä. Näyttäisi siltä, että vasta Contergan-oikeudenkäynti 1960-luvulla ja sen ympärillä käyty keskustelu nosti Engischin kausaalisuusopin kunniaan, ja palautti mieliin sekä ajatuskoe-oletuksen ongelmallisuuden että kausaalisuus-vaatimuksen väistämättömyyden. Tuottamusdogmatiikan kehittyminen osoitti sen, että teon vaarallisuus-ominaisuudella ei ollut merkitystä ainoastaan, eikä edes ensisijaisesti kausaalisuusopissa.[228] Nykyisin Engischin esittämän mukaisia muotoiluja on useissa oppikirjoissa.[229]

Engischin vaatimus kausaalisuusopin luonnontieteellistämisestä on monessa suhteessa ymmärrettävä ja mielekäs. Silti sitäkin vaivaavat monet ongelmat, joita jo varhaisemmissa teorioissa yritettiin ratkoa. Luonnonlainmukaisen yhteyden vaatiminen viittaa sinänsä Millin kausaalisuusoppiin ja tulee myös lähelle luonnontieteellisen selittämisen tarpeisiin kehiteltyä deduktiivis-nomologisen selittämisen mallia. Engischiltä jää ratkaisematta paitsi se, millaisia lakeja hän hyväksyy kausaalisuusoppiinsa, myös se, miten voidaan – vastoin Millin nimenomaista kieltoa – puhua vaativassa mielessä kausaaliyhteydestä yhden teon ja syntyneen seurauksen suhteen.[230]

Engisch joutuu teoriassaan toisaalta samanlaisiin vaikeuksiin kuin kaikki, jotka yrittävät perustaa rikosoikeudellisen vastuun luonnontieteellisesti määriteltyyn kausaalisuuteen. Inhimillinen toiminta tulee samanlaiseksi luonnonvoimaksi kuin muutkin maailman ilmiöt.

Samoin kuin Engischillä, myös jäljempänä käsiteltävässä Hartin ja Honorén kausaalisuusteoriassa on selvänä tavoitteena sovittaa filosofisten kausaalisuusteorioiden ja tavallisen arkiajattelun välistä ristiriitaa. Viime mainittujen kirjoittajien opissa arkiajattelun kausaalisuusperiaatteilla on keskeinen merkitys. Tuon arkiajattelun myötä kuitenkin tavanomaiset moraalikäsitykset tulevat myös osaksi kausaalisuusoppia, joten on epäselvää, missä mielessä enää on kyse faktisen syy-yhteyden määrittelemisestä ja toteamisesta. Von Bar on pidemmällä tässä suhteessa. Hän tiedostaa selkeästi sen, että oikeudellisen vastuun kannalta normaalisuudessa on kyse normatiivisesta ilmiöstä, jota määrittää lainsäädäntö.

Rikosoikeudellisten kausaalisuusoppien kehityksen voi yhtäältä sanoa ilmentävän sitä, että on katsottu välttämättämäksi analysoida teoreettisesti ja

---

[228] Ks. myös *Honkasalo* 1933, 162–165.

[229] Mm. *Jescheck* 1988, 254; ks. myös *Roxinin* asiaa koskevaa huomautusta, 1997, § 11 A II Rn 14 viitteineen.

[230] Koriath pitääkin Engischin varsinaista kausaalisuusmääritelmää epäselvänä ja epätäsmällisenä, mistä syystä se vaatii täydennyksekseen lisäyksiä. Lisäyksiin taas liittyy uusia ongelmia. *Koriath* 1994, 486–488.

perustella se, mitä pidetään kausaalisuhteena. Toisaalta vaikeutena on ollut artikuloida oppi sellaisessa muodossa, että ei olisi tarvetta korjata sen virheitä uusilla opeilla. Aikaisemmin erityisesti seurausvastuuta sisältävät säännökset saivat aikaan tarvetta määritellä kausaalisuus mahdollisimman kestävällä tavalla, koska silloin ei ollut mahdollisuutta korjata kausaalisuusopin puutteita enää syyllisyysopin puolella.

Roxin korostaa oppikirjassaan sitä, että erityisesti ns. tekorikosten kohdalla kausaalisuusvaatimus on syyksilukemisen perusta. Objektiivinen syyksilukeminen jakaantuu Roxinilla niin esitysteknisesti kuin asiallisesti kahteen vaiheeseen. Ensin on todettava kausaalisuus, ja toisessa vaiheessa selvitetään muut syyksilukemisen edellytykset.[231]

Roxin tulee käsityksessään kausaalisuusvaatimuksesta lähelle Engischin käsitystä. Roxinin mukaan Engischin formula ei varsinaisesti auta kausaalisuhteen toteamisessa, koska se ei sano, milloin tällainen suhde on käsillä. Se ei kuitenkaan myöskään vääristele tuota suhdetta. Roxin selittääkin, että kausaaliyhteydet, jos niistä vallitsee epäselvyyttä, voidaan todeta vain täsmällisillä luonnontieteellisillä menetelmillä (pääasiassa kokeilla). Jos objektiivinen luonnontieteellinen näyttö kausaaliyhteydestä puuttuu, tuomioistuin ei voi paikata tällaista aukkoa vapaan todistusharkinnan mukaisella vakuuttumisellaan. Kausaalisuhteen vallitsemista ei toisaalta estä se, että esimerkiksi molekyylitasolla ei tiedetä sitä, mikä tietyn lääkeaineen ominaisuus tai yhdisteen ainesosa seurauksen on aiheuttanut.[232]

2. Kausaalisuus ja syyksilukeminen merkityksenantoa koskevana kysymyksenä: Max Weber ja Hans Kelsen

2.1 Weber adekvaatista kausaalisuudesta

Uuskantilainen tieteenteoria edellytti jakoa, jossa yhteiskuntatieteet käsitettiin luonnontieteistä eroaviksi kulttuuritieteiksi siitä riippumatta, noudattivatko ne itse empiirisiä vai normatiivisia menetelmiä. Max Weber pyrki suhteellistamaan niitä metodologisia ongelmia, joita aiheutui deskriptiivisiä ja normatiivisia menetelmiä käyttävän tieteen erottelusta. Syyksilukeminen saattoi perustua kausaalisuuteen, joten kausaalisuuden ja syyksilukemisen erot-

[231] *Roxin* 1997, § 11 A I Rn 1–2, 10–15.
[232] *Roxin* 1997, § 11 A II Rn 14–18.

taminen toisensa poissulkevina tieteellisen »selittämisen» periaatteina suhteellistui.[1]

Weber kuitenkin erottaa – samoin kuin myöhemmin Kelsen – dogmaattisen juridisen tarkastelutavan sosiologisesta. Juridisen tutkimuksen kohteena on se, mikä »oikeudellisesti pätee», eli mikä »normatiivinen merkitys» oikeusnormeina esiintyville lausumille loogisessa mielessä »pitää antaa». Dogmaattisessa tarkastelussa otetaan annettuna se, että yhteiskunnassa näitä normeja myös tosiasiallisesti noudatetaan. Oikeusdogmaattinen tutkimus ja ne tosiasialliset yhteiskunnalliset tapahtumat, joita oikeusnormeissa säännellään, ovat siis lähtökohtaisesti vailla mitään kytkentää toisiinsa. Weberin kiinnostuksen kohteena on kuitenkin myös näiden kahden tason yhteys, joka saadaan esille, kun huomataan, että oikeusnormien pätevyyttä voidaan tutkia myös sosiologiselta kannalta. Oikeusjärjestys voidaan siten ymmärtää kahden tason ilmiöksi: dogmaattinen oikeustiede tutkii sitä ideaalisen »Geltensollenin» tasolla, sosiologiselta kannalta oikeusjärjestys saa toisen merkityssisällön. Empiirisen pätevyyden kannalta katsottuna oikeusjärjestys onkin monimutkainen koonnos todellisen inhimillisen toiminnan tosiasiallisia määräytymisperusteita.[2]

Weberin päähuomion kohteena ei ole dogmaattisen oikeustieteellisen tutkimuksen metodologia, vaan oikeusjärjestyksen empiirisen pätevyyden sosiologinen tarkastelu. Sen vuoksi hänen ei tarvitse ratkaista Kelsenille tärkeää kysymystä oikeusnormien ideaalisen voimassaolon viimekätisestä perustasta.[3] Weberillä ihmisten toiminnan ymmärtäminen edellyttää heidän toi-

---

[1] *Pohlmann* 1984, 101. Weber on leimallisesti yhteiskuntateoreetikko. Habermas jatkaa yhteiskuntateoriassaan sitä rekonstruktiotyötä, jonka Weber oli pannut alulle. Tuori on vertaillut laajasti Weberin ja Habermasin tulkintoja modernista oikeudesta. Hänen mukaansa Habermas on omaksunut Weberin oikeussosiologiasta tiettyjä osia, ennen muuta sen, että oikeuskehitystä tulkitaan rationaalistumisen näkökulmasta. Weberille oikeus oli tavoiterationaalisen aluetta; oikeuden rationaalistuminen edisti tavoiterationaalista toimintaasennetta yhteiskunnassa. Habermas kuitenkin haluaa laajentaa oikeuden rationaalisuustarkasteluita arvorationaalisuuden suuntaan ja lisäksi hän pyrkii yhdistämään tulkintansa yhteiskunta- ja oikeuskehityksen rationaalistumisesta evoluutioteorioihin. Ks. yleisesti *Tuori* 1988, 9–19, 131–181.

[2] *Weber* 1985, 181; *Weber* 1973a (1913), 439–440. Lainopissa selvitetään ideaalisen »Geltensollenin» tasolla oikeuslauseiden objektiivista sisältöä, kun taas sosiologisessa oikeudenkin tarkastelussa ollaan tekemisissä faktisen toiminnan kanssa. Ihmisten käsityksillä tiettyjen oikeuslauseiden »mielestä» (Sinn) ja »pätevyydestä» (Gelten) on merkitystä toiminnan determinantteina ja tuloksina. – Lainopillinen oikeuslause siis kuvaa normin sisällön objektiivisesti, normatiivisesti.

[3] Ks. kommentteja *Tuori* 1988, 26–29.

mintansa motiivien tuntemista. Sosiologia tulee mahdolliseksi vasta, kun luovutaan siitä ajatuksesta, että tahdon vapaus tekee ihmisen toiminnasta irrationaalista ja luonnonvoimiin verrattavaa. Ihminen voi toki menettää järkensä, mutta silloin, kun toimitaan rationaalisesti, myös tekojen sosiologinen ymmärtäminen on mahdollista.[4] Tähän liittyy Weberin kuuluisa länsimaisen yhteiskunnan toimintatason tyypittely neljään toimintatyyppiin: tavoiterationaaliseen, arvorationaaliseen, tunteisiin perustuvaan ja sisäistettyyn tapaan perustuvaan.[5]

Weberiläisessä sosiologiassa tekojen merkitykset eivät määrity aivan yksilöllisesti, vaan sosiologia tutkii tekoja ja niiden merkityksiä myös ja erityisesti tyyppien tasolla.[6] Jos tekoa tarkastellaan tyyppinä, tapahtuu typisointi tyypittämällä teon taustalla oleva toimija. Tyyppi on silloin teko, johon tyypiksi ajateltu »standardisoitu» toimija liittää tietyn subjektiivisen merkityksen.[7] Merkitys taas on yhteydessä motiiviin. Motiivi on merkitysyhteys, jossa tekijä itse tai joku muu liittää tekoon motiivin sen merkityksellisenä perusteena.

Toimintatyypit (ideaalityypit) ikään kuin mahdollistavat tekojen erilaisten selitys- ja ymmärrystasojen osoittamisen. Kun tekoa ensin tulkitaan vaikkapa tavoiterationaalisena, saadaan käsitys siitä, mikä muiden tyyppien selittävä osuus on. Kausaalinen selittäminen kattaa sitten sen alueen, jolle mikään rationaalinen motiivi ei sovellu.[8] Merkityksellinen ja kausaalinen »adekvanssi» ovat yhteydessä toisiinsa:

> »Sinnhaft adäquat» soll ein zusammenhängend abgelaufendes Verhalten in dem Grade heißen, als die Beziehung seiner Bestandteile von uns nach den durchschnittlichen Denk- und Gefühlsgewohnheiten als typischer (wir pflegen zu sagen: »richtiger») Sinnzusammenhang bejaht wird. »Kausal adäquat» soll dagegen ein Aufeinanderfolgen von Vorgängen in dem Grade heißen, als nach Regeln der *Erfahrung* eine Chance besteht: daß sie stets in gleicher Art tatsächlich abläuft.

---

[4] Ks. esim. Weberin kritiikkiä historiantutkimuksen metodologiasta kirjoittanutta Eduard Meyeriä kohtaan; *Weber* 1973, 215–230.

[5] *Weber* 1985, 12–13; *Tuori* 1988, 12–14; *Habermas* 1987, 377–385.

[6] *Nousiainen* 1993, 19–20: »... Weberille merkitykset ja arvot ovat sosiologiatieteen keskeisiä tutkimuskohteita. Ideaalityyppi on väline, joka mahdollistaa yhteiskuntatieteellisen abstrahoinnin ja yleistämisen uniikin ja ymmärtävää tutkimusotetta edellyttävän tutkimuskohteen yhteydessä. Ideaalityyppi yksinkertaistaa todellisuutta rationaalisella tavalla.»

[7] *Weber* 1985, 1–2. – Habermas on oikeassa siinä, että Weber ei tässä ajattele niinkään merkitysteoriaa, vaan tukeutuu intentionalistiseen tietoisuusteoriaan. *Habermas* 1987, 377–378.

[8] *Weber* 1985, 2–3.

> Eine *richtige* kausale *Deutung* eines konkreten Handelns bedeutet: daß der äußere Ablauf und das Motiv zutreffend und zugleich in ihrem Zusammenhang sinnhaft *verständlich* erkannt sind. Eine richtige kausale Deutung *typischen* Handelns (verständlicher Handlungstypus) bedeutet: daß der als typisch behauptete Hergang sowohl (in irgendeinem Grade) sinnadäquat erscheint wie (in irgendeinem Grade) als kausal adäquat festgestellt werden kann.[9]

Weberiläisessä tyyppiajattelussa sosiologian mahdollisuus ymmärtävänä tieteenä perustuu siihen, että ihminen pystyy yleistämään tekojen subjektiiviset merkitykset tekotyyppien merkityksiksi. Ihminen pystyy myös eläytymällä käsittämään toisten tekojen perusteena olevia motiiveja. Tähän ymmärtävään tulkintaan tarvitaan ajatusta rationaalisuustyypeistä, joiden valossa sosiaalisen toiminnan järkiperusteet samoin kuin irrationaalisuudet voidaan saada tieteellisellä tavalla ilmaistuiksi. Sosiaalisen toiminnan suuri määrä ikään kuin takaa sen, että sosiologiset tulkinnat teoista ja tosiasialliset tekojen motiivit vastaavat toisiaan riittävän tarkkaan.[10] Tällä seikalla lienee yleisemmin ja tämän tutkimuksen kannalta yhteyttä siihen, että myös oikeudellisen syyksilukemisen »objektivoinnin» mahdollisuudet lisääntyvät, kun säännellään toiminta-alueita, joilla käyttäytymismuodot ovat joukkomittaisia ja tietyllä tapaa vakiintuneita (kuten liikenne).

Erityisen kiinnostavaa on se, että Weberille tyyppiteon kausaalinen merkityksenanto on kiinni motiivin ja kausaalisen adekvanssin yhteensattumisesta.[11] Weberin tyyppiteoriassa tukeudutaan oppiin adekvaatista kausaliteetista ja lisätään siihen sosiologisen merkityksen kannalta olennainen sosiaalisten merkitysten taso. Weber on ollut hyvin tietoinen von Kriesin kehitelmistä ja hän on kirjoittanutkin aiheesta erityisesti historiantutkimuksen näkökulmasta.[12]

Motiivi-termiä selittäessään Weber koskettelee kausaalisesti adekvaatin ja merkityksellisesti adekvaatin yhteyden suhdetta. Sosiaalisten tekojen tulkinnassa ei koskaan voida jäädä pelkästään kausaalisen adekvanssin tasolle,

---

[9] *Weber* 1985, 5 (kursivoinnit MW).

[10] Sosiologisen tyyppiteorian kannalta tämä on luonnollisesti keskeinen ongelma. Miten ja kuka voi tulkita tekojen motiiveja? Miten sosiologi pystyy siihen, vai pystyykö siihen kuka tahansa? Onko oikein tulkita toimintaa tällä tavoin standardisoivasti, jne. – Oikeudellisen ratkaisutoiminnan kannalta vaikeus on vieläkin suurempi, ollaanhan aina tekemisissä yksittäistapauksellisen Sinndeutungin kanssa.

[11] Alfred Schütz on ottanut esille juuri tämän kysymyksen kausaalisesta adekvanssista ja merkitysadekvanssista Weberin ideaalityyppiteoriassa. Ideaalityyppikonstruktion tulee olla kummallakin tavalla adekvaatti. Ks. *Nousiainen* 1993, 21–23.

[12] *Weber* 1973 (1906), 266–290.

vaan ulkoisen tapahtumainkulun ja motiivin täytyy olla merkityksellisesti ymmärrettäviä yhteydessään. Motiivi on itse asiassa juuri tuo merkitys, joka käsitetään ja tulkitaan käyttäytymisen perusteeksi. Merkitysadekvanssi on hyvin lähellä normatiivista mittapuuta. Merkitysadekvanssi on käsillä silloin, kun tekotyyppiin keskimääräisten ajatustottumusten mukaan tyypillisesti liitetään tällainen merkitys. Jos »Sinnadäquanz» puuttuu, ei mikään kausaalinen adekvanssi oikeuta katsomaan, että kyse olisi sosiaalisesta teosta. Tilastollisen mahdollisuuden seurauksen syntymiseen on siis täytynyt ainakin jollakin tasolla olla myös merkityksellinen ja tekijän käsitettävissä. Sosiologisia sääntöjä eivät toisaalta ole pelkästään käsitetyt merkitysyhteydet. Myös tekotyypin kausaalisesti adekvaattinen yhteys seurauksen syntymiseen on voitava osoittaa.[13]

Weberin mukaan historiantutkijan erottaa tavallisesta historiassa toimivasta ihmisestä, joka pohtii toimintatilanteessa erilaisia tulevaisuuden kehitysvaihtoehtoja se, että historioitsija jo tietää miten on käynyt. Koska historioitsija tuntee kehityskulkuja, hän pystyy arvioimaan sitä, mikä merkitys historian kannalta yksittäisillä päätöksillä on ollut – mitä olisi ollut odotettavissa, jos olisikin päätetty muuta. Historioitsija on edullisemmassa asemassa kuin tuo toimija itse on ollut.[14]

Historiantutkimuksen metodologia on ollut Weberin mukaan takapajulla, mutta nyt olisi muilta tieteiltä saatavissa apua. Hän viittaa »erinomaisen fysiologin» von Kriesin teoriaan objektiivisesta mahdollisuudesta sekä kriminalistisiin ja juridisiin sitä kannattaviin tai vastustaviin kirjoituksiin.[15]

Historiantutkimuksessa ja oikeudellisessa ratkaisutoiminnassa ollaan molemmissa »antroposentrisesti» suuntautuneita, eli kysytään inhimillisten tekojen kausaalista merkitystä.[16] Molemmissa kausaalisuusongelma koskee

---

[13] *Weber* 1985, 5–6. – Von Kriesin kausaalisen adekvaattisuuden oppi paljastuu siis puutteelliseksi sosiaalisten tekojen ja tekotyyppien ymmärtävän tulkinnan kannalta, koska kausaalisen adekvanssin on myös tullut olla tekijän tiedettävissä.

[14] *Weber* 1973 (1906), 266–267.

[15] *Weber* 1973 (1906), 269 (269–270): »Daß gerade die Juristen, in erster Linie die Kriminalisten, das Problem behandelten, ist naturgemäß, da die Folge nach der strafrechtlichen Schuld, insoweit sie das Problem enthält: unter welchen Umständen man behaupten könne, daß jemand durch sein Handeln einen bestimmten äußeren Erfolg »verursacht» habe, reine Kausalitätsfrage ist, – und zwar offenbar von der gleichen logischen Struktur wie die historische Kausalitätsfrage.»

[16] Ks. tästä myös Ricoeurin huomautuksia. Hänen mukaansa tekojen kausaalisen arvon määrittämisellä on merkitystä sen vuoksi, että näin saadaan esille jännite tekijän intentioiden ja teon toteutuneen kausaalisen merkityksen välillä. Teko saattaa tuottaa tekijälleen pettymyksen. Ainoastaan kausaalinen syyksilukeminen voi vastata kysymykseen,

konkreettisten seurausten syyksilukemista konkreettisten syiden tiliin, eikä kummassakaan etsitä abstrakteja lainmukaisuuksia. Lainoppi eroaa historiantutkimuksesta vain siinä, että edellisessä esitetään objektiivisen ja kausaalisen syyksilukemisen lisäksi vaatimus subjektiivisen syyllisyyden riittävyydestä.[17]

Sekä historiantutkimuksessa että lainopissa myös rajataan kiinnostusta. Kummassakaan ei olla kiinnostuneita niinkään siitä, miten jotakin saadaan aikaan, vaan ennen muuta siitä, mikä on ollut jonkin teon osuus tietyn seurauksen syntymiseen. Kummassakin ollaan kiinnostuneita vain siitä, mikä on tämän suhteen olennaista:[18]

> »Wie für die juristische, so ergibt sich auch für die historische Zurechnungsfrage dadurch die Ausscheidung einer Unendlichkeit von Bestandteilen des wirklichen Hergangs als »kausal irrelevant», denn ein einzelner Umstand ist... nicht nur dann unerheblich, wenn er mit dem zur Erörterung stehenden Ereignis in gar keiner Beziehung stand, dergestalt, daß wir ihn wegdenken können, ohne daß *irgend*eine (kurs. MW) Aenderung des tatsächlichen Verlaufes eingetreten »*wäre*» (kurs. MW), sondern schon dann, wenn die in concreto wesentlichen und allein interessierenden Bestandteile jenes Verlaufes durch ihn nicht mitverursacht erscheinen.»

Myös historiantutkimuksessa tehdään väistämättä abstraktioita ja arvioidaan erilaisia mahdollisuuksia, ja koko historiallinen tieto on kiinni tällaisista kokemussääntöihin pohjaavista mahdollisuusarvioista.[19] Weber tulkitsee huomattavan tarkasti uutta ajatusta historiantutkimuksen kannalta. Historiantutkimuksessa ei vain merkitä muistiin tapahtumia, vaan niitä työstetään mielikuvituksen ja kokemussääntöjen avulla: valmiiksi olevaan todellisuuteen lisätään koko nomologinen kokemustietomme.[20] Vaikka Weber ei väitäkään todennäköisyysajattelun sellaisenaan olevan siirrettävissä historiallisten ilmiöiden tarkasteluun, hän pitää silti periaatteessa mahdollisena määrittää tietyllä tapaa se objektiivisen mahdollisuuden aste, jolla teko on yleisellä tasolla edistänyt seurausta.[21]

---

missä määrin teko ei vastannut toimijan intentioita. Tämä kysymys kiinnostaa niin juristia kuin historioitsijaa. *Ricoeur* 1984, 188–189.

[17] *Weber* 1973 (1906), 270–271.

[18] *Weber* 1973 (1906), 272–273 (273).

[19] *Weber* 1973 (1906), 273–276.

[20] *Weber* 1973 (1906), 277.

[21] *Weber* 1973 (1906), 282–286.

Weber käsittää kausaalisuuden täysin von Kriesin tavoin. Satunnaisen ja adekvaatin kausaalisuuden ero ei ole maailmassa sinänsä, vaan tuotamme sen itse silloin, kun erotamme jotkin tapahtumisen edellytykset ja arvioimme niiden pohjalta seurauksen syntymahdollisuuksia, jotta taas voisimme kokemussääntöjen pohjalta saada selville eri tapahtumisen osasten kausaalisen merkityksen. »Um die wirklichen Kausalzusammenhänge zu durchschauen, *konstruieren wir unwirkliche*.»[22]

Weber pitää vakuuttavana myös von Kriesin joihinkin juridisiin kausaalisuusteorioihin suuntaamaa kritiikkiä – esimerkkinä Bindingin tasapainoteoria. Weberin mukaan siinä otetaan ihmisen sisäinen kokemus itsessään joskus kamppailevista motiiveista kausaalisuusopin pohjaksi, eikä tuo voi olla tiukasti ottaen kausaalisuustarkastelua lainkaan.[23]

Weber tunsi myös Radbruchin adekvaattista kausaalisuusoppia vastaan suuntaaman kritiikin.[24] Radbruchin kritiikki ei ymmärrettävästi huoleta Weberiä, koska sosiologian teoriassa yksittäistapauksellisen oikean motiivin osoittaminen ei olekaan tärkeintä, toisin kuin esim. historiantutkimuksessa. Weber on toisaalta tuskallisen tietoinen siitä, että samankaltaistenkin tekojen perusteina saattaa piillä monenlaisia keskenään kamppailevia motiiveja.[25] Rikosoikeudessa syyllisyysperiaate rajoittaa tyyppiajattelun suoraa sovellettavuutta, ja lähinnä tähän Radbruchkin kritiikkinsä perustaa.[26]

Sosiologisessa mielessä kuitenkin juuri toimintatyypit ovat kiinnostavia. Toimintatyyppi, jolle konstruoidaan merkitykseksi siihen liittyvä motiivi, on keskeinen osa säännön käsitettä sosiologiassa. Tekotyyppiin tulee tilastollisena säännönmukaisuutena liittyä tarkoitettu, ymmärrettävä merkitys. Tyypit ovat konstruktioita, mutta sosiaalisen elämän todellisuuden tulee myös karkealla tavalla vastata toimintatyyppiä.[27] Tilastotiedosta osa on »vierasta»,

---

[22] *Weber* 1973 (1906), 287. (Kurs. MW). – Tämä tarkoittaa sitä, että jonkin teon adekvanssin arviointi seurauksen synnyn kannalta edellyttää sitä, että selvitetään miten suuri mahdollisuus seurauksen syntyyn oli ilman tuota tekoa. Tarvitaan vertailuoperaatioita »mahdollisten maailmoiden» välillä.

[23] *Weber* 1973 (1906), 288–289.

[24] *Weber* 1973 (1906), 266–290.

[25] *Weber* 1985, 4–5.

[26] Radbruchin mielestä von Kries korvasi tuottamuksessa syyllisyysvaatimuksena olleen subjektiivisen ennakoitavuuden yleisemmällä objektiivisella ennakoitavuudella, ja hänen syyllisyyskäsityksensä oli kaiken kaikkiaan epäselvä. *Radbruch* 1902, 31–40, 58–60.

[27] Metodologisesti Weberin jako Gemeinschaftshandeln/Gesellschaftshandeln on tärkeä. Edellisessä tekijä on subjektiivisesti merkityksellisessä suhteessa toiseen. Esimerkiksi kohdatessaan toisen tekijä suuntautuu toiseen odottaen tältä tietyntyyppistä merki-

eikä liity sosiaalisiin toiminnan tyyppeihin. Sosiologinen tilastotieto, jota edustavat rikollisuustilastot, ammattitilastot ym., liittyy aina toimintatyyppeihin.[28]

Kausaalisuuden adekvanssiopin muotoileminen merkitsi olennaisesti sitä, että syyksilukemisen perustaksi otettiin teon yleinen luonne, teon yleiset ja yleistetyt ominaisuudet. Kausaalisuusopin umpikuja oli ratkaistavissa siirtämällä tarkastelu tälle yleisemmälle tasolle. Asiallisesti ottaen siirrytään silloin arvioimaan tekoa tyyppitapauksena. Teko on omiaan aiheuttamaan juuri niitä seurauksia, joiden vaaraa teko saa aikaan tai lisää, mikä taas on ratkaistavissa vain ottamalla mukaan kokemuksemme siitä, mitä yleensä erilaisissa tilanteissa voi tapahtua. Toiminnan pelivara (Spielraum[29]) voi olla joissakin harvinaisissa tapauksissa »loogisen mahdollisuuden asteena» määritettävissä. Koska tällaista tietoa ei useinkaan ole, joudutaan turvautumaan väljempään yleisen käsityksen mukaiseen tyypillisyyteen. Jo von Kries itse korosti tarvetta hahmottaa adekvaattisuus myös tyypillisyytenä.[30]

Varhemman ongelman ratkaisu synnytti kuitenkin uuden ongelman, joka liittyi siihen, miten pitkälle ja millä tavoin edellytysten ja seurauksen yleistäminen (so. kuvaaminen) tuli tehdä. Yhtäältä ongelmana on se, että yleistämisen suoritustapa vaikuttaa mahdollisuusarvioon, ja toisaalta olisi tiedettävä, mitä kuuluu oikeanlaiseen kuvaukseen.[31] Tyyppien määrittely jää väistämättä harkinnanvaraiseksi.

---

tyksellistä käyttäytymistä. Sosiologiselta kannalta tärkeää on myös, että odotus voidaan perustaa odotuksen täyttymisen objektiiviseen todennäköisyyteen.

Gesellschaftshandeln taas on edellisen alalaji, jossa 1) toiminta suuntautuu odotuksiin, joita puolustetaan sellaisten järjestysten perusteella, jotka 2) on asetettu puhtaan tavoiterationaalisesti pitäen silmällä yhteiskunnallistuneiden toimijoiden odotetun toiminnan seurauksia, ja 3) jossa merkityksellinen suuntautuminen tapahtuu subjektiiviselta kannalta tavoiterationaalisesti. – Gesellschaftshandeln ikään kuin kestää sen, että odotuksia ei aina täytetä ja että pettymyksiä tulee. Korttipelissä joku huijaa. Vasta sitten, kun kaikki huijaavat ja tietävät että kaikki muutkin huijaavat, ovat pelin säännöt menettäneet merkityksensä; siinä suhteessa yhteiskunnallistuminen on lakannut. Ks. *Weber* 1973a (1913), 441–446.

[28] *Weber* 1985, 5–6.

[29] *Sipilä* 1936, 86, käyttää sinänsä sattuvaa nimitystä »tapahtumanvara».

[30] Ks. yleisesti *Sipilä* 1936, 68–77. – Suhtautuminen tyypillisyys-vaatimukseen oli monilla tuon ajan kirjoittajilla varauksellista, koska se tuntui rajaavan oikeudellisesti relevantin kausaalisuuden alan jo liiankin ahtaaksi, varsinkin tilanteissa, joissa tekijä erityisesti tavoitteli jotakin seurausta, jonka synty kuitenkin vain vähäisessä määrin oli mahdollista. Esimerkkinä huono ampuja yrittämässä surmaamista pitkän etäisyyden päästä. Osuminen ei ole tyypillistä, mutta tekijän vastuuta ei silti voida kiistää.

[31] Edellisestä, ks. esim. *Honkasalo* 1933, 140–141 ja *Sipilä* 1936, 109–136.

Kausaalisuusteoriassa tapahtunut avaus oli tärkeä. Kausaalisuusoppi sai piirteitä, jotka lähensivät sitä luonnontieteessä levinneeseen lainmukaiseen selittämiseen. Kausaalinen selittäminen luonnonlakien mukaan edellyttää vastaavalla tavalla *explanans*in ja *explanandum*in yleistä kuvausta, tyypittämistä. Tunnetuimpia tieteellisen selittämisen malleja on Hempelin-Oppenheimin muotoilema ns. peittävän lain selitysmalli.[32] Hempel ja Oppenheim kirjoittivat myös tyyppiteoriasta ja pyrkivät pohjaamaan tyyppiteoriansa mittalukuihin perustuville käsitteille.[33] Tuossa yrityksessä keskeistä on elämäntapahtumien jakaminen järjestykseen jatkumolle sen mukaan, miten hyvin ne vastaavat jotakin tyyppiä. Tällainen muodollinen tyyppiteoria johti kuitenkin ongelmiin, koska se ikään kuin pakotti todellisuuden tyyppiensä muottiin. Hermeneuttiselta kannalta tyyppi määriteltiin liian karkeasti ja yleiskäsitteenomaisesti, joten todellisuuden konkretia ei päässyt heijastumaan riittävästi tyyppien muodostukseen.

Weber pyrki perustamaan tieteellisen sosiaalisten merkitysten tarkastelun tyyppiteorian ja adekvaattisen kausaalisuusopin varaan. Hän luotti periaatteessa siihen, että historiassa ja yhteiskuntatieteissä kausaalisuusväitteiden totuusarvo voitaisiin määritellä objektiivisesti, koska merkityksellinen aiheuttaminen pohjaa objektiivisiin kokemussääntöihin. Weberin ymmärtävässä sosiologiassa tukeudutaan niin voimakkaasti kokemustietoon, että hermeneuttisessa mielessä ymmärtävät piirteet jäävät sivummalle.

Weberin sosiologisen teorian taustalla oli uuskantilaisuus, mutta esimerkiksi Rickertiin nähden hän teki sen tärkeän eron, että yhteiskunnalliseen empiriaan kuuluvia arvoja eli kulttuuria ei tullutkaan käsittää objektiivisessa mielessä, vaan arvot käsitettiin subjektiivisiksi.[34] Tieteellisen objektiivisuuden takaamiseksi tarvittiin objektiivinen tapa tulkita kulttuurisia ilmiöitä. Sellaiseksi tuli kausaalisen syyksilukemisen menetelmä. Yhteiskunnallisten tosiasioiden selittämisessä tarvittiin tällaista menetelmää, koska kausaalista

[32] Ks. siitä esim. *Niiniluoto* 1983, 273–281; *von Wright* 1971, 10–15. Aarnio torjuu selkeästi mahdollisuuden tukeutua tuohon selitysmalliin oikeudellisen ratkaisun muodon analyysissä ja tarjoaa argumentaatioteoriaa vaihtoehdoksi. Hermeneuttisessa oikeustieteessä olennaista on se, että argumentaatio ei koske vain oikeuskysymystä, oikeusnormin tulkintaa, vaan oikeusnormin tulkintaa konkreettisesta tapauksesta lähtien. Ks. *Aarnio* 1975, 332–333.

[33] *Hassemer* 1968, 121–123.

[34] Olemisen ja pitämisen ero oli metodologisesti tärkeää lounaissaksalaisessa uuskantilaisuudessa. Käytännöllisen filosofian alalla uuskantilaiset vastustivat ankarasti kaikenlaista eettistä naturalismia ja arvokognitivismia. Weberillä tätä ilmentää myös se, että hän kritisoi naturalistista tapaa käyttää evoluutiokäsitteitä; niihin piilotettiin arvokannanottoja. Ks. esim. *Habermas* 1987, 221–222.

lainalaisuutta koskevan tiedon käyttäminen lisäsi syyksilukemisen objektiivisuutta. Toisaalta syyksilukeminen ei koskaan voinut tyhjentävästi jäädä kausaalisten suhteiden tasolle, vaan kausaaliketjujen seuraaminen oli aina pysäytettävä syyksilukemisella. Pelkkä kausaalinen tieto ei ollut kiinnostavaa eikä tarjonnut selityksiä. Yhteiskuntatiede on selittävää, koska se käyttää hyväkseen kausaalisuhteista olevaa tietoa, mutta myös ymmärtävää, koska se ottaa käyttäytymistä tulkitessaan huomioon ihmisten käsitykset heitä velvoittavista normeista. Kausaalinen merkitystulkinta edellyttää kausaalisuuden ja syyksilukemisen yhdistelmää. Sosiaaliset merkitykset edellyttävät normien ottamista mukaan tarkasteluun.[35]

Raymond Aron on yksi niistä, jotka historianfilosofian alalla ovat käsitelleet ja kehitelleet Weberin tapaa ymmärtää kausaliteetti. Hän rinnastaa Weberin tapaan toisiinsa historiallisen ja oikeudellisen tavan lähestyä kausaliteettia ymmärtämisen tarkoituksessa ja yksittäistapauksesta lähtien, vailla erityistä kiinnostusta niihin lainalaisuuksiin, joiden alaisesta tapauksesta ehkä on kyse. Ymmärtävässä tarkastelussa ei päätavoitteena ole todeta havaittuja säännönmukaisuuksia selittäviä välttämättömiä linkkejä, vaan kyse on sisäisestä motiivien ym. »intelligiibelisyydestä».[36]

Aivan kuten Weber, Aronkin korostaa historioitsijan kausaalisuustarkastelun välttämättä liikkuvan »todellisuuden ylittävien» mahdollisuuksien tasolla. Historioitsija joutuu aina selittäessään, mitä tapahtui, kysymään itseltään, mitä olisi voinut tapahtua. Loogisesti historiallisen tapahtuman syiden tutkimus kulkee neljän operaation kautta:[37]

1) analysoidaan ilmiö-vaikutussuhde;
2) jotkin tapahtuman edellytyksistä sivuutetaan, samalla kun yksi tarkasteluun valittu edellytys, jonka vaikutuksellisuutta tahdotaan mitata, eristetään muista
3) konstruoidaan epätodellisia kehityskulkuja
4) verrataan mielikuvia ja todellisia tapahtumia.

Aronin samoin kuin Weberin historianfilosofiassa kausaalisuustarkastelut perustetaan retrospektiiviseen todennäköisyyteen. Weberiin verrattuna Aron kuitenkin ymmärtää selvemmin kausaalisuusarvostelmat luonteeltaan relativistisiksi. Mikä on satunnaista tai vastaavasti adekvaatisti kausaalista, ei Aronin mukaan määrity absoluuttisesti vaan vain suhteessa tiettyihin ta-

[35] *Pohlmann* 1984, 106–108.
[36] *Aron* 1948, 158.
[37] *Aron* 1948, 160–161.

pahtuman edellytyksiin.[38] Kausaalisuus on tulkintaa edellyttävä, tulkinnan kehitelty muoto.[39]

Minkä vuoksi sitten on tarpeen ottaa esille tämä melko varhainen keskustelu kausaalisen syyksilukemisen luonteesta historiassa, sosiologiassa ja oikeudessa? Käsittääkseni näin voidaan varsin osuvasti valaista sitä »jäännöstä», joka oikeudellisiin kausaalisuusoppeihin aina tuntuu jäävän, kun kausaliteettia lähestytään peittävän lain selitysmallin pohjalta. Kausaliteettia ja tieteellistä selittämistä koskevissa käsityksissä heijastuu kullekin tieteelle ominainen tapa tulkita inhimillistä toimintaa, kytkeä yhteen vaikutuksia tuottava teko ja sen tekijä. Ymmärtämisessä tulee mukaan sellainen inhimillinen komponentti, joka jää suppeassa mielessä käsitetyn kausaalisuusanalyysin ulottumattomiin. Tämä ilmiö on tuttu esimerkiksi von Wrightin teon filosofiasta: jos kausaalisuus määritellään teon käsitteen avulla, teon käsite ei voi olla kausaalisuusanalyysin kohteena, vaan tuo analyysi rajautuu aina »maailmanhistorian fragmenttiin», pieneen maailmaan, »systeemiin».[40]

Weberin ja Aronin tarkastelun pohjalta voidaan ymmärtää, minkä vuoksi perinteinen tapa »todeta» kausaaliyhteys tuomarin suorittamalla ajatuskokeella heikkouksistaan ja epätarkkuuksistaan huolimatta on puolustettavissa. »Merkityksellinen» kausaalisuustarkastelu nimenomaan edellyttää tällaisen konstruktiivisuuden ja tulkinnallisuuden sallimista. Tähän liittyy se, että kausaalisuustarkastelussa joudutaan aina vertaamaan mahdollisia tapahtumakulkuja. Syyksilukemisesta puhuttaessa ei ole itseisarvo välttää tuollaiset vertailut »mahdollisten maailmojen välillä». Tämäntyyppinen ymmärtämisen traditioon pohjaava lähestymistapa helpottaa esimerkiksi laiminlyönnin kausaalisuuden käsittelyä, koska historiallisessa, sosiaalisessa ja oikeudellisessa mielessä voi olla mielekästä kysyä, mitä olisi seurannut siitä että jokin laiminlyöty teko olisikin tehty. Esimerkiksi Jareborgin esittämän tapainen jako kausaaliketjuihin ja kausaalilinjoihin, mistä puhumme tuonnempana, osoittautuu vähemmän täsmälliseksi. Molemmat ovat hahmotettavissa vain toistensa kautta.

Oikeudellisen syyksilukemisen tulee – ollakseen ymmärtävää – olla tekojen ja laiminlyöntien syyksilukemista. Silloinkin, kun teko käsittää ajallisesti tai paikallisesti laajemmalle ulottuvia seurauksia, teon käsitteen tulee mielekkäällä tavalla kattaa etäisemmätkin seuraukset. Tämä tarkoittaa samalla

[38] *Aron* 1948, 165–166.
[39] *Aron* 1948, 11.
[40] Ks. *von Wright* 1971, 50–82.

sitä, että kausaalisuustarkasteluille on syytä jättää tilaa rikosvastuussa. Seurausten syyksilukemisen kannalta olisi suuri ero, jos kausaalisuusvaatimus vaikkapa korvattaisiin kokonaan vaatimuksella siitä, että on lisätty seurauksen synnyn riskiä. Nähdäkseni täältä suunnalta tulee rajoituksia sen suhteen, miten laajalle oikeudellista syyksilukemista ylipäätään voidaan ulottaa.[41]

Uuskantilaisen syyksilukemiskäsityksen relativoimista on edelleen mahdollista jatkaa siitä, mihin Aron on päätynyt. Esimerkkinä voi mainita Paul Ricoeurin filosofisen kehitelmän, jossa kuvataan kolme inhimillisen toiminnan tarkastelun tasoa ja selvitetään näiden tasojen suhteita. Yksinkertaisen toiminnallisen järjestyksen tasolla ymmärrämme suoraan toistemme tekoja ja laiminlyöntejä ja liitämme niihin merkityksiä. Tämä on välittömän inhimillisen kokemuksen piiriä, arkikokemuksen taso, jossa teot ja seuraukset liittyvät toisiinsa toiminnallisesti. Toinen taso on narratiivin, kerronnan taso, jolle on olennaista syiden ja seurausten kutoutuminen osaksi tarinan omaa juonellistumista, juonellista rakennetta. Kerrotussa tarinassa juonellistuminen selittää seurauksia, eikä selittämisen kysymyksiä muussa mielessä nouse tietoisesti lainkaan esille. Narratiivi selittää itse itsensä. Narratiivissa toteutuu periaate *post hoc, propter hoc*.[42] Narratiivinen taso on oikeudellisesti kiinnostava mm. sen vuoksi, että oikeudellisissa yhteyksissä kausaalisuustarkastelut aina tulevat esille yhteyksissä, joissa tapahtumainkulku jo on ehditty pukea juonelliseen muotoon – esimerkiksi kuulustelupöytäkirjojen raporteissa. Narratiivinen taso ei siis ole teoreettisen käsitteellinen eikä argumentatiivinen, vaan tällainen on vasta kolmas taso, Ricoeurillä historiatieteen taso.

---

[41] Nuutilan tuottamusopissa kysymys kielletyn riskinoton relevanssista voidaan tulkita tavaksi esittää uudelleen kysymys kausaalisuudesta rikosoikeudessa. Kielletyn riskinoton relevanssi eli merkitys selvitetään tarkastelemalla sitä, mikä osuus kielletyllä teolla on ollut seurauksen syntyyn. Nuutila pyrkii rajoittamaan kausaalisuustarkastelun alaa normatiivisen syyksilukemisen opin hyväksi (*Nuutila* 1996, 196–229), mutta lopputulos on lähinnä sellainen, että kausaalisuuskysymykset muuntuvat kriminaalipoliittisesti vastattaviksi riskinoton relevanssia koskeviksi. Nuutila näkee (velvollisuudenvastaisuuden) kausaalisuuden toteamisen edellyttävän, että seuraus varmasti olisi jäänyt syntymättä, mikäli kiellettyyn riskinottoon ei olisi syyllistytty (448–457). »Humanistisempi» kausaalisuustarkastelu taas ei alun alkaenkaan asettaisi kausaaliselle syyksilukemiselle näin tiukkoja vaatimuksia. Sen vuoksi kausaalisuustarkastelun ja relevanssitarkastelun ero ei ole välttämättä kovin huomattava.

[42] Narratiivin ja tieteellisen selittämisen välimaastoon voisi taas asettua esimerkiksi syitä ja seurauksia koskeva retorinen argumentaatio, josta *Perelman – Olbrechts-Tyteca* 1971, 263–278.

Adekvaatin kausaalisuuden opit, joita edellä käsiteltiin, ovat kiinnostavia mm. siksi, että niissä yhdistyy jotakin olennaista niin juonellisesta kuin tieteellisestä selittämisestä.[43] Jo Aristoteleen runousopissa käsiteltiin juonen rakentamisen ongelmia. Juonen todettiin edellyttävän yllättäviä käänteitä, mutta sen tulee silti olla uskottava. Tapahtumien tulee olla mahdollisia. Mikä on mahdollista, määrittyy taas sen pohjalta, mikä on inhimillisesti uskottavaa.[44]

Oikeustieteessä voi vastaavalla tavalla nähdä eron toimintajärjestyksen, narratiivisen tason ja tieteellisen tarkastelun välillä. Tieteellisellä tasolla pyritään tuottamaan objektiivista tietoa, jolle on luonteenomaista argumentatiivisuus, rekonstruktiivisuus ja itseään korjaavuus. Vasta tieteellisessä tarkastelussa saatetaan historiallinen selitys osoittaa vääräksi, ja aivan vastaavasti argumentaatioon siirtyminen mahdollistaa esimerkiksi sen, että rikossyyte voidaan hylätä siitä huolimatta, että kerronnallisesti syyllisyys jo on implisiittisesti oletettu.[45]

Ricoeurin ajatuksena on, että nimenomaan singulaarinen kausaalinen syyksilukeminen on välittävä operaatio, jolla on merkityksensä kaikilla kolmella tasolla. Teoreettiset selitysmallit, joita tieteellisessä esitystavassa objektiivisuuden nimissä suositaan, viittaavat todellisuudessa alemmille, epätieteellisille tasoille.[46] Toisaalta ilman tällaisia viittauksia ne eivät selviäisi tehtävistään. Historiatieteessä varjellaan näin historiallisuutta, ja vastaavasti voisi sanoa oikeustieteessäkin olevan tärkeää varjella sitä, mikä on oikeudellista, oikeudellisesti merkityksellistä. Ricoeurin pohjalta olisi ymmärrettävissä, että oikeudessa kulkee mukana sellaisia tasoja, jotka eivät ole tieteellisesti kokonaan rationaalistettavissa ilman, että samalla hävitetään tulkinnallinen, inhimillinen komponentti. Oikeudessa on jotakin, joka ei ole käsitettävissä argumentaation ja rekonstruktion keinoin, vaan joka edeltää sitä. Jos kausaalisuuden käsite voi saada erilaisia merkityksiä erilaisilla tasoilla, olisi luontevaa katsoa saman koskevan myös vaaraa. Inhimillisen toiminnan

[43] *Ricoeur* 1984, 183.

[44] Ks. *Ricoeur* 1984, 42–51. Ei ole kovinkaan kaukaa haettua nähdä tahallisuusopeissa mahdollisuus- ja oletettavuuskäsitteillä operoimisen osaltaan perustuvan siihen, että näitä käyttäen tapahtumat saadaan oikeudellisesti selitetyiksi tyydyttäen samalla narratiivin vaatimukset, mikä lisää ratkaisun välitöntä ymmärrettävyyttä.

[45] Narratiivinen voima voi joskus jopa ohjata oikeudellista ratkaisua ja doktriinia. Tahallisuusopin ns. pakottava päättely muistuttaa tällaista vaikuttavuutta.

[46] Ks. hänen esitystään metodistaan, jossa »takaisin kysymällä» selvitetään merkityksien syntyä geneettisestä fenomenologiasta vaikutteita saaneella tavalla; *Ricoeur* 1984, 180–182.

ulottuvuuksiin liittyvät perustavimmat asiat ovat tässä mielessä kiinnostavalla tavalla kulttuurisia asioita.[47]

2.2 Kelsen normatiivisesta syyksilukemisesta

Myös Hans Kelsen on tuntenut runsaasti mielenkiintoa syyksilukemista koskeviin kysymyksiin. Modernin käsityksen mukaan luonto ja yhteiskunta ovat tavalla tai toisella vastakkaisia. Yhteiskunnassa vallitsevat sosiaaliset suhteet, yhteiskunnallinen järjestys, tavat ja normit. Luonto taas on se osa maailmasta, joka ei kuulu yhteiskuntaan, ja joka on ja muuttuu omien lakiensa ja periaatteidensa mukaisesti. Kausaalisuusperiaate hallitsisi sen mukaan luonnossa, jonka tapahtumia selitetään luonnonlaeilla. Siltä osin kuin ihminen on luonnonlakien alainen, hän on osa luontoa, ja siltä osin kuin hänen toimiaan tarkastellaan toisenlaisen järjestysperiaatteen kannalta, hän on yhteiskunnan jäsen.[48]

Kelsen pohtii luonnon ja yhteiskunnan, kausaalisuuden ja syyksilukemisen suhdetta tätä taustaa vasten. Kelsenin käsityskannan mukaan luonnon ja ihmisen suhteen määrittely ei ole mikään täysin muuttumaton ja luonnollinen asia. Itse asiassa luonnon ja yhteiskunnan suhde on muuttunut voimakkaasti historian kuluessa ja ajattelun kehittyessä. Alkukantainen ihminen, samoin kuin pieni lapsi nykyäänkin, ei lainkaan käsitä luontoa yhteiskunnasta erilliseksi olevaisuuden tasoksi. Alkukantainen ihminen tulkitsee luontoa samojen normatiivisten periaatteiden varassa kuin yhteiskuntaakin.[49] Vasta it-

[47] Jos Ricoeurin geneettistä fenomenologiaa tarkastelisi rikosoikeuden tutkimuksen alalla, voisi rikosoikeudesta sanoa löytyvän sellaista syvärakennetta, joka on toisentyyppistä kuin edellä mainitussa Tuorin oikeuden tasottelussa esiintuleva aines. Tuorin tasottelumallissa niin lakimuodon, oikeuskulttuurin kuin oikeusmuodon tasoja leimaa tietty käsitteellisyys eikä näitä tasoja kytketä sellaiseen argumentaatiosta erotettuun tasotteluun, jota Ricoeur kuvaa perustavaa inhimillistä kokemusta ilmentävillä toimintajärjestyksen ja narratiivin tasoillaan.

[48] Tämä muistuttaa Kantin tunnettua käsitystä siitä, että ihminen on kahden maailman kansalainen.

[49] Luhmann on vetänyt luonnon ja yhteiskunnan rajaa syyksilukemisen käsitteellään tähän nähden kiinnostavalla tavalla. Riski luetaan päätöksenä tekijän syyksi, kun taas vaara luetaan ulkoiseen luontoon, ts. se jää syyksilukematta. Vaarantamisvastuu olisi silloin käsitettävissä niin, että potentiaalisen uhrin näkökulmasta vaaraa aiheuttava tekijä edustaa »kausaalista» uhkaa, joka kuuluu luontoon. Vasta kun kahtiajako »toisen asteen» havainnoinnin tasolla ylitetään, voidaan vaarantaminen syyksilukea. Tekijä on silloin yhdellä kertaa osa luontoa ja osa normatiivisia järjestysperiaatteita noudattavaa yhteiskuntaa. Erottelusta ks. *Luhmann* 1990, 137; *sama* 1991, 30–31 ja passim.

senäisen puhtaan tiedontarpeen kehittyminen johtaa siihen, että tapahtumista aletaan tulkita omista tuntemuksistamme riippumattomasti, objektiivisesti, so. kausaalisuusperiaatteen mukaisesti.[50]

Kausaalisuuden ja syyksilukemisen periaatteiden rinnakkaisuus kertoo niiden samantyyppisestä tehtävästä. Molemmat ovat järjestysperiaatteita, joilla luodaan maailmaan järjestystä. Luontoa selitetään kausaalisilla luonnonlaeilla, joiden kuviteltu ankara sitovuus ja väistämättömyys ovat jäänteitä siitä, että luonto henkistettiin yhteiskuntaan kuuluvaksi. Luonnon ja yhteiskunnan auktoriteetit olivat aikanaan yhteiset.[51] Yhteiskunnan normijärjestelmien pakko heijastuu klassisen luonnontieteen kausaalisuhteessa näkemänä pakkona. Luonnon on pakko totella luonnonlakia. Luonnonlait ja oikeuslait nähtiin samantyyppisiksi. Vasta kvanttimekaniikan mukanaan tuoma todistus siitä, että kaikkea tapahtumista ei voida selittää deterministisillä luonnonlaeilla, on teoreettisella tasolla murtanut uskon tällaisiin lakeihin, joiden ansiosta ennustaminen ja selittäminen voitiin nähdä täysin symmetrisiksi toiminnoiksi.[52]

Normatiivisen ja tosiasiallisen tiukka kahtiajako kahteen maailmaan herättää kysymyksen siitä, miksi kausaalisuus tosiasiallisena suhteena edes kiinnostaa. Oikeudellisessa syyksilukemisessa kuitenkin harjoitetaan syyksilukemista oikeusnormien perusteella, eikä luonnonlakien pohjalta. Vastaus lienee nyt seuraava: Oikeusnormeissa asetetaan usein teon ja seurauksen välisen kausaalisuhteen toteaminen oikeudellisen vastuun edellytykseksi. Tästä syystä kysymys kausaalisuudesta ja luonnonlaeista tunkeutuu myös oikeustieteeseen. Syyksilukeminen edellyttää tosiasioiden tuntemista ja selittämistä, etenkin jos rikosoikeudellisen vastuun periaatteet liitetään kriminaalipoliittisiin tavoitteenasetteluihin. Syyksilukemisen periaatteet eivät voi toimia puhtaasti normatiivisella tasolla, koska käyttäytyminen on reaalimaailman ilmiö, jota säännellään sen vaikutusten vuoksi. Ihmisen toiminnan tarkastelu tällaisilta ulkoisilta vaikutuksiltaan edellyttää, että ihmisen toimintaa pidetään objektiivisesti havainnoitavana ulkoisena ilmiönä.

---

[50] *Kelsen* 1982, 11–12.

[51] Ks. yleisesti esim. *Quentin* 1994, 18–34. Kausaalisuuden alkuperä olisi rikoksen ja rangaistuksen allegoriassa.

[52] Tieteenfilosofiassa tällaista perinteistä selittämisen teorian tyyppiä edustaa ns. Hempelin-Oppenheimin deduktiivis-nomologinen selitysmalli, joka on siinä mielessä formaali, että oikeassa selityksessä selitettävä seuraa loogisesti selittävistä premisseistä. Ks. mallista esim. *Sintonen* 1984, 7–13 ja monin kohdin. Ks. myös *Niiniluoto* 1983, 273–281. – Kelsen itse on siinä määrin vaikuttunut Humen skeptisestä ajattelusta, ettei varauksetta tunnusta kausaalisuhteita koskevaan tietoon sisältyvää tulevien tapahtumien ennustamisen mahdollisuutta. *Kelsen* 1960, 92.

Kausaalisuuden ja syyksilukemisen ero on Kelsenin ajattelussa mitä keskeisin. Erottamalla yhteiskunta luonnosta normatiivisen syyksilukemisen periaatteen avulla voitetaan samalla yhteiskuntatieteelle oma alansa.[53] Yhteiskuntatiede on konstruktiivinen tiede, joka ei vain kuvaa luontoa. Normien ja tosiasioiden erottaminen sulkee pois sekä yhteiskunnan totaalisen luonnontieteellisen selittämisen että sen luonnonoikeudellisen rekonstruktion mahdollisuuden. Oikeustieteen kohteeksi jää tutkia asetettua oikeusnormien järjestystä. Oikeusnormin pätevyys ei näin olisi olennaisesti kiinni siitä, noudatetaanko sitä tosiasiallisesti vai ei. Kelsen ottaa metodologiset välineensä uuskantilaisesta tieteenteoriasta, mistä hän johtaa hyvin jyrkkiä päätelmiä. Kausaalitieteet eroavat kokonaan normitieteistä. Uuskantilaisessa tieteenteoriassa jako oli alkuaan koskenut luonnontieteiden ja objektiivisiin arvoihin kiinnittyvien kulttuuritieteiden eroa, ja esimerkiksi Rickertin mukaan oikeustiede olisi voitu ymmärtää osaksi empiirisiin tieteisiin, osaksi kulttuuritieteisiin kuuluvaksi. Kelsen ei hyväksynyt tällaista jakoa, vaan korvasi sen uudella. Kulttuuritieteet jaetaankin kahtia: empiiristä on se osa kulttuuritieteistä, joka tutkii tosiasiallisia ihmisten arvostuksia, kun taas dogmaattinen oikeustiede on puhtaasti normitiede. Kelsen on siis kiinnostunut toisesta tieteiden rajaviivasta kuin Rickert.[54]

Kelsen on tutkinut laajasti kausaalisuusperiaatteen muodostumista kreikkalaisessa luonnonfilosofiassa. Hänen mukaansa olennaista luonnontieteellisen ajattelun synnyssä oli se, että pyrittiin hahmottamaan politiikasta erillinen tieteen alue. Varhemmassa luonnonfilosofiassa myytit, jotka olivat olennaisesti yhteiskunnallisia, hallitsivat. Palkitsemisen ja rankaisemisen metaforat soveltuivat kaikkeen koettuun. Luonnontieteen synty edellytti Kelsenin mukaan myytin päättymistä.[55]

Kelsenin pääteoksiin lukeutuva hyvitystä ja kausaalisuutta koskeva tutkimus oli sosiologinen eikä juridinen.[56] Syyksilukemisen ja kausaalisuuden periaatteet ovat *molemmat* käytössä myös tällä tasolla. Kausaalisuuden periaate kehittyy hyvitysperiaatteesta samalla kuin teleologiset luonnontarkastelut syrjäytetään ja kreikkalaisessa materialistisessa luonnonfilosofiassa al-

[53] *Kelsen* 1968, 85: »Ainoastaan mikäli oikeus on ihmisten keskinäisen käyttäytymisen normatiivinen järjestys, se voidaan yhteiskunnallisena ilmiönä erottaa luonnosta, ainoastaan tällöin voidaan oikeustiede yhteiskuntatieteenä pitää erillään luonnontieteestä.»

[54] Ks. *Pohlmann* 1984, 96–100.

[55] Ks. esim. *Kelsen* 1982, 45–49, 236–237.

[56] *Kelsen* 1982, passim.

kaa objektivoiva luonnon tutkiminen.[57] Kausaalisen selittämisen tarve syntyy vasta, kun luonnontapahtumia lakataan selittämästä normatiivisesti.

Siinä missä Weber pyrkii sosiologiassaan yhdistämään normien sosiaaliset merkitykset subjekteilleen ja kausaalisuustarkastelut, Kelsenin oikeusoppi taas pohjaa selvemmin normatiiviseen syyksilukemiseen. Kelsen ei edes pohdi kysymystä kausaalisuudesta oikeudellisen syyksilukemisen ongelmana. Oikeuslauseessa[58] pitämiselementti ilmaisee ehdon ja seuraamuksen kytkennän, joka on sama kuin syyksilukeminen. Oikeuslauseessa siis pitämiselementti on sama kuin lauseen normatiivinen sisältö. Oikeuslause lausuu ne ehdot, joiden vallitessa seuraus pitää syyksilukea. Oikeuslauseen ilmaisema vääryyden ja vääryysseuraamuksen kytkentä on analoginen luonnonlaissa ilmaistulle syyn ja vaikutuksen suhteelle, mutta kuitenkin eri asia. Kausaalisuhteella ei ole mitään merkitystä oikeuslauseen loogisen muodon kannalta.[59]

Kelsen menettelee tässä varmasti aivan johdonmukaisesti. Kausaalisuhteessa ei varmasti sinänsä olekaan sisäänrakennettuna mitään, mikä tekisi sen välttämättömäksi osaksi oikeusnormia tai oikeuslausetta. Normatiivinen kuvaamisen periaate on muuta kuin kausaalinen selittäminen. Kelsenille normi on kuitenkin muutakin kuin puhdas pitäminen. Normi on merkitysmalli (Deutungsschema).[60] Jotta oikeusnormi voisi säätää mitään maailmaa koskevaa, sillä tulee olla sisältöä, jokin merkitys. Sen takia jokainen normi on myös merkitysmalli tai tulkintamalli. Näin määriteltynä normi tulee lähelle sitä, mitä Alf Ross tarkoittaa abstraktilla ajatussisällöllä, normilla tulkintamallina.[61]

Mistä sitten jokin lainsäädännön normi saa merkityksensä? Kelsenin mukaan normin merkityssisältö ei ole sama kuin normin tavanomainen kielel-

---

[57] *Kelsen* 1982, 236–256.

[58] Kelsen tekee erottelun oikeuslauseeseen ja oikeusnormiin. Oikeustiede kuvaa oikeusnormeja muotoilemalla oikeuslauseita, joilla on totuusarvo. Oikeustieteen lauseet eivät itse ole normeja, koska oikeustieteellä ei ole valtuutta oikeuden luomiseen.

[59] *Kelsen* 1968, 92: »On itsestään selvää, ettei oikeustiede ollenkaan pyri vääryydeksi ja vääryysseuraamukseksi kutsuttujen oikeusilmiöiden kausaaliseen selittämiseen. Oikeuslauseissa, joilla se kuvaa näitä ilmiöitä, se ei sovella kausaalisuusperiaatetta, vaan periaatetta, jota... on lupa sanoa imputaatioksi (syyksilukemiseksi).»

[60] *Kelsen* 1960, 3–4.

[61] *Ross* 1974, 16. Rossille normit ovat käyttäytymistä ohjaavia direktiivejä. Normeilla on silti yleinen merkityssisältö, minkä vuoksi niitä voidaan käyttää käyttäytymisen tulkinnan apuvälineinä. Esimerkiksi shakkipelin ilmiöt ja shakin säännöt ovat hänen mukaansa saman asian kaksi puolta.

linen merkitys. Koska normi on asetettu, on normilla oltava se merkitys, jonka normin asettaja on sille subjektiivisessa mielessä tahtonut antaa. Subjektiivinen merkitys ei kuitenkaan voi olla oikeutta, joten normin täytyy saada objektiivinen merkitys. Objektiivisen merkityksen normille määrittelee oikeus itse. Norminantaja tai jonkin oikeuden kannalta relevantin teon tekijä voi jo itse tietää siitä, mikä tuon teon objektiivinen oikeudellinen merkitys on.[62]

Kelsenin teoriassa oikeusnormin merkityssisältö, joka ikään kuin kvalifioi oikeudellisesti tietyt ajallisen tapahtumisen tosiseikat, ei ole sama kuin nuo tapahtumat itse. Teon ulkoinen tunnusmerkistö kuuluu luontoon, ja tulee oikeudellisesti merkitykselliseksi vain, kun se vastaa oikeusnormin merkityssisältöä.[63]

Nyt herää kuitenkin kysymys, että jos sosiaalinen tapahtuminen, kuten testamentin tekeminen, rinnastuu luonnontapahtumiseen, ja jos oikeudessa ei voida tyhjästä luoda oikeusnormin objektiivista merkityssisältöä, mistä merkitykset saadaan? Kelsenin teoriassa samaistetaan yhteiskunta luontoon, joten katoaa mahdollisuus tarkastella oikeusnormeja empiirisesti siten kuin Weberin oikeussosiologiassa. Sosiaaliset merkitykset, jotka Weberille yhdistivät velvoittaviksi koettuina sisältöinä dogmaattista oikeustiedettä ja empiristä yhteiskunnan tutkimusta, haihtuvat ilmaan kummastakin yhtä aikaa.

Kelsenin teoria tuntuisi tarvitsevan tuekseen jonkin selkeän yhteiskuntateorian, joka – kuten Weberin ymmärtävä sosiologia – selvittäisi sellaisia yhteiskunnan suhteita ja käytäntöjä, joita oikeusjärjestys joka tapauksessa joutuu sääntelemään. Ilmeisesti Kelsen ei pidä tätä aivan mahdottamana, kunhan tällainen yhteiskuntatiede on selvästi normatiivista. Kelsen jopa käsittää oikeusteoreetikon – yhdessä moraaliteoreetikon kanssa – yhteiskuntateoreetikoksi.[64] Kelsen työstää Weberiin verrattuna täsmälleen vastakkaista sarkaa, ideaalisen Geltensollenin tasoa, mutta joutuu ikään kuin edellyttämään, että olisi sellaista yhteiskuntateoriaa, johon puhtaan oikeusopin teoria olisi kytkettävissä. Toisaalta hänen voimakas ideologia- ja luonnonoikeuskritiikkinsä estää häntä kuvittelemasta, mitä tällainen yhteiskuntateoria voisi olla.

Kelsenin maailmassa niin arvot kuin merkityksetkin ovat yhteiskunnan tasolla radikaalisti subjektiivisia, ja oikeusjärjestyksen objektiivisuus voidaankin sen vuoksi saavuttaa vain, jos oikeus määrittää itse omat merkityksen-

[62] *Kelsen* 1960, 2–3.
[63] *Kelsen* 1960, 3–4.
[64] *Kelsen* 1960, 90.

sä.[65] Oikeusnormi saa merkityksensä asettamisaktilla, ja toisesta oikeusnormista. Oikeusnormin voimassaolo on irronnut myös asettajansa subjektiivisesta tahdosta. Merkityksenanto tapahtuu lopullisesti syyksilukemisessa, tuomioistuimen toiminnassa.

Mutta jos merkitykset eivät ole objektiivisesti määriteltyjä ennen kuin oikeus on itse ne antanut? Mihin saadaan silloin tuetuksi se, että yleinen oikeusnormi jo säätää puitteet tuomioistuisten oikeutta luovalle toiminnalle? Kelsenin oikeusopin oikeudellisia merkityksiä koskevaa osaa tuntuu vaivaavan liiallinen irrallisuus, jolloin merkitykset näyttävät syntyvän tyhjästä. Kelsen ei esitä tarkemmin oikeudellisten merkitysten yhteyttä kielelliseen tulkintaan. Oikeudelliset merkitykset ovat kuitenkin positiivisessa oikeudessa välttämättä kielellisesti muotoiltuja, vaikka normin sisältönä voi olla muutakin. Kelsenin omassa esimerkissä poliisimies antaa kädenheilautuksella, eleellä, pysähtymismerkin autoilijalle.[66]

Miten siis oikeus pystyy luomaan omien merkitystensä objektiivisuuden, jos se ei voi tukeutua mihinkään ei-normatiiviseen ja ei-oikeudelliseen? Tämä ongelma on hämmentävä, koska Kelsenin tarkoituksena on toisaalta juuri voimassaolevan oikeuden arvovapaa ja ei-ideologinen kuvaaminen. Kelsen ei tyydy analysoimaan oikeusjärjestyksen rakennetta, vaan pyrkii oikeuden olemuksen oikeaan käsittämiseen, oikeuden esittämiseen sellaisena kuin se on.[67] On tyydyttävä siihen vastaukseen, että oikeus ilmeisesti vasta itse antaa merkityksilleen objektiivisuuden, joten oikeudelliselta kannalta ei ole tarpeen kantaa huolta siitä, kohtaavatko nämä merkitykset koskaan ihmisten teoilleen subjektiivisesti antamia merkityksiä. Oikeus on vapaa itse päättämään suhteestaan sosiaalisiin merkityksiin.

Kausaalisuuden ja imputaation suhdetta käsitellessään Kelsen korostaa näiden periaatteiden eroa. Kausaalisten syiden ja vaikutusten »ketjua» voidaan luonnontapahtumien kohdalla seurata periaatteessa kuinka pitkälle tahansa. Ketju on kumpaankin suuntaan päättymätön. Esitetylle syylle voidaan itselleen kysyä syytä, jne. Imputaatiosuhde taas noudattaa toisenlaista logiik-

[65] Subjektiivisen ja objektiivisen merkitystulkinnan ongelmasta yleisesti yhteiskuntateorian keskeisenä ongelmana ks. *Unger* 1976, 8–23.

[66] *Kelsen* 1960, 6.

[67] Puhdas oikeusoppi tahtoo »das Recht darstellen, so wie es ist, nicht so, wie es sein soll: sie fragt nach dem wirklichen und möglichen, nicht nach dem 'idealen', 'richtigen' Recht.» ... »Sie betrachtet sich als Wissenschaft zu nichts anderem verpflichtet, als das positive Recht seinem Wesen nach zu begreifen und durch eine Analyse seiner Struktur zu verstehen.» *Kelsen* 1960, 112.

kaa. Syyksilukeminen on jonkin vääryysseurauksen lukemista jonkin henkilön syyksi. Oikeudellinen normi sanktioi valtion pakkovallalla oikeusnormin ilmaiseman käyttäytymisen.[68]

Syyksilukemisessa syyksiluettavana ei ole teko, käyttäytyminen sinänsä, vaan seuraamus: palkinto tai rangaistus. Esimerkiksi rikosjutussa syyksilukeminen koskee siten sitä, katsotaanko vastaajan olevan vastuussa eli tuomitaanko hänet rangaistukseen. Kelsenin oikeusopissa näitä kahta kysymystä ei voi erottaa toisistaan. Syyksilukeminen ei koske käyttäytymistä, vaan käyttäytyminen on normissa asetettu sanktion määräämisen edellytykseksi.[69]

Tahdonvapauden ongelma saa Kelsenille niinikään ratkaisunsa kausaalisuuden ja syyksilukemisen erottamisesta. Ihmisten käyttäytyminen saattaa olla kausaalisesti selitettävissä ja heidän tahtonsa määrättävissä – oikeusjärjestyksen mielekkyys oikeastaan jo edellyttää sitä. Oikeuden sosiaalinen tehtävä edellyttää, että oikeusjärjestys voi tulla ihmisten mielteiden sisällöksi.[70] Ihmisen vapaus on vain sitä, että normatiivinen oikeusjärjestys syyksilukemisessaan kohtelee ihmistä syyksilukemisen päätepisteenä.[71]

Oikeustiede ei Kelsenin mukaan voi itse asettaa oikeusnormeja. Oikeuslause ei ole käsky, vaan arvostelma, väittämä tietämykselle annetusta kohteesta, jonka mukaan syyksilukeminen tulee suorittaa. Oikeustiede ei ole oikeuden asettaja-auktoriteetti. Valtiosääntö osoittaa ne auktoriteetit, joilla on valtuutus oikeuden luomiseen. Tuomioistuin tulkitsee oikeutta autenttisesti, tieteellisellä oikeustutkimuksella ei ole vastaavaa asemaa.

Kelsen on lähempänä Humea kuin Kantia siinä, ettei hän uskonut yleisen moraaliteorian mahdollisuuteen. Oikeus on yksinkertaisesti jotakin vält-

---

[68] Kelsenin käsityksen mukaan ei tulisi puhua oikeudenvastaisuudesta siinä mielessä, että rikoksentekijä »rikkoisi» oikeusnormia. Oikeusnormi määrää tai kelpuuttaa viranomaisen toteamaan normin täyttymisen edellytykset ja vahvistamaan sanktion. Rikoksentekijä tuomitaan siitä, että hän on käyttäytynyt tavalla, johon oikeusnormi kytkee vääryysseuraamuksen.

[69] Luhmannin mukaan nykyään vallitsee yhteisymmärrys siitä, että normin käsitettä ei voida määritellä – Kelsenin tavoin – vain sanktiouhkan kautta. Luhmannille itselleen normin käsite liittyy sanktioinnin sijasta käyttäytymisodotukseen. Normi ei lupaa, että tosiasiassa käyttäydytään sen mukaan, mutta normi suojaa sitä, joka odottaa norminmukaista käyttäytymistä. Kelsenin tapaan Luhmann korostaa sitä, että normin kannalta tekijän motiiveilla ei ole merkitystä. Ks. *Luhmann* 1993, 131–143.

[70] Juuri tätä kysymystä Weberin oikeussosiologia lähtee selvittämään: oikeuden empiiristä pätevyyttä ihmisten toiminnan perusteiksi käännettynä. – Kelsen jopa itse puhuu tällaisista mielteistä normin noudattamisen vaikuttavina motiiveina. *Kelsen* 1960, 98.

[71] *Kelsen* 1960, 97–98.

tämätöntä, jonka järkevyyttä ei voida olettaa eikä todistaa. Oikeustieteen on tyydyttävä ainoastaan kuvaamaan oikeuden muotoa ja rakennetta, oikeutta sellaisena kuin se on. Puhtaan oikeusopin oikeuspositivismissa oikeustiede ei voi olettaa tai todistaa oikeusnormin moraalista laatua ja muuta kuin toiseen normiin – viime kädessä perusnormiin – palautuvaa velvoittavuutta. Oikeusnormin autenttista tulkintaratkaisua ei voi edes ennustaa, koska sillä luodaan oikeutta.[72] Viimeiseksi jääneessä teoksessaan Kelsen myönsi perusnorminkin fiktioksi. Perusnormi on fiktio, jolla ensimmäisen lainsäätäjän subjektiivinen tahto tulkitaan objektiiviseksi tahdoksi.[73] Näin taataan oikeusjärjestyksen objektiivinen luonne, objektiivinen velvoittavuus.

Oikeudellinen syyksilukeminen, tuomio, jää Kelsenillä vaille täydellistä sisällöllisen perustelun mahdollisuutta. Yleinen oikeusnormi on vain merkityssisältö, jonka rajat määrittävät tuomioistuinten oikeutta yksittäisen »ratkaisunormin» luomiseen. Syyksilukeminen on teko, jolle ei oikeudelliselta kannalta voi antaa täydellisiä motiiveja ja perusteluja. Syyksilukeminen on yksittäisen oikeusnormin tuottamista, ihmistahdon asia.

Kelsenin lähtökohdat veivät hänet äärimmäiseen oikeuspositivismiin, jossa tuomioistuin asemaltaan paljolti rinnastuu lainsäätäjään. Kumpikin luo oikeutta ylempien ja yleisempien normien säätämissä rajoissa. Oikeusjärjestystä tai sen osia ei tarvitse eikä voikaan sisällöllisesti oikeuttaa. Kelsenin käsityksiin palataan tältä osin vielä loppuluvussa.

2.3 Tyyppi ja teon sosiaalinen merkitys

2.3.1 Tekijätyypit

Tyypin käsite ei ollut varhemmassa rikosoikeudellisessa ja kriminologisessa kirjallisuudessa tuntematon. Kriminologisessa tutkimuksessa oli 1800-luvun kuluessa viljelty hyvin laajalti tekijätyyppien määrittelyitä, ja olipa jo Quetelet'n keskimääräisihminen eräänlainen tyyppinä määritelty hahmo. Von Lisztin aikaan rikoksentekijöiden luokittelut tulivat teoreettisessa keskustelussa hyvinkin keskeiseen asemaan, koska rationaalisen kriminaalipolitiikan katsottiin edellyttävän pitkälle tekijöiden luonteen ja vaarallisuuden mukaista

[72] *Kelsen* 1960, 93: »Insoferne die Gerichte in ihren Entscheidungen neues Recht schaffen, ist Voraussage ebenso wenig möglich wie eine Voraussage der durch das Gesetzgebungsorgan zu erzeugenden generellen Normen.» Lainsäätäjä ja tuomioistuin ovat molemmat täydellisen oikullisia ja arvaamattomia oikeutta luodessaan.

[73] *Kelsen* 1991, 256.

seuraamusten määräämistä.[74] Myös esimerkiksi Honkasalon yleisten oppien oppikirjassa mainitaan kriminologisen tutkimuksen yhteydessä Ernst Kretschmerin »konstitutionibiolooginen» tyyppiteoria, ja vastaavasti syyntakeisuuskäsitteen yhteydessä jaetaan psykopaatit lukuisiin tyyppeihin.[75]

Kriminologisessa tutkimuksessa tyyppiajattelu koski pitkään erityisesti tekijäluokituksia, kun taas rikoslainopillisessa kirjallisuudessa tyyppiajattelu oli selvemmin yhteydessä tekojen luokitteluun. Tämä ei kuitenkaan ollut poikkeuksetonta. On hyvin olennaista muistuttaa siitä, miten Hitlerin valtaannousun jälkeen harjoitetussa kansallissosialistisessa rikosoikeusajattelussa tekijäluokituksiin tähtäävä tyyppiajattelu tuli vallitsevaksi.

Niin sanotun Kielin koulun johtohahmoihin – mm. Karl Larenzin[76] ohella – kuulunut Dahm kritisoi voimakkaasti perinteisen tekoon kiinnittyvän oikeudellisen ajatustavan vieraantuneisuutta todellisuudesta. Dahm pyrki murtamaan tätä rakennetta omalla olemusajattelullaan, jolla on selvästi myöhemmän juridisen hermeneutiikan kanssa yhteisiä piirteitä. Siinä asetutaan selkeästi vastustamaan uuskantilaiseen arvofilosofiaan pohjannutta belingiläistä rikosoikeuskäsitystä, jossa tunnusmerkistönmukaisuus-kysymys erotettiin oikeudenvastaisuus-kysymyksestä niin, että edellinen arvioitiin täysin arvovapaasti, kun taas vasta oikeudenvastaisuudessa tulivat arvot mukaan.[77] Dahm kutsuu tällaista jakoa halventavasti *an sich* -ajatteluksi. Dahm murtaa samalla oikeudellisen tarkastelukehikon läpikotaisin kytkemällä olemusajattelunsa nimenomaan tekijätasoon. Rikosoikeudessa ei tulisi hänen mukaansa tarkas-

---

[74] Esimerkiksi Prinsin défense sociale -ajattelussa haluttiin murtaa juridinen ja moraalifilosofinen tekoon keskittyvä käsitteistö ja kohdistaa rangaistustarpeen arviointi suoraan tekijän tilan vaarallisuuteen. Ks. *Prins* 1910, 70–98.

[75] Ks. *Honkasalo* 1965, 4; *Honkasalo* 1967, 53–59.

[76] Larenzin varhaistuotantoa ei vielä voi pitää kansallissosialistisen ideologian mukaisena, vaan esim. syyksilukemista koskenut edellä käsitelty teos on lähinnä hegeliläinen. Kansallisosialistisessa vaiheessa, jossa eettinen naturalismi korostuu, Larenz tukeutuu Hegelin Oikeusfilosofiaa varhaisempiin kirjoituksiin. Ks. *La Torre* 1994, 57–86, erit. 73–79.

[77] Ks. *Dahm* 1935, 5–23. Beling muotoili oppinsa tunnusmerkistönmukaisuuden (»abstrakti erityinen objektiivinen tunnusmerkistö») vaatimuksesta ensimmäisen kerran teoksessa Lehre vom Verbrechen vuodelta 1906. Tuo oppi oli helposti kytkettävissä tyyppiajatteluun. Voi sanoa, että Belingin mielestä erityinen rikostunnusmerkistö on osa rikostyypin määrittelyä. Belingin mielestä tunnusmerkistöä ei kuitenkaan tule vielä samaistaa rikostyyppiin, koska edellinen on vasta jonkinlainen »johtoajatus», jonka varassa lähdetään liikkeelle. Tunnusmerkistö on Belingille sinänsä sisällyksetön kategoria tai käsite, funktiokäsite; sisällöt tulevat rikostyypeistä, vääryystyypeistä. Ks. *Beling* 1930, 1–9; *Roxin* 1970a, 35–37.

tella yksinomaan yksittäisiä tekoja, vaan on murtauduttava oikeusvaltiollisesta tarkastelukulmasta filosofisesti kestävämpään, sisällöllisempään ja konkreettisempaan oikeusajatteluun. Oikeus ei ole Dahmille ulkonaisen järjestyksen muoto, vaan todellinen, elävä ja sisäinen järjestys.[78]

Dahmin mukaan oikeusajattelussa kansan siveellinen tai eettinen järjestys jo edeltää oikeutta. Järjestystä ei ole tarpeen tuottaa oikeuteen ulkoa, vaan ensisijainen tehtävä on ymmärtää tuo järjestys ja kehittää sitä edelleen. Rikos on rikos sen vuoksi, että se kohdistuu tuohon todelliseen järjestykseen. Siitä syystä myöskään tekijätyyppejä ei tulisi psykologisoida liiaksi. Rikosoikeudessa tekijän käsitteen sisältö määrittyy sen mukaan, mikä siinä on olennaista yhteiskunnan kannalta.[79]

Dahmin rikosoikeusajattelussa rikoksen käsitteen sisältö määräytyy olemusten perusteella. Se on tekijärikosoikeutta, jossa teko ja tekijä muodostavat erottamattoman kokonaisuuden. Dahmin mukaan lakiin kirjatulla tunnusmerkistöllä määritetään tietty tekijätyyppi. Varkaus ei ole sitä, että joku on syyllistynyt varkaudeksi kuvattuun tekoon, vaan vasta se, että tekijä on olemuksensa mukaisesti varas. Tekijätyyppi on määritettävä olemuksensa mukaisesti, eikä edes pelkkä rationaalinen tarkoituksenmukaisuusharkinta ole siinä riittävää. Dahm näkee intressilainopin avanneen tietä asian oikealle ymmärtämiselle, vaikka siinä ei vietykään ajatusta loppuun asti.[80]

Olen halunnut ottaa kansallissosialistisen oikeuskäsityksen esille sen vuoksi, että siinä on kyse samansuuntaisesta pyrkimyksestä kytkeä rikosoikeustiede yhteiskuntatodellisuuteen kuin mitä sosiologinen rikosoikeuskoulu oli vaatinut aikaisemmin, ja toisaalta mitä oikeudellisen hermeneutiikan piirissä tavoiteltiin myöhemminkin. Näistä kolmesta suuntauksesta ainoastaan Dahmin edustama kamppaili selvästi tekoon kiinnittyvää ja oikeusvaltiollista tunnusmerkistökäsitystä vastaan ja tukeutui pidäkkeettömästi suoraan tekijätyyppiarvioihin, jotka vielä suoritettiin ilmeisestikin pitkälle intuitioon ja poliittiseen ideologiaan luottaen.

2.3.2 Hermeneuttinen tyyppiteoria

Rikosoikeustieteellisessä tutkimuksessa hermeneuttisen filosofian yksi keskeisistä soveltajista on Hassemer varhaistuotannossaan. Hänen ajattelussaan

[78] *Dahm* 1935, 28–29. – Kansallissosialistinen »Konkretes Ordnungsdenken» ammensi ideaalinsa suoraan fiktiivisistä kansan luonnollisen järjestyksen periaatteista.

[79] *Dahm* 1935, 30–32.

[80] *Dahm* 1935, 44–45. Ks. myös *Jareborg* 1974, 182–183.

ei selvästikään pyritä edellä sanotulla tavoin eroon rikosoikeuden ideologisista rajoista, vaan lähtökohta on sittenkin jossakin määrin oikeuspositivistinen. Hassemerin tyyppiteoriassa pyritään välttämään se ongelma, että normin ja todellisuuden yhteys määrittyisi vain normin suunnasta ja sen vuoksi yksipuolisesti, liian teoreettisesti ja käsitteellisesti. Hermeneuttinen tyyppiteoria pyrkii välttämään tämän antamalla tyypin määrittyä samalla kertaa sekä normin että todellisuuden konkretian suunnasta. Tyyppi on taso, jossa normatiivinen ja konkreettinen kohtaavat. Hermeneuttisesti tarkasteltuna rikosoikeuden tunnusmerkistöt ovat tyyppejä, ja niiden hermeneuttinen tarkastelu edellyttää, että tyyppejä lähestytään konkreettisten soveltamistilanteidensa näkökulmasta. Tyypit eivät silloin olekaan abstrakteja, vaan niillä on myös konkreettista sisältöä. Tunnusmerkistöt ovat tyyppejä, jos ne ovat avoimia ja konkreettisia, ja siten suhteessa todellisuuteen. Tunnusmerkistöt eivät siten voisi keskeisesti perustua esimerkiksi metrisiin mittalukuihin.[81]

Rikosoikeudellisessa hermeneutiikassa tyypin keskeisyys tulee siitä, että tyyppi on oikeusidean ja elämän tosiseikkojen välissä.[82] Tyyppi on keskus, jonka ympärillä oikeusajattelu kiertää; tyyppi on normioikeellisuuden ja asiaoikeellisuuden keskiväli.[83] Hermeneutiikan kannalta olennaista oli välttää liian abstraktia käsitteellisyyttä, mutta toisaalta antaa laille arvoa oikeudellisissa ratkaisuissa.

---

[81] *Hassemer* 1968, 123–126 (126): »Notwendiger Wirklichkeitsbezug des Tatbestandes und Geschichtlichkeit des Rechts begründen die notwendige Typizität strafrechtlicher Normen und strafrechtlicher Auslegung.» Arthur Kaufmann on tiivistänyt lainsäädännön ja lain löytämisen ajatuksen seuraavasti: »Gesetzbegung ist Angleichung von Rechtsidee und künftigen möglichen Lebenssachverhalten, Rechtsfindung ist Angleichung von Gesetzesnorm und wirklichem Lebenssachverhalt.» *Kaufmann* 1982, 44. Ks. myös *mt.*, 46–47, jossa rikosoikeuden tunnusmerkistöt käsitetään vääryystyypeiksi, typisoiduiksi »unwerthafte Lebenssachverhalte.» Ks. myös *Roxin* 1970a, 173–178, missä pyritään antamaan sosiaalista merkityssisältöä tunnusmerkistön käsitteelle yhdistämällä tunnusmerkistönmukaisuuden ja oikeudenvastaisuuden tasot Gesamttatbestand-käsitteeseen. Tunnusmerkistöön kuuluisi siten kaikki, mikä ilmaisee teon vääryyttä.

[82] Hassemerin tyypin käsite on hermeneuttisesta sisällöstään ja käyttöyhteydestään huolimatta varsin sosiaalisesti tai sosiologisesti ymmärretty. Myös tyypin käsitteen muodostuminen jää epäselväksi. Hassemer lähtee liikkeelle normatiivisesti määriteltävästä tyypin käsitteestä, eikä esimerkiksi persoonan käsitteestä. Persoonan käsitteeseen tai henkilösuhteiden käsitteeseen tukeutumalla voisi olla mahdollista lähestyä rikosoikeuden teoreettista perustaa ontologisemmasta suunnasta. Kiinnostava yritys tähän on *Döpfer* 1994, passim. Ks. erityisesti Döpferin kommentteja systeemiajattelun ja topiikan suhteesta sekä analogiasta ja tyyppiajattelusta; *mt.*, 97–103.

[83] *Kaufmann* 1982, 48.

Teonkuvauksen käsittäminen tyyppinä, jossa elämän konkretia ja oikeudellinen normi kohtaavat, toisaalta irrottaa toiminnan luonteen tulkinnan siitä, miten asianomaiset toimijat ovat sen itse ymmärtäneet. Turvautuminen tyypin käsitteeseen merkitsee siis samalla sitä, että ei-havaittavien vääryystyypin osasten suhteen joudutaan ottamaan konstitutiivinen kanta. Syyllisyyden ainesosat ovat käsillä silloin, kun tuomioistuin on valmis tuomion antamaan. Tyypin käsitteeseen turvautuminen on vastoin sitä ajatusta, että oikeutta vastassa on aina ainutkertainen tapaus, eikä tyyppitapaus. Itse tyypin käsite on hyvin perustavalla tavalla ideaalinen eikä konkreettinen. Oikeuden tulee olla avoin konkretialle, mutta tyypin käsite toisaalta suuntautuu sitä vastaan, että tapaukset olisivat kukin perustavalla tavalla erilaisia. Lainopin tasolla liikuttaessa normin »todellisuussisällön» voi katsoa käsittävän hypoteettisten, juridisesti relevanttien faktojen kuvauksen tyyppeinä. Dogmatiikan muodostus perustuu ratkaisujen tosiasiasisällön yleistämiseen, mikä tietysti edellyttää, että oikeuskäytäntö tuottaa ratkaisuja määrällisesti runsaasti. Tuori on yhdistänyt tämän tyyppikuvausajatuksen oikeusdogmatiikan tehtävään toimia esiymmärryksenä käytännön ratkaisutoiminnassa.[84]

Jos tuomioistuinratkaisussa subsumoidaan tosiseikkoja koskevia lauseita ratkaisunormin alaisuuteen, tosiseikat voidaan nähdä kahdella tavalla. Joko niin, että tosiseikat ovat ikään kuin sellaisenaan ja välittömästi läsnäolevina, jolloin niiden oikeanlainen toteaminen ja käsittäminen kuin itsestään johtaa oikeaan lainsoveltamiseen. Tai sitten nähdään, että se normi, jonka suhdetta maailmaan selvitetään, jo itsekin määrää sitä, millä tavoin todellisuutta jäsennetään, millaisia kysymyksiä esitetään ja mikä on relevanttia normin näkökulmasta.[85] Jos korostetaan tuomioistuinratkaisun konstitutiivista luon-

[84] Tämä »weberläinen» tulkinta esiymmärryksestä kuitenkin merkitsisi sitä, että lainsoveltamisen oma produktiivinen panos tulee suhteellisen heikosti esille. Jos ratkaisun yhtenä tehtävänä on taas dogmaattisen säännön uusintaminen, ei esiymmärryksen ja ymmärryksen välille jää välttämättä suurtakaan eroa. Olisikin tärkeää korostaa sitä, että esiymmärrys vain antaa tiettyjä sisältöjä ja sitoumuksia, velvoitteen ratkaisijalle testata dogmaattisen säännön soveltuvuutta, ja että vasta lainopin harjoittaja selvemmin joutuu pohtimaan syntyneen ratkaisun soveltuvuutta suhteessa niin aikaisempiin ratkaisuihinkin kuin niiden pohjalta syntyneeseen dogmatiikkaankin. Ks. problematiikasta *Tuori* 1995, 12–13; Tuorin Habermasia seuraava diskurssietiikkaan pohjaava tapa perustella oikeusperiaatteet »kommunikatiivisesti» rekonstruoi modernin oikeuden syvärakennetta sillä tavoin, että oikeusperiaatteet eivät ole sellaisenaan emergenttejä argumentteja, joiden kehitys pelkästään liittyisi oikeuskäytännön muodostumiseen ja muutoksiin.

[85] Normin asiasisältöä voi teknisessä mielessä pitää kuvauksena, mutta normin soveltaminen edellyttää joka tapauksessa sen tulkintaa. Normin puolueettomassa soveltamisessa ei ole kyse yksinomaan siitä, että monia faktoja on »verrattava» normin sisältä-

netta, samalla tulee selvemmin näkyviin se, että todellisuutta voidaan hahmottaa aivan toisinkin.

Tätä onkin korostettu myös ns. analyyttisen kielifilosofian piirissä. Järkeviä teon kuvauksia voi olla äärettömän monia,[86] ja oikeudellinen kysymyksenasettelu spesifioi kysymyksen aivan tietyllä tavalla. Analyyttisen kielifilosofian piirissä intentionaalisuus on joskus tulkittu uudelleen siten, että se ei ole täysin oma tekojen determinaation muotonsa, mikä aristotelisessa traditiossa oli hallitseva käsitys. Intentionaalisessa toiminnassa tekijällä on mielikuva jostakin tulevasta, ja tekijän tämä mielikuva taas on jonkinlaisena »psyykkisenä dispositiona» vaikuttamassa teon tekemiseen. Intentiolla ei siten olisikaan mitään tulevaisuuteen »ulottuvaa» piirrettä. Intentio koskee vain tämänhetkistä.[87]

Esimerkiksi Welzelin finalismissa tärkeä intentionaalisuuden käsite otettiin osana ihmisteon asialoogista rakennetta. Nähtiin, että kausaalisuuden ohella tai rinnalla on toinen determinaation muoto, intentionaalisuus. Intentionaalisuus oli tulevaisuuteen suuntautuneisuutta. Tämä käsitys on olennaisesti ei-konstitutiivinen ratkaisutoiminnan kannalta. Oikeusjärjestys ei voi muuta kuin kiinnittyä asialoogisiin rakenteisiin, jos intentionaalisuus on sellaisenaan luonnossa, josta oikeus sitten ottaa arvokannanottonsa kiinnepisteen.

Kelseniläinen käsitys taas on radikaalisti konstitutiivinen. Oikeudellinen syyksilukeminen on akti, jolla vahvistetaan joidenkin tosiseikkojen käsilläolo. Oikeudelliselta kannalta niitä ei ole olemassa ennen jutun ratkaisua. Normi on »Deutungschema», jolla teolle annetaan jokin merkitys. Normi konstituoi teon elementteineen.

Koriath on tiivistänyt hyvin Welzelin teonkäsityksen sisäisen ristiriidan. Syyksilukeminen koskee yhtäältä aina intentionaalisten tekojen seurauksia (intentionaalisuus suurin piirtein samoin käsitettynä kuin Weberillä oli teon subjektiivisesti tarkoitettu merkitys), mutta toisaalta hän kutsuu tätä objektiiviseksi syyksilukemiseksi eli syyksilukemiseksi tekona. Teon intentionaa-

---

mään tosiseikastoon, vaan myös prima facie soveltuvia normeja voi olla useita. Tästä seuraa tarve lähestyä soveltamista niin tapauksen konkretian kuin normin asiasisällön täsmentämisen näkökulmasta. Normin soveltuvuus eli asianmukaisuus on varmaa vasta, kun yhtä hyvin *prima facie* soveltuvat normit kuin myös soveltamistilanteen piirteet täysin tunnetaan. Ks. yleisesti *Günther* 1988, 287–299.

[86] Ks. *Kindhäuser* 1980, 188.

[87] Tämä käsitys on lähtökohtana Frischin tahallisuusopeissa. Ks. *Frisch* 1983, passim. Ks. yleisesti intentionaalisuuden ajallisesta ulottuvuudesta myös *Luhmann* 1993, 196–204.

lisuus ei vielä sano mitään tapahtumista arvovärittеisessä mielessä, vaan vain palauttaa teon kokonaisuutena tekoa hallitsevaan henkilölliseen keskipisteeseensä.[88]

Teon mieli, merkitys ja arvo määräytyisivät siis yhtäältä täysin toimivan subjektin omasta tietoisuudesta ja omista käsityksistä lähtien. Toisaalta teon syyksilukeminen intentionaalisena olisi vain neutraali toteamistoimenpide, jolla teosta kootaan mielekäs kokonaisuus. Intentionaalisen teon syyksilukeminen olisi yhtäältä täysin subjektiivista ja arvoarvostelman sisältävää, mutta toisaalta täysin objektiivista ja arvoneutraalia. Koriath pitääkin Kelsenin ansiona sen osoittamista, ettei oikeus voi edustaa sellaista autonomista moraalia, että oikeudelliset syyksilukemiset voitaisiin kytkeä suoraan riippuviksi toimijoiden itsensä intentioista.[89]

2.3.3 Tutkimusteeman edelleenkehittelyä

Tutkimusaiheeni kannalta on keskeistä, että adekvaattisen kausaalisuuden oppi syyksilukemisen periaatteena tarkoitti jo alun alkaen yhteiskunnallisen tiedon hyväksikäyttöä syyksilukemisessa. Tällaisen syyksilukemisopin pohjalta voitiin ymmärtää se, missä mielessä sosiaalisilla teoilla on ylipäätään objektiivinen merkitys. Kausaalisuusoppina se taas edellytti sitä, että teon ja seurauksen suhdetta välitti teon vaarallisuus seurauksen syntymisen kannalta.

Toimintatyypin tai vääryystyypin ajatus on vaarallisuustarkasteluissa kytkettävissä myös yhteiskunnalliseen tietoon. Se voidaan konkretisoida teleologisessa laintulkinnassa lainsäätäjän tarkoitusta koskevan argumentaation avulla. Näin rikosoikeuden tunnusmerkistöt on mahdollista käsittää tyyppeinä myös laajemman tiedon valossa kuin hermeneutikot tahtoivat asian esittää. Tunnusmerkistön ymmärtämisessä ja tulkinnassa ei riitä se, että tunnetaan yksittäisiä esimerkkejä tunnusmerkistön soveltamisesta, vaan on tarpeen niinikään ottaa lukuun ne vaikutukset, joita joillakin tekotyypeillä on, sikäli kuin tällaista tietoa on. Esimerkiksi törkeässä rattijuopumuksessa teon vaarallisuutta ei voida arvioida pelkästään vertaamalla tekoa joihinkin toisiin yksittäisiin tekoihin, vaan on välttämätöntä ottaa lukuun myös se tieto, joka yleisellä tasolla kertoo alkoholia nauttineena ajon vaaroista ja erilaisten tekotyyppien vaarallisuuseroista.[90]

---

[88] *Koriath* 1994, 344–345.

[89] *Koriath* 1994, 345.

[90] Tämä ajatus on sinänsä samansuuntainen kuin Brusiinin vaatimus siitä, että tuomarin tulee tuntea se yhteiskunta, jossa hän toimii; tuomarin yhteiskunnallinen kokemus

Rikosoikeus voitaisiin näin ymmärtää jossakin mielessä instrumentaalisesti. Vastavoimana tälle voitaisiin korostaa sitovaksi käsitettyä yksilöllisen syyllisyyden vaatimusta, joka taas pakottaa tarkastelemaan tapausta sitä yksilöllisemmin, mitä vakavammasta rikoksesta on kyse. Samalla oikeushyväopeissa on pidettävä kiinni siitä, että yhteisölliset oikeushyvät eivät saa merkitykseltään nousta henkilöllisten oikeushyvien yläpuolelle. Toisaalta tällaisen rikosoikeudellisen arvoperustan, johon mm. ultima ratio -periaate liittyy, tulisi saada painoa myös rikosoikeusjärjestelmän tulkinnassa. Jos olisi mahdollista, että oikeuden arvoperustaa voitaisiin vahvistaa vielä tämän pidemmälle – kuten mm. Arthur Kaufmann ja Döpfer ovat esittäneet – saatettaisiin tätä kautta päästä ontologisesti perustettuun rikosoikeusfilosofiaan, joka saisi tehtäväkseen suojata persoonia ja heidän välisiä suhteitaan.[91] Näihin kysymyksiin palataan justifikaatiota koskevassa jaksossa.

Syyksilukemisessa subjektiivisen tekijän käsityksen ja objektiivisen syyksilukemisen saattaminen sopusointuun jää aina ongelmaksi. Syyllisyysperiaate voisi ainakin periaatteessa kontrolloida sitä, miten pitkälle syyksilukeminen saadaan ulkoistaa ja perustaa pelkästään objektiivisiin kriteereihin. Oikeustiede ei kuitenkaan voi tehdä sitä, mitä Max Weber oikeussosiologiassaan; siirtyä ongelmattomasti tyyppitapausten tasolle. Vaikka lainopissa ratkaistaan tyyppitapauksia, tuomari joutuu ratkomaan yksittäistapauksia. Syyllisyysperiaatteen osalta rikostunnusmerkistöjen muutos seuraushakuisuudesta kohti vaarantamishakuisuutta ja nimenomaisten käyttäytymistapojen kriminalisointeja heijastuu siten myös syyllisyysvaatimuksen sisältöön.

Oikeudellisen hermeneutiikan avulla nähdään, että tekojen merkitysten työstäminen ei voi kokonaan tapahtua teknisten kriteerien valossa, eikä muutenkaan erkaantua sitä merkityksenannosta, joka on luonteenomaista sosiaaliselle käytännölle. Oikeudellisilla syyksilukemisilla työstetään sosiaalista käytäntöä ja siihen liittyviä merkityksiä. Weber korostaa lainopillisessa tutkimuksessa oikeuslauseiden irtoavan erikoisella tavalla rationaalisen toiminnan tyypeistä, koska oikeuslauseet saavat dogmatiikassa objektiivisen merkityksen. Merkityskysymykset olivat esillä myös Kelsenillä.

---

saa ja sen tuleekin näkyä hänen toiminnassaan. *Brusiin* 1938, 204–229. Ks. myös mielenkiintoisia huomautuksia »asian luonnosta» ja elämän säännöstä, *mt.*, 227–229. Ks. niinikään Aarnion hyväksyvää esitystä Brusiinin käsityksistä, *Aarnio* 1975, 355–365. Mainitussa työssä Aarnio itsekin edustaa »yhteiskunnallista hermeneutiikkaa», esim. *mt.*, 362–363.

[91] Ks. *Kaufmann* 1992, 40–43; *Döpfer* 1994, passim.

Weberin ja Kelsenin pohjalta voisi luonnostella sellaista käsitystä, että olisi ilman muuta eduksi, jos lainopin oikeuslauseiden merkitykset voisivat kohdata ymmärtävän sosiologian tekotyyppien merkitystason. Oikeuslauseet joka tapauksessa sisällöltään kytkevät oikeudellisiin tosiseikastoihin oikeusvaikutuksia, ja rikosoikeudessa kyse on puhtaasti teoista ja laiminlyönneistä. Jos ajatellaan, että oikeuslauseen merkitys pystytään esittämään oikeustieteessä aivan objektiivisesti – luo oikeustiede sitten oikeutta tai ei – lainsoveltamisen problematiikka tulee esille erikoisessa valossa. Teoriassa ollaan hyvin lähellä ns. subsumtiomallia. Tuomioistuin voisi soveltaa lakia vain toteamalla oikeuslauseen sisällön ja todellisen teon vastaavuuden.[92]

Ei ole kuitenkaan syytä olettaa, että oikeudelliset merkitykset olisivat ongelmattomasti »valmiina» olemassa, vaikka tietyssä mielessä esimerkiksi lakiteksti onkin irronnut lainlaatijoiden subjektiivisista tarkoituksista. Lainsäätäjä luo oikeutta, mutta se ei luo oikeudellisia merkityksiä tyhjästä, vaan ainoastaan transformoi olemassaolevaa oikeudellisten merkitysten kokonaisuutta. Lainsäätäjä joutuu muotoilemaan oikeusnormit kielelliseen asuun, joten kieli edeltää aina oikeusnormia.[93] Lainlaatija joutuu myös sääntelemään jo olemassaolevaa sosiaalista käytäntöä: ei ole helposti osoitettavissa esimerkkejä sellaisten toimintojen kielloista, joita ei koskaan ole esiintynyt.

---

[92] Toisaalta kelseniläinen ajatus siitä, että ratkaisunormina toimiva yksittäisnormi tuotetaan autenttisella laintulkinnan aktilla, jättää tilaa myös muille tulkinnoille. Periaatteessa tuota aktia suojataan silloin epäpuhtailta vaikutteilta, ja annetaan sen määrittyä puhtaasti tapauksen konkretiasta lähtien. Autenttisen laintulkinnan akti muistuttaa tässä suhteessa enemmän kantilaista makuarvostelmaa kuin moraaliarvostelmaa. Filosofisessa hermeneutiikassa on tähdätty oikeastaan siihen, että oikeudellisessa ratkaisussa myös tällaisen makuarvostelman pitäisi olla aina vaikuttamassa, koska konkreettisen tapauksen oikeudenmukainen ratkaiseminen edellyttää sitä. Hermeneutiikan kannalta jokainen tapaus on erityistapaus, mutta ei säännön erityistapaus, vaan erityinen konkreettisena tapauksena. Ks. esim. *Gadamer* 1990, 44–45.

[93] Hassemer on käsitellyt tunnusmerkistön kielellisyyttä yhtenä sen ulottuvuuksista. Hän kiinnittää huomiota siihen, ettei oikeastaan ole mieltä erottaa oikeusnormia ja oikeusnormin kielellistä muotoilua, koska oikeusnormi on mielekkäästi ilmaistavissa vain kielellisesti. Tunnusmerkistö on kielellisyytensä vuoksi myös jo alkuaan käsitetty ja suhteessa todellisuuteen. *Hassemer* 1968, 65–66. Gadamerilaisen hermeneutiikan kannalta kielen ja maailman yhteys, joka perustuu siihen, että inhimillinen kokemus maailmasta on aina kielellistä, kääntyy positiiviseksi mahdollisuudeksi. Puhtaasti formaaliset symbolikielet eivät ilmaise mitään maailmasta, kun taas kielessä, jossa me elämme, ilmenee se, että elämme maailmassa. Kieli on »asiallista», asiat tulevat ilmaistuiksi kielessä, mutta maailma ei silti ole kielestä erillinen kokemuksen kohde. »Wer Sprache hat, 'hat' die Welt.» *Gadamer* 1990, 445–460 (457).

Jos sosiaalisen toiminnan ja oikeuslauseen merkityksen eroa ei nähdä Weberin ja Kelsenin tapaan subjektiivisen ja objektiivisen merkityksen kategorisena erona, vaan lievempänä erona, voidaan rikosoikeudenkin teonkuvausten katsoa koskevan sosiaalisen toiminnan tyyppejä. Toimintatyypeissä on oikeudelliseltakin kannalta mahdollisesti kytkentöjä tekijöiden itsensä subjektiivisiin merkityksiin: syyllisyysperiaate säätää siitä, miten pitkälle vastaavuudessa on mentävä. Toisaalta oikeudellinen merkitys myös pyritään oikeusvarmuuden takaamiseksi objektivoimaan, sillä relevantilla tavalla samanlaiset tapaukset on ratkaistava samalla tavalla.

Weberläinen toimintatyypin käsite tuntuisi soveltuvan tiettyjen rikosoikeudelliseen vastuuseen liittyvien ongelmien kuvaamiseen. Rikosoikeudellinen sääntely on positiivisoikeudellisena ja legaliteettiperiaatetta kunnioittavana sääntelynä väistämättä tekotyyppeihin kiinnittyvää sääntelyä.[94] Tekotyypit eivät toisaalta ole oikeusnormista täysin irrallisia, vaan lainsäätäjä konstruoi tekotyyppejä antamalla oikeusnormeja.[95] Ongelmana on silloin se, miten tekotyyppejä saadaan muodostaa, miten ihmisen toimintaa saadaan arvioida suhteessa tekotyyppiin, ja miten kysymys oikeudellisen sääntelyn legitimiteetistä vaikuttaa siihen, miten oikeusjärjestys tältä osin saadaan muotoilla.

Modernissa oikeus- ja yhteiskuntateoriassa yksittäisiä tekoja, tosiasioita ja oikeudellisia normijärjestelmiä välittää instituutiotason tarkastelu. Oikeusnormit sääntelevät yhteiskunnallisia instituutiota, jotka sääntelyn myötä tulevat oikeudellisiksi ja oikeudellisesti muunneltaviksi. Erityisesti ns. uusinstitutionalismin (institutionaalinen oikeusteoria) piirissä on kehitelty teoriaa oikeudellisista instituutiosta. Institutionaalisessa oikeusteoriassa on olennaisesti poikettu siltä linjalta, josta filosofinen keskustelu ns. institutionaalisista faktoista John Searlen toimesta lähti liikkeelle. MacCormick ja Weinberger eivät pyri palauttamaan oikeudellisia tai normatiivisia ilmiöitä faktisiksi samaan tapaan kuin Searle. Institutionaalisessa oikeusteoriassa ei toisaalta myöskään tukeuduta yhteiskuntatieteellisiin teorioihin sosiaalisista instituutioista, vaan tarkastelun kohteena ovat oikeudelliset instituutiot, joiden perusta on viime kädessä oikeusjärjestyksessä, mutta jotka yhdeltä puoleltaan ilmenevät sosiaalisina käytäntöinä ja merkityksinä.[96]

---

[94] *Kaufmann* 1982, 52. – Nils Jareborgin systematiikassa voi vastaavalla nähdä eron yleisten tyyppikäsitteiden ja yksittäisen konkreettisen teon välillä. *Jareborg* 1994, 27.

[95] *Hassemer* 1968, 152–154.

[96] *MacCormick – Weinberger* 1986, 13–26.

Institutionaalisessa oikeusteoriassa tarvitaan siten hermeneuttista merkitysteoriaa, vaikka tätä ei sitten liiemmälti kehitellä. Institutionaalisella oikeusteorialla on oman tutkimukseni kannalta tiettyä kiinnostavuutta. Tuo teoria pureutuu erityisesti oikeusnormien ja todellisen inhimillisen toiminnan väliseen yhteyteen. Mikäli instituution käsitteelle ei anneta tarpeettoman puhtaasti oikeusnormien suunnasta määrittyvää merkitystä, instituutiolla voidaan kuvata usein niin normin kuin toiminnankin tason merkityksiä. Myös kriminaalipoliittinen argumentaatio voi tulla mukaan keskusteltaessa erityisesti oikeudellisten sääntelyiden hyväksyttävyydestä ja sosiaalisesta merkityksestä: muuttamalla oikeussääntöjä muutetaan instituutioita ja sosiaalisia merkityksiä. Kriminaalipoliittisen argumentaation vahvuus on siinä, että se tietyissä rajoissa voi muuntua *ratio legisiä* koskevaksi argumentaatioksi. Rikosoikeuden lainsäädäntö luo mahdollisuuden ratio legiksen selvittämiseen antamalla objektiivisen lähtökohdan laintulkinnalle, mutta toisaalta se rajaa kriminaalipoliittisen argumentaation käyttömahdollisuuksia. Oikeuslähdeoppi tuo tähän lisärajausta antamalla laintulkintaan sääntöjä. Modernissa oikeudessa empiria- ja vaikutussuuntautuneisuus, joka liittyy kriminaalipoliittisesti tietoiseen rikoslain säätämiseen, heijastuu vastaavana rationaalisuusvaatimuksena laintulkinnassa. Tarkempia esimerkkejä siitä, miten tämä heijastuu rikosoikeudelliseen laintulkintaan ja sitä tukevaan teorianmuodostukseen, seuraa vaarantamisrikoksia koskevan esityksen yhteydessä.

3. Kausaalisuus ja syyksilukeminen angloamerikkalaisessa lainopissa ja Model Penal Codessa

Angloamerikkalaisella alueella kausaalisuuskysymyksiä on käsitelty siinä määrin erityyppisesti kuin kontinentaalisessa oikeudessa, että on perusteltua selvittää muutamien tärkeimpien lainopillisten kehitelmien sisältöä.

3.1 Jerome Hallin teoria kuvauksena voimassaolevasta rikosoikeudesta

Jerome Hall on kehittänyt teoriaa rikosoikeuden yleisperiaatteista. Siinä on kyse ennen muuta voimassaolevaa oikeutta kuvaavasta, tulkitsevasta ja ymmärtävästä hankkeesta. Hall suhtautuu jyrkän torjuvasti siihen, että rikosoikeus alistettaisiin suoraan oikeuspoliittisille tai kriminaalipoliittisilla tavoit-

teenasetteluille. Hallille teoria on tarkan selittämisen ja kuvaamisen väline, mutta ei enempää.[1]

Hall tulkitsee *mens rea* -vaatimuksen varsin suppeasti siten, että sen piiriin kuuluvat vain tilanteet, joissa tekijän tietoisuudesta ei ole epäselvyyttä (intentionaalisuus ja recklessness). Toiminnan tulee olla selvästi myös vapaaehtoista (voluntary) siinä mielessä, että se on tavoitesuuntautunutta tai tavoitetta vaarantavaa.[2] Tämä ajatus teosta ja seurauksesta tekijän tietoisuuden luoman »merkityksellisen kausaaliyhteyden» yhdistämä kertoo Hallin sosiaalifilosofisten lähtökohtien olevan liberalistisen tradition yleisessä metodologisessa individualismissa, jossa sosiaalisen todellisuuden nähdään olennaisesti rakentuvan tarkoitetuista teoista.[3] Toisaalta Hall korostaa myös arvojen ja käytäntöjen yhteisöllistä, historiallista luonnetta.

Hallin tavoitteena on deskriptiivinen teoria rikosoikeudesta. Teoria koostuisi väitelauseista, joilla on »empiiris-normatiivinen referenssi».[4] Oikeudelliset käsitteet ja doktriinit eivät hänen mukaansa viittaa yksinomaan suoraan todellisuuteen arkikokemuksen mukaisena, vaan myös sellaisena kuin todellisuus empiiristen tieteiden mukaan on, eli siihen todellisuuteen, jonka empiiriset tieteet, kuten psykologia, »konstruoivat».[5] Laajemmassa mittakaavassa sama koskee rikosoikeuden ja kriminologian suhdetta. Hallin mukaan nykyis-

---

[1] *Hall* 1960, 1. – Sinänsä Hall edusti oikeusfilosofisilta katsomuksiltaan hyvin laajaa oikeustiedekäsitystä, vastusti kapea-alaista oikeuspositivismia ja vaati oikeustieteen läheistä yhteyttä yhteiskuntaan ja sosiologisiin tieteisiin. Ks. hänen oikeusfilosofisesta ajattelustaan yleisesti esim. *Hall* 1973, passim; integratiivisesta oikeustieteestä *mt.*, 142–177.

[2] *Hall* 1960, 3. – Hallin teoriarakennelma hahmotetaan varsin selkeästi tietoisen rikosteon käsitteen varaan saksalaisten finalistien tavoin. Tekoa ja seurausta yhdistää merkitysside, joka perustuu siihen, että teko on keino seurauksen saavuttamiseksi.

[3] Arvot, normit ja niiden mukainen toiminta, »konformiteetti» laajassa merkityksessä, konstituoivat sosiaalisen ja oikeudellisen järjestyksen; *Hall* 1960, 618.

[4] *Hall* 1960, 23. Toisaalla Hall erottaa oikeustieteen ja positiivisen oikeuden lauseet seuraavalla tavalla: positiivisen oikeuden kieli on normatiivinen, kun taas oikeustieteessä siirrytään metatasolle, puhutaan deskriptiivisellä kielellä positiivisesta oikeudesta. *Hall* 1949, 36–37.

[5] Eräässä yhteydessä Hall on puolustanut common sense -näkemystä ja oikeusvaltiollista ajattelua tieteellisten asiantuntijoiden, erityisesti psykiatrien, yksinomaista ratkaisuvaltaa vastaan. Hall pelkäsi mm. sitä, että täysin empiristis-naturalistinen etiikka hävittäisi olennaisen osan rikosoikeuteen historian kuluessa kiteytyneistä arvoista. *Hall* 1963a, passim. Hallin mukaan oikeudelliset ideat ovat tietyllä tapaa pysyviä ja välittömästi ymmärrettävissä, mutta niiden tarkka ymmärtäminen ja merkitystulkinta edellyttää mm. sosiaalisen tilanteen ja diskurssin kulttuuriympäristön rekonstruointia. *Hall* 1949, 13–14.

ten rikollisuutta tutkivien tieteiden tulisi löytää yhdistävä näkökulma, ja se on mahdollista vain, jos niillä on yhteinen kohde. Hallille tämän yhteisen kohteen muodostavat sosiaaliset normit.[6]

Oikeusperiaatteita käsitellessään Hall korostaa erityisesti legaliteettiperiaatetta, jonka hän katsoo edellyttävän yksinkertaisuutta ja tarkkuutta luonnehdittaessa rangaistavuuden edellytyksiä ja pidättäytymistä väljistä käsitteenmäärittelyistä.[7] Hänen mukaansa tieteellinen ja normatiivinen rikosoikeusteoria on sekä deskriptiivistä että systemaattista. Rikoslaki ei saa suunnata teoriaa, vaan teorian tulee suuntautua lakia kohden. Teoria valitsee rikosoikeudelliset lait, jotka »exhibit common characteristics by virtue of their reference to certain classes of conduct and harm.»[8]

Hallin teoreettisessa rakennemallissa[9] on kolme tasoa:

1) säännöt (»rules»); kapea-alaisimmat mutta lukuisimmat erityisen osan normit, jotka yhdessä doktriinien kanssa määrittelevät erinäiset rikokset ja niiden seuraamukset;
2) välittävän tason doktriinit (»doctrines»), jotka ovat yleisempiä kuin säännöt, mutta vähemmän yleisiä kuin periaatteet;
3) periaatteet (»principles») laaja-alaisimpina yleistyksinä.

Rikosoikeuden periaatteet koostuvat Hallin mukaan seitsemästä käsitteestä: 1) mens rea, 2) act, effort (teko ja yritys), 3) the »concurrence» (fusion) of mens rea and act (peittämisperiaate), 4) harm (vahinkoseuraus), 5) causation[10] (aiheuttaminen), 6) punishment (rangaistus) ja 7) legality (laillisuus). Periaatteet voidaan vielä kohdistaa kolmeen käsitteeseen: laki, rikos ja rangaistus. »The combined meaning of the principles can be stated in a single generalization: the harm forbidden in a penal law must be imputed to any normal adult who voluntarily commits it with criminal intent, and such a person must be subjected to the legally prescribed punishment.» Rikosoikeusteorian keskeisenä tehtävänä selvittää tätä yleistystä.[11]

Periaatteet ovat tietyssä mielessä rikosoikeuden *ulkopuolella*. Laki on täysin selvitetty, kun tunnetaan doktriinit ja säännöt![12] Periaatteet johdetaan

---

[6] *Hall* 1960, 600–608.

[7] *Hall* 1960, 4–5.

[8] Ks. tästä ja Hallin merkityksestä yleisemmin myös *Nuotio* 1996c, 2–13.

[9] *Hall* 1960, 17. Hall ei tarkemmin selitä, mikä vuoksi oikeus, erityisesti rikosoikeus, muodostuu juuri käyttäytymissäännöistä.

[10] Kausaalisuusvaatimus rikosoikeudessa on siis periaatteen tasoinen vaatimus; mannereurooppalaisessa kirjallisuudessa ei yleensä ole selvästi muotoiltu tällaista periaatetta.

[11] *Hall* 1960, 18.

[12] *Hall* 1960, 18.

muiden propositioiden joukosta, joten ne ovat rikosoikeuden »viimeiset» normit. »While the doctrines state essential general 'material' elements of crimes, the principles, by incorporating what is common in the doctrines and the rules, provide a complete general definition of crime.»[13]

Säännöt määrittelevät erinäiset rikokset normaalitilanteessa. »The rules provide definitions of the 'normal' criminal conduct of 'normal' persons committing specified harms in 'normal' situations.»[14] Doktriinit taas täsmentävät sen, milloin on kyse normaalitilanteesta. Hallin teoriassa lähdetään siitä, että normaalitilanteessa lainsoveltamiseen ei liity erityispiirteitä, joiden vuoksi soveltaja joutuisi turvautumaan oikeusperiaatteisiin.

3.1.1 Hall kausaalisuusperiaatteesta

Hallin teoria kausaalisuudesta rikosoikeudessa koskee toiminnan (conduct) ja vahinkoseurauksen (harm) yhteyttä ja sille asetettavia vaatimuksia. Vastaavaan tapaan kuin Lampella, kausaaliyhteys kytkee toisiinsa rikosoikeuden teorian kohteen tasolla nämä kaksi muuta keskeistä periaatetta yhdistäen siten kaksi »polariteettia». Nämä ääripäät ovat toisiinsa tavoite-keinosuhteessa ja muodostavat sellaisen kokonaisuuden niin, että yhtä osasta ei voida tarkastella täysin toisista riippumatta.[15]

Hall asettaa kuitenkin kysymyksen, onko vahinkoseurauksen toinen polariteetti toiminta vai mens rea. Vahingon aikaansaamiseen vaaditaan nimittäin jotakin »ulkoista», mutta toisaalta laiminlyönnilläkin voidaan aiheuttaa, vaikka siitä ulkoinen teko puuttuukin. Hallin johtopäätös on, että kausaalisuudella on oikeudellisessa yhteydessä oma merkityksensä.[16] Hallin mukaan termille »syy» annetaan eri tieteissä ja eri asiayhteyksissä oma merkityksensä, joten ensin on tiedettävä, mitä oikeudellinen asiayhteys tähän vaikuttaa. Merkityksen tulisi heijastella oikeudenalan erityistä vastuutyyppiä.[17]

Hallin perspektiivi kausaalisuuskysymyksiin on aristotelisen perinteen värittämä, ja hänen kysymyksenasettelunsa seuraa käytännönläheisiä linjoja, tukeutuen enemmänkin oikeuskäytännön, kielenkäytön, arkiajattelun ja

---

[13] *Hall* 1960, 19.

[14] *Hall* 1960, 21.

[15] *Hall* 1960, 23–24,

[16] Hall katsonee toiminnan ja kausaalisuuden käsitteen sisältävän myös mens rean. Mens rean tulee manifestoitua ulkomaailmassa, ja useimmiten se voidaankin havaita tekijän liikkeinä, mutta ei aina. *Hall* 1960, 247.

[17] *Hall* 1960, 249.

historianfilosofian antamiin välineisiin ja vaikutteisiin kuin luonnontiedettä lähelle tulevaan tieteenfilosofiaan.

Hallin mukaan oikeudellisessa kausaalisuusopissa on otettava lähtökohdaksi common sensen mukainen käsitys, ja modifioitava ja ohjailtava sitä tietyillä vastuusäännöillä.[18] Hallin kanta on, että puhtaasti faktuaalista kausaalisuuskysymystä ole mahdollista eristää rikosoikeudellisessa tarkastelussa. Hän arvostelee käsitystä, että ensin määriteltäisiin rikosvahingon faktinen syy, ja sen jälkeen sovellettaisiin lakia vastuun määrittämiseksi. Päin vastoin erityisen osan rikosmäärittelyt jo osaksi normatiivisesti määrittelevät sitä, mitä rikosoikeudessa tarkoitetaan aiheuttamisella.[19] Kausaalisuus ja vastuu eivät kuitenkaan ole täysin sama asia. Kausaalisuus on käsitteenä kapeampi, ja myös kriminaalipolitiikka määrittää sitä osaksi.

Esimerkkinä vastuunrajoituksesta Hall mainitsee sinänsä jo von Barilta tutun esimerkin, että aseen tai patruunan valmistaja ei vastaa, jos joku tulee aseella ammutuksi. Oikeudellinen kausaalisuustarkastelu jättää huomiotta tällaiset yhteydet, ja asettaa kysymyksen näin: oliko luoti olennainen, substantiaalinen tekijä kuolemassa, ja oliko joku tahallaan tai tietoisen huolimattomasti (recklessly) ampunut luodin uhrin ruumiiseen? Tahtominen ja mens rea ovat Hallin mukaan olennainen osa oikeudellisen syyn käsitteessä ja samalla rikosvastuun eettinen peruste.[20]

Hallin mukaan syyn käsite ei ole yhtenäinen oikeudellisessa tarkastelussa. Erityisesti voidaan erottaa kolme relevanttia merkitystä. Ne ovat: 1) syy siinä merkityksessä, että toiselle annetaan motiivi tai kannustin, 2) syy merkityksessä tavoitteellinen toiminta ja 3) syy muuttumattoman »yhdessä muuttumisen» tai muuttumattoman seuraannon merkityksessä.[21]

Ensimmäinen merkitys on luonnollisesti tärkeä rikosoikeuden osallisuusoppien kannalta, ja se koskee ihmistenvälisissä suhteissa esiintyviä tilanteita. Myös esimerkiksi petoksessa on kyse tästä syyn käsitteestä. Toisessa merkityksessä kyse on niin ikään ihmisen toiminnasta, mutta toisesta näkökulmasta: ihmisestä kontrolloijana eikä kontrolloitavana, ihmisestä eläinten ja

[18] *Hall* 1960, 249–250.

[19] *Hall* 1960, 250.

[20] *Hall* 1960, 250–251. – Mens rea -periaate on itsekin tulkinnanvarainen. Hallin opponenttina on mm. Hart, jonka mukaan rangaistavalla tekijällä tulee aina olla teon aikaan tietyt fyysiset ja mentaaliset kyvyt toteuttaa lainsäädännön vaatimukset samoin kuin reilu tilaisuus siihen. Moite ei siten ole sidottu yksinomaan siihen, tiesikö tekijä tekonsa luonteesta. *Hart* 1992, 152.

[21] *Hall* 1960, 251.

fyysisten esineiden kontrolloijana; teleologisesta kausaatiosta. Tyypillisestä esimerkistä käy valon sytyttäminen katkaisijasta painamalla.[22] Kolmas merkitys taas on teoreettinen, mekaaninen, eli luonnontieteellisen käsityksen mukainen. Common sense hyväksyy tieteellisen syyn käsitteen, mutta lisää siihen kuitenkin välttämättömyyden vaatimuksen. Kolmesta syyn käsitteen merkityksestä kaksi ensimmäistä ovat teleologisia. Syyn relevanssi liittyy niissä vapauteen ja praktiseen tietoon, kun taas kolmannessa ollaan fyysisten liikkeiden ja teoreettisen tiedon alueella. Edellisissä on kyse ihmisen vallasta muuttaa tilanteita ja estää tapahtumia syntymästä, jälkimmäisessä taas ihmisen valta on irrelevantti: kausaatio on luonnon prosessi, johon ihminen voi tietyssä määrin mukautua, mutta jota ihminen itse ei voi muuttaa.[23]

Hallille tavoitteellinen aiheuttaminen on »syyn» käsitteen primaari merkitys myös rikosoikeuden kannalta. Tämä syyn käsite voidaan johtaa yleisestä kokemuksesta.[24] Toisaalta myös mekaanisella kausaatiolla on rikosoikeudessa merkitystä.

Rikosoikeudessa aiheuttamisen käsitteestä on Hallin mukaan vähemmän ja helpompia ongelmia kuin vahingonkorvausoikeudessa. Vahingonkorvausvastuuseen voi joutua hyvinkin etäisistä seurauksista, toiminnalle ei aseteta yhtä tiukkoja vaatimuksia, eikä seurauksia, joista vastuuseen voi joutua, ole yhtä tarkkaan määritelty. Vahingonkorvausoikeuden ja rikosoikeuden kausaalisuusongelmien ero kulminoituu tuottamuksellisen aiheuttamisen tilanteissa. Hallin huomautukset tästä kysymyksestä ovat avainkohta hänen teoriassaan. Hallin mukaan rikosoikeuden kausaalisuusongelmien vähäisyys vahingonkorvausoikeuteen verrattuna johtuu siitä, että rikosoikeudessa pääpaino on ollut tietoisen vahinkoseurauksen aiheuttamisen tapauksissa. Jos edettäisiin enemmän tuottamusvastuun suuntaan, samat ongelmat kohdattaisiin myös rikosoikeudessa.[25]

Tietoinen tavoitteellinen toiminta on teleologisen kausaliteetin aluetta, kun taas huomaamattomuus kuuluu mekaanisen kausaliteetin alaan. Näissä

---

[22] *Hall* 1960, 252.

[23] *Hall* 1960, 252.

[24] *Hall* 1960, 253.

[25] Hall onkin vaatinut sitä, että vastuun tiedottoman tuottamuksellisesta (negligent) aiheuttamisesta ei tulisi lainkaan kuulua rikosoikeuden alaan. Ks. esim. *Hall* 1963, 634–644. Kyse on luonnollisesti siitä, mitä mens rea -vaatimuksen katsotaan todellisuudessa tarkoittavan. Koskeeko se vain tekijän tietoisuudelle asetettavia vaatimuksia, vai onko kyse väljemmin normatiivisesta syyllisyysarvostelusta? Ks. esim. *Fletcher* 1971, 408–415, missä mm. kiinnitetään huomiota siihen, että Hallin mens rea -käsitteen tulkinnassa esiintyy molemmat piirteet.

seurauksen synnyn »selityksen» rakenne on aivan toinen. Edellisessä olennaista on toiminnan järkiperusteiden esittäminen, kun taas jälkimmäisessä tapauksessa selittävinä tekijöinä tulevat kyseeseen puhtaasti ulkoiset liikkeet tai syyt. Silloin, kun on kyse tavoitteellisesta toiminnasta, seurauksen imputaatio on usein niin yksinkertainen ja selvä asia, ettei erillistä ongelmaa kausaliteetista lainkaan synny. Rikosoikeudessa kausaalisuusongelmat rajoittuvatkin tiettyihin tappotapauksiin, joissa haavoittumisen ja kuoleman välillä on huomattava ajallinen etäisyys. Mekaanisen kausaation selvittely on huomattavasti vaikeampaa kuin imputaatio selvissä tapauksissa.[26]

Kausaalisuuskysymys ja mens rea-kysymys ovat toisiaan hyvin lähellä Hallin konseptiossa. Mens rea -vaatimus rajaa usein oikeudellista syyn käsitteen merkitystä siten, että relevanttina aiheuttamisena pidetään vain tavoitekeino-kausaatiota. Hallin käsitykset kausaliteetin ja mens rean yhteydestä asettuvat kuitenkin erikoiseen valoon, jos pidetään rikosoikeudellista vastuuta periaatteessa mahdollisena tiedottoman tuottamuksen tapauksessakin. Hallin kannalta silloin luovutaan rikosoikeuden kaikkein olennaisimmasta periaatteesta, ja arvatenkin koko rikosoikeuden teoria olisi rakennettava uudella tavalla, jos se yleensä on mahdollista. Tiedoton tuottamus on sellainen »syyllisyyden muoto», jonka omaksumisen jälkeen rikosoikeutta ei voi enää systematisoida teleologisen aiheuttamisen näkökulmasta. Hall itse muotoilee vielä tätäkin vahvemman väitteen: »The inclusion of negligence bars the discovery of a scientific theory of penal law, *i.e.*, a system of propositions interrelating variables that have a realistic foundation in facts and values.»[27] Hallin mukaan rikosoikeudellisessa oikeuskäytännössä oli myös havaittavissa arveluttavaa kehitystä, kuten tukeutumista vahingonkorvausoikeudessa tunnettuun proximate cause -oppiin. Rikosoikeudellinen vastuu voi sen mukaan perustua ainostaan välittömään, »läheiseen» syyhyn.[28]

---

[26] *Hall* 1960, 256. – Hart ja Honoré pitävät heikkoutena sitä, ettei Hallin opin pohjalta voida kunnolla esittää kausaalisuutta ankaran tai lähes ankaran vastuun tilanteissa. *Hart – Honoré* 1985, 393.

[27] *Hall* 1963, 643.

[28] *Hall* 1960, 274–281. Mainittu oppi on myös Muellerin kritiikin keskeisiä kohteita. Sitä pidetään liian intuitionvaraisena. *Mueller* 1961, 173. Mueller itse tähtää systemaattisempaan kausaalisuusoppiin, jossa perustana on finalistinen käsitys ihmisen toiminnasta. Siinä on myös piirteitä kausaalisuuden ns. relevanssiteoriasta. Hän näkee kausaalisuuskysymyksen pääosin faktiseksi, kuitenkin niin että sine qua non -vaatimuksen sisällöstä päättäminen edellyttää oikeuspoliittista ratkaisua, koska vaatimukselle voidaan antaa kaksi erilaista merkitystä. Puhtaasti faktisen osan lisäksi Muellerin kausaalisuusopissa on teleologinen elementti.

Hallin omalle tulkinnalle kausaalisuusperiaatteen edellyttämästä tapausanalyysistä on tunnusomaista teleologisen aiheuttamisen korostus mekanistiseen kausaalisuuskäsitykseen verrattuna, kuitenkin niin, että hänenkin mukaansa kausaation käsitteen yksi merkitys on mekanistis-luonnontieteellinen. Teleologinen kausaatiokorostus näkyy siinä, että koko rikossystematiikan perustaksi otetaan käsitys ihmisen teosta tavoitteellisena toimintana samalla kuin mens rea -periaate sisällytetään kausaalisuusperiaatteen alaisuuteen. Hallin opissa on keskeistä faktisen ja normatiivisen tason yhdistyminen kausaalisuustarkasteluissa: puhtaasti faktista kausaalisuuskysymystä ei voida rikosoikeudessa eristää ja erottaa rikosoikeuden periaatteista. Kausaalisuus *on* itse yksi rikosoikeuden periaate. Käsitys teleologisesta aiheuttamisesta kuuluu sekä tosiasiallisen että oikeudellisen maailmaan; aiheuttaminen liittyy aina toimintaan. Tällainen teonkäsitys korostaa mens rea -periaatteen asemaa suhteessa muihin periaatteisiin. Kuitenkin myös oikeuspolitiikka vaikuttaa tätä kautta siihen, mitä aiheuttamisella tarkoitetaan rikosoikeudessa, vaikka ei sitä kokonaan määrää.[29]

Hallin kausaalisuusopissa imputaatio etenee seuraavien vaiheiden välityksellä:

1) sine qua non -testi; syyltä edellytetään välttämättömyyttä;
2) syyn tehokas, substantiaalinen myötävaikuttaminen seurauksen syntyyn; osa välttämättömistä edellytyksistä voidaan eliminoida vastuuta perustavien joukosta (esim. pahoinpitelyn uhrin kuolema ambulanssin liikenneonnettomuudessa);
3) toiminnalta edellytetään päämäärään suuntautuneisuutta.[30]

Tätä kolmijakoa vastaa syyn kolme käsitettä: välttämätön ehto, syy (cause) ja syy oikeudellisessa mielessä (cause-in-law). Policy-näkökohdat vaikuttavat kaikilla näillä tasoilla, koska ne viime kädessä määrittävät sen, minkälaista kausaatiota oikeudellisen vastuun toteuttaminen edellyttää, ja miten kausaalisuuskysymys asetetaan.[31]

Oikeudellista syytä koskevat Muellerin asettamat vaatimukset ovat, että 1) toiminnan on oltava luonteeltaan causa sine qua non, ja 2) toiminnalta on edellytettävä teleologisen elementin käsilläoloa. 1)-kohdan vaatimuksessa puhe causasta eikä edellytyksestä on tarkoitettu korostamaan sitä, että syy on myös »ollut tehokas», ts. että syytä ei ole »neutraloitu» tai vastaavaa. *Mueller* 1961, 212–213.

[29] *Hall* 1960, 281–282.

[30] *Hall* 1960, 282–283.

[31] *Hall* 1960, 283–284.

3.1.2 Hallin teorian arviointia

Hallin teoriassa rikosoikeuden systematiikan perustaksi otetaan ajatus inhimillisestä teosta päämäärään suuntautuvana tietoisena toimintana. Tästä näkökulmasta ei ole mahdollista kuvata niitä positiiviseen oikeuteen sisältyviä vastuutilanteita, joissa vastuuehdot ovat tätä väljemmät. Hallin teoriassa pystytään kuvaamaan ja selittämään tietyt rikosoikeudellisen vastuun perinteiset tyyppitilanteet. Vaikka kyse on rikosoikeuden periaatteiden varaan rakennetusta esityksestä, olisi rikosoikeudellisen vastuun periaatteita edelleenkin kehiteltävä, jotta ne voisivat olla tehokkasti ohjaamassa käytännön ratkaisutoimintaa vaikeissa tapauksissa. Hallin valitsemat yleisteoreettiset lähtökohdat ovat rajanneet ne puitteet, joissa tällaiset kysymykset esitetään.

Common sense -ajattelun korostus ja keskittyminen teleologiseen aiheuttamiseen peittää kausaalisuusopin kannalta yhtäältä ne kysymykset, jotka koskevat tieteellisen selittämisen problematiikkaa ja kausaalisuhteiden näyttämistä, ja toisaalta antaa varsin vähän apua käsiteltäessä tuottamusvastuun kysymyksiä: saksalaisessa tai pohjoismaisessa rikosoikeudessa taas kausaalisuus- ja syyksilukemisongelmat koskevat olennaisesti juuri näitä tilanteita, joissa pohdittavana on tekijän vastuu tuottamuksellisesta teosta tai laiminlyönnistä. Esimerkiksi Saksassa ns. objektiivista syyksilukemista koskevan opin klassisimpiin kuuluva pyöräilijä-tapaus[32] olisi Hallille hankala. Siinä päihtynyt pyöräilijä horjahti hänet liian läheltä ohittaneen perävaunullisen kuorma-auton alle.

Conditio sine qua non -vaatimus taas on Hallin konseptiossa ongelmallinen sen vuoksi, että hän toisaalla kuitenkin tekee siitä poikkeuksia[33], ja vaikuttavan syyn käsite jää pakostakin epäselväksi. Kolmas elementti, mens rea, taas on ongelmallinen sen vuoksi, että kausaalisuusvaatimuksen näin suora kytkeminen syyllisyysvaatimukseen hämärtää tuon erottelun merkitystä.

Hallin konseptiolle onkin tunnusomaista eri elementtien läheinen yhteys monilla tasoilla, ja tavoitteellinen toiminta ikäänkuin kannattelee koko rakennelmaa. Tavoitteellinen toiminta, teleologinen kausaatio, välittää faktista ja normatiivista tasoa ja on itse mens rean muodossa esiintyen rikosoikeuden tärkein periaate. Mens rean psykologinen tulkinta luo sekin siltaa empiirisen tieteen ja normatiivisen oikeudellisen käsitteistön välille. Mens rea

---

[32] *BGHSt* 11,1. Ks. siitä esim. *Nuotio* 1991, 1010–1011, ja *Nuutila* 1996, 420 av. 389.

[33] Tai tulkitsee sine qua non -vaatimuksen täyttyvän kummankin tekijän osalta siinä tilanteessa, että he ovat kumpikin erikseen yhtä aikaa »surmanneet» kolmannen henkilön. *Hall* 1960, 267–268.

-periaatteen (niin kuin muidenkin rikosoikeuden periaatteiden) täytyy olla tietyssä mielessä luonnonoikeudellinen, koska sitä ei saada voimassaolevasta oikeudesta, vaan se on periaate, joka *tarvitaan* voimassaolevan oikeuden eettisesti (ja oikeuspoliittisesti) tyydyttävässä kuvaamisessa. Hallin rikosoikeusteoria, jossa piti olla kyse suhteellisen neutraalista rikosoikeuden järjestelmän kuvaamisesta, saa näin luonnonoikeudellisen sävyn ja tulee siinäkin mielessä lähelle saksalaista vastinettaan, Welzelin finalismia.

Hall näkee oppinsa samansuuntaiseksi tuonnempana käsiteltävän Hartin ja Honorén teorian kanssa.[34] Hart ja Honoré yrittävät erottaa selitys- ja attribuutiokontekstin toisistaan, mikä ei Hallin mukaan ole mahdollista. Toinen ero on siinä, että Hartin ja Honorén mukaan oikeudellisella kausaalisuusvaatimuksella ei ole yhteyttä oikeuspoliittisiin harkintoihin, kun taas Hall näkee oikeuspolitiikan vaikuttavan kaikilla tasoilla imputaatioratkaisuun. Hall käyttää policy-käsitettä hyvin laajassa mielessä, viitaten sillä myös laissa omaksuttuihin arvostuksiin. Hallin mielestä common sense ja lain policyt tulevat hyvin lähelle toisiaan.[35] Hall arvostelee heitä myös pysymisestä kiinni käsityksessä, että oikeudellisissa yhteyksissä selitysten etsiminen voisi olla luonteeltaan faktuaalista. Hallin konseptiossa rikosoikeuden ja vahingonkorvausoikeuden politiikat eroavat toisistaan. Rikosoikeuden politiikka ilmenee erityisesti mens rea -periaatteessa, mutta se säteilee edelleen mm. kausaalisuusoppiin sekä esimerkiksi harm-periaatteeseen ulottuen lopulta koko rikosvastuun normatiiviseen perustaan.[36]

Vaikka Hallin teorian tärkeimpänä lähtökohtana on antropologisesti ja filosofisesti perusteltu ajatus ihmisen tavoitteellisesta toiminnasta maailmassa, oikeus on toisaalta myös olennaisesti tahdonvaltainen ja poliittinen kysymys. Oikeusjärjestyksen sisältö on suureksi osaksi luonteeltaan mielivaltaista, koska oikeus on positiivista, asetettua. Sen vuoksi oikeuspolitiikka on Hallille niin keskeistä. Oikeuden politiikka (tai politiikat) on luettavissa säädännäisestä oikeudesta, ja oikeuspoliittiset periaatteet voidaan usein kääntää oikeudellisiksi ja päinvastoin; esimerkiksi mens rea -periaate on yleinen oikeusperiaate, mutta toisaalta on oikeuspoliittinen kysymys, miten pitkälle sitä konkreettisessa lainsäädännössä noudatetaan. Toisaalta oikeuspoliittiset periaatteet voidaan myös tulkita laajemmin, oikeuden kriittisen arvioinnin mahdollistaviksi mittapuiksi.[37]

---

[34] *Hall* 1960, 284–295.

[35] *Hall* 1960, 288: »..., common sense is very much like the policy of law.»

[36] *Hall* 1960, 295.

[37] *Hall* 1960, 295.

3.2 Hart ja Honoré: kausaalisen kielenkäytön analytiikka

H.L.A. Hartin ja Tony Honorén tutkimus kausaalisuudesta oikeudessa on harvoja ohittamattomia klassikkoja. Vuonna 1959 ilmestyneestä ensimmäisestä painoksesta lähtien se on muodostanut eräänlaisen referenssipisteen kausaalisuusopillisessa kirjallisuudessa. Myös filosofit ovat olleet kiinnostuneita sen teoreettisesta annista. Esimerkiksi filosofian alalla lähes klassikon asemaan nousseessa Mackien tutkimuksessa (*Mackie* 1974) omistetaan kokonainen luku Hartin ja Honorén teorioiden käsittelylle. Saksalaisella kielialueella rikosoikeudellisessa kirjallisuudessa Hartin ja Honorén vaikutus on jäänyt erittäin vähäiseksi.[38] Vuonna 1985 ilmestyneessä toisessa painoksessa on laaja esipuhe, jossa kommentoidaan teoksen teemojen ympärillä tuolla välin käytyä keskustelua.[39]

Tutkimus jakaantuu kolmeen jaksoon, joista ensimmäinen käsittelee oikeustieteellisten kausaalisuusoppien filosofisia perusteita. Siinä myös esitetään kirjoittajien oma teoria kausaalisuudesta. Toisessa jaksossa käsitellään niin vahingonkorvaus- kuin rikosoikeudellisiakin kausaalisuusteemoja common law -oikeuden kannalta sekä lyhyesti muutamia prosessioikeudellisia kysymyksiä. Kolmannessa jaksossa kuvataan saksalaisen kielialueen rikos- ja vahingonkorvausoikeudellisten kausaalisuusoppien kehityksen päälinjat. Varsinkaan rikosoikeuden osalta se ei ulotu aivan viime vuosien keskusteluihin.

Teos on yritys osoittaa, että arkiajattelun ja teoreettisten kausaalisuusoppien välille kehittynyt ristiriita on voitettavissa vain ottamalla arkiajattelu vakavasti. Filosofista analyysia tulisi kehittää siihen suuntaan, että se tukee arkiajattelua. Hartille ja Honorélle välineitä antavat tietyt Millin kausaalisuusteorian kohdat sekä kielifilosofia. Kirjoittajien mukaan kausaalisuusoppien teoreettiset ja käytännölliset epäselvyydet ovat tehneet niistä helpon kritiikin kohteen oikeuspoliittisia tarkoituksenmukaisuusharkintoja korostaville oikeusrealisteille, jotka ovat marginalisoineet kausaalisuuskysymykset. Kirjoittajat itse sijoittuvat yksilönvapauden maksimointiin tähtäävään liberalistiseen traditioon.[40]

Tieteenfilosofisen lähtökohdan teoksen teoreettiselle sisällölle tarjoaa John Stuart Millin käsitys tieteellisestä selittämisestä. Tuo käsitys onkin vaikut-

---

[38] Ainoat seikkaperäisemmät tuon opin tarkastelut lienevät *Koriath* 1988, 95–105 ja *sama* 1994, 410–419.

[39] Pienen arvostelun ensimmäisestä painoksesta laati aikanaan Osvi Lahtinen (*Lahtinen* 1963).

[40] *Hart – Honoré* 1985, lxxix.

tanut laajasti myös oikeudelliseen ajatteluun, kuten edellä huomattiin. Jo von Burin opeissa havaittiin tiettyä sukulaisuutta Millin kanssa, ja esimerkiksi Engischin kausaalisuusoppi on selvästi Millin perinteessä liikkuva. Hartin ja Honorén näkökulma on kuitenkin Milliin nähden kriittinen.

He lähtevät liikkeelle siitä oivalluksesta, että Millin käsitykset tieteellisestä selittämisestä eivät ole riittävä perusta, kun pohditaan yksittäisten kausaaliväitteiden luonnetta inhimillisen toiminnan yhteydessä. Ongelmallinen on erityisesti se Millin käsitys, että kausaalisuudesta puhuminen edellyttäisi aina väitteen tukemista yleistyksellä, yleistä lainalaisuutta kuvaavalla lauseella. Tieteenfilosofisen kausaalisen selittämisen sijasta tulisi edetä käytännöllisempään suuntaan. Arkiajattelussa näet hallitaan usein tyydyttävästi kysymys kausaalisuhteen vallitsemisesta. Tulisi selvittää, mitkä periaatteet ohjaavat intuitiotamme muodostaessamme käsityksiä syy-yhteyksistä.[41] Käytännölliseltä kannalta selittämisen ohella attribuutio voi tulla ongelmaksi. Millin oppi ei tarjoa mahdollisuuksia attribuutiokysymysten järkevään tarkasteluun.[42]

Kielifilosofisen analyysin pohjalta kirjoittajat pelkistävät common sense -kausaalisuusperiaatteet, jotka heidän mukaansa ohjaavat intuitiotamme ratkaistessamme käytännöllisiä attribuutio-ongelmia niin tavallisessa elämässä kuin oikeudellisissa asiayhteyksissä. Kirjoittajat käyvät läpi runsaasti oikeustapausmateriaalia pyrkien osoittamaan sen, että oikeuskäytännössä omaksutut periaatteet suurelta osin vastaavat common sense -ajattelun mukaista käsitystä kausaalisuudesta. Näin olisi mahdollista ainakin karkeasti muotoilla ne säännöt tai periaatteet, joiden mukaisesti »terveellä järjellä» ajatellaan kausaalisuudesta.[43]

---

[41] Common sense -kausaaliselityksiin perustuvaa vastuuattribuutiota on viime vuosina selvitelty erityisesti sosiaalipsykologian piirissä ns. attribuutioteorian nimellä. Ks. siitä esim. *Hewstone* 1983, passim.

[42] Koriath tiivistää hyvin Hartin ja Honorén Milliin kohdistaman kritiikin, *Koriath* 1994, 411–416.

[43] *Hart – Honoré* 1985, 26: »Common sense is not a matter of inexplicable or arbitrary assertions, and the causal notions which it employs... can be shown to rest, at least in part, on statable principles;...» Tämä merkitsee sitä, että common sense rekonstruoidaan periaatteiden varassa.

Humanistisessa traditiossa *sensus communis* on ollut hieman toisella tavalla tärkeä ajatus. Sensus communis on enemmänkin kykyä käsittää jonkin asian yhteisöllinen merkitys. Sensus communis ei ole jotakin, joka kaikilla on samanlaisena luonnostaan, vaan ikäänkuin yhteisöllinen aisti, joka vasta antaa kyvyn asioiden järkevään arviointiin. Sensus communis edellyttää sitä, että ihminen näkee asian yleisen merkityksen. Sensus communis on sen vuoksi sidoksissa käytännölliseen järkeen ja humanistiseen sivistykseen.

Arkiajattelun ja kielen kautta voidaan avata sisäinen näkökulma erilaisiin sääntöihin, ja kausaalisuussäännöt opitaan samalla kun opitaan »tekemään tekoja» ja puhumaan niistä luonnollisella kielellä. Filosofiselta sisällöltään tuo kausaalisuustutkimus sijoittuu selkeästi siihen vaiheeseen, jossa Wittgensteinin myöhäistuotannon innoittamana kiinnostuttiin arkikielen filosofiasta ja sisäisestä näkökulmasta erilaisiin sosiaalisiin sääntöihin. Vaikka teoksessa on vain niukasti viittauksia tuonaikaiseen filosofiseen kirjallisuuteen, sitä voi silti pitää yhtenä harvinaisen selvänä esimerkkinä pyrkimyksestä tulkita oikeudellinen tematiikka uudelleen ajanmukaisen filosofian valossa.[44]

Teoksessa tarkasteltu laaja materiaali näyttäisi tukevan käsitystä kausaalisuusoppien ja niiden korrektiivien vastaavuudesta arkiajattelun kausaalisuusperiaatteiden kanssa. Myös vahingonkorvausoikeuden ja rikosoikeuden kausaalisuusoppien sukulaisuus tulee teoksessa selvästi esille. Tutkimus sijoittuu kuitenkin ymmärtävään traditioon eikä ole niinkään esitystä normatiivisesti velvoittavista oikeudellisista kausaalisuusopeista.[45] Se jättää paljolti avoimeksi sen, mitkä ovat tutkimuksesta tehtävät oikeudelliset ja oikeustieteelliset johtopäätökset. Sen vuoksi sitä ei niinkään voi arvostella piilonormatiivisuudesta, kielellisten tai moraalisten periaatteiden muuntamisesta oikeudellisiksi. Tällainen vaara on kuitenkin kaiken aikaa uhkaamassa yritettäessä pohjata oikeudelliset vastuuperiaatteet arkiajatteluun.

Teoksen ongelmana onkin joko terveen järjen kausaalisuusoppien piilonormatiivisuus tai toisaalta niiden irrelevanssi oikeudellisen ratkaisutoiminnan kannalta. Mitä hyötyä oikeudellisia vastuukysymyksiä ratkaisevalle on siitä, että hän tietää terveen järjen tukevan jotakin vakiintunutta oikeudel-

---

Tämä humanisesta retoriikasta peräisin oleva ihmisen sosiaalisen käsityskyvyn korostus on sinänsä ollut myös modernimman common sense -ajattelun pohjana. Ks. esim. *Gadamer* 1990, 24–40. – Tältä kannalta ajatellen voisi pitää perusteltuna yritystä etsiä oikeuskäytännöstä sensus communis -tyyppisiä arvostelmia.

[44] Ks. myös *Hart – Honoré* 1985, xxxiii. – Kausaalisuusoppi yritetään »pelastaa» sen jälkeen, kun oikeudellisen realismin yhteydessä oli nähty kausaalisuusratkaisut vain policy-tyyppisiksi. Kyseinen teos kuuluu siinä mielessä selvästi yhteen Hartin positivistisen oikeusfilosofian kanssa, jossa analogisella tavalla yritetään, oikeusrealistien jälkeen, uudelleen määritellä sisäisestä näkökulmasta, »mitä oikeus on». *Hart* 1994, 1–17 ja passim.

[45] Kyse on ymmärryksen lisäämisestä, mutta toisaalta myös kriittisestä voimasta, jolla paitsi liikutellaan oikeusajattelun kehikkoa, myös muotoillaan konkreettisiin ratkaisuihinkin vaikuttavia tekijöitä, argumentteja. Myös Dworkin on kiinnittänyt huomiota siihen, että varsinkin Hartin viimekätinen kiinnostus on niin vallitsevan moraalin kuin sen varaan rakentuneen oikeudenkin kriittisessä arvioinnissa. *Dworkin* 1977, 7–8.

lista periaatetta, jos ratkaisu kuitenkin perustetaan yksinomaan tuohon oikeudelliseen periaatteeseen? Vai jääkö kielenkäytön mukaisuudelle itsenäisen argumentin asema rajatapauksia ratkaistaessa?

Toinen arkikielen filosofian soveltamiseen liittyvä ongelma on se, että kausaalisuuskysymysten *katsotaan ratkeavan* arkiajattelun varaisesti. Teoksessa ei juurikaan puututa asiantuntijalausuntojen merkitykseen selvitettäessä vaikeita tieteellisiä kiistakysymyksiä kausaalisuhteen vallitsemisesta, vaan tapaukset liikkuvat valtaosin tavanomaisen sosiaalisen todellisuuden tasolla, jossa arkiajattelu saattaa riittääkin.[46]

Arkiajattelun mukaisten, filosofisten ja oikeudellisten kausaalisuuskäsitysten välillä vallitsee huomattavia jännitteitä. Kirjoittajien mukaan tuomioistuimet ovat pitäneet kiinni siitä, että kausaalisuuskysymykset ratkaistaan arkiajattelun mukaisesti[47] ja ovat olleet haluttomia omaksumaan filosofisia kausaalisuusteorioita. Tuomioistuimissa on yritetty tukeutua arkiajatteluun ymmärtämättä kunnolla sen luonnetta. Arkiajattelun kausaalisuuskäsitteistössä onkin kyse latenttien käsitteiden ja periaatteiden joukosta, eikä vain yhdestä käsitteestä. Koska filosofiassa tällaiset kysymykset olivat muutenkin ajankohtaistuneet, tuli mahdolliseksi päästä eteenpäin näiden »tavallisen ihmisen» käsitysten analyysissä.

3.2.1 Oikeudellinen kausaalisuuskäsitteistö

Oikeudellinen kausaalisuuden käsite olisi ymmärrettävä samaan tapaan kuin historiantutkimuksessa.[48] Kummassakin käsite koostuu useammasta käsittees-

---

[46] Tieteellisen tiedon merkityksestä common sense -selitysten korjaajana ja täydentäjänä, sekä erityisesti muiden mahdollisuuksien poissulkemisesta, ks. kuit. esim. *Hart – Honoré* 1985, 49. Tieteelliselle tiedolle annetaan ensisijainen merkitys ainoastaan, kun kyse on tieteellisesti suunnitellun laitteen toimintahäiriöstä. Häiriön syyn selvittelyssä on sovellettava samaa teoriaa, jonka mukaan laite on suunniteltu. *Mt.*, 47. Esimerkiksi saksalainen kausaalisuusopillinen materiaali taas on pääosin ajalta, jolloin vaikkapa tieteellisen selittämisen problematiikka ja asiantuntijoiden kuuleminen rikosprosessissa olivat rikosoikeustutkimuksen kannalta perifeerisiä teemoja.

[47] Esim. *Hart – Honoré* 1985, 26. Hart ja Honoré myöntävät, että policy-perusteilla on todellisuudessa osansa päätettäessä oikeudellisen vastuun ulottuvuuksista. Tämä liittyy erityisesti proximate cause -opin problematiikkaan, jossa katsotaan vastuun seurauksen aiheuttamisesta edellyttävän, että syy on »läheinen».

[48] Rinnastus tehdään siis historianfilosofiaan eikä luonnontieteen teoriaan! Niin lakimies kuin historioitsijakin tutkivat yksittäisiä tapahtumia. He eivät muotoile yleistyksiä, vaan soveltavat niitä. *Hart – Honoré* 1985, 9–10. Hartin ja Honorén esityksen taustalla voikin nähdä historianfilosofian alalla käydyn keskustelun historiallisen selittämisen luonteesta.

tä. Perustapauksena on manipulatiivisen kausaliteetin ajatuksen mukainen interventio, jossa jokin kontingentti tapahtuma, yleensä ihmisen toiminta, saa aikaan sarjan fysikaalisia muutoksia, »sekundäärisiä muutoksia», ja jossa teko ja seuraus ilmentävät samalla yleisempää suhdetta tapahtumatyyppien välillä. Perustapaus on se, että ihminen manipuloi jotakin intentionaalisesti saadakseen aikaan jonkin muutoksen maailmassa. Tällöin on kaikkein luontevinta puhua »syystä» ja »vaikutuksesta».[49] Perustapaus muodostaa sellaisen ideaalin, johon muunlaisia »aiheuttamisia» voidaan verrata ja suhteuttaa: mitä kauempana ne ovat siitä ja mitä heikompi on analogia perustapaukseen, sitä epäluontevammaksi käy puhua suhteesta syynä ja vaikutuksena tai yleensä kausaalisella terminologialla.[50]

Toinen tilanne on se, että joku antaa sanoin tai teoin toiselle syyn eli perusteen (reason) tehdä jotakin.[51] Tässä ei voida lainkaan puhua yleistettävästä suhteesta humelaisen muuttumattoman seuraannon mielessä, joten ollaan jo selvästi erkaannuttu perustapauksesta. Kolmas tapauksensa on se, että luodaan toiselle tilaisuus tehdä jotakin.[52]

Vakuutusoikeudessa on voitu osoittaa, että tällainen kolmijako on liian suppea. Useinkaan syy-yhteyttä ei tarvitse osoittaa konkreettisen käyttäytymisen ja vahinkoseurauksen synnyn välillä, vaan riittää, että yleisemmin määritellyn toiminnan yhteys seurauksen syntyyn kyetään selvittämään.[53]

Hart ja Honoré katsovat, että common sense -kausaalisuusperiaatteet mahdollistavat tietyissä rajoissa joidenkin edellytysten eliminoimisen sellaisten

[49] Vastaava käsitys on luettavissa jo Aristoteleen metafysiikasta, *Aristoteles* 1990, 1013a, 29–32: »... sanomme syyksi sitä, josta muutos tai lepotila ensiksi saa alkunsa, esimerkiksi se, joka on harkinnut, on toiminnan syy, samoin isä on lapsen syy ja yleensäkin tekijä on tehdyn ja muuttaja muutoksen syy.»

[50] Ks. tark. *Hart – Honoré* 1985, 28–44. – Tahdonvaltainen, tahallinen teko on tapahtumien selittämisen kannalta siinä mielessä erityisasemassa, että jäljitettäessä ajassa taaksepäin tapahtuman syytä, tuollainen teko muodostaa yleensä ketjun päätepisteen. »A deliberate human act is... most often a barrier and a goal in tracing back causes in such inquiries:...» *Mt.*, 43–44 (44).

[51] *Hart – Honoré* 1985, 363–388. – Taustalla on ajatus, että teon »perusteen» suhde tekoon on jotakin muuta kuin »mekaanisesti» kausaalista. Kuten tunnettua, tämän kysymyksen selvittely on ollut huomattavan keskeistä anglosaksisen teonfilosofian piirissä. Usein on esitetty, että perusteen suhde tekoon on looginen eli käsitteellinen (logical connection argument). Tämä liittyy myös Elisabeth Anscomben keskusteluun tuomaan praktisen syllogismin selitysmalliin. Ks. yleisesti *von Wright* 1971, 67–68. Kritiikistä ks. esim. *Mackie* 1974, 270–296.

[52] Ks. *Hart – Honoré* 1985, 51–61.

[53] Ks. *Routamo* 1967, 103–108, missä kehitellään Hartin ja Honorén kausaalisuusoppia tältä kannalta.

joukosta, joita kielenkäytön sääntöjen mukaan voidaan kutsua seurauksen syiksi.[54] Palavan tulitikun pudottaminen roskakoriin on tulipalon syy, eikä se, että ilmassa on happea, vaikka molemmat epäilemättä ovat tulipalon synnyn edellytyksiä. Normaalit edellytykset eivät ole syitä, kun taas ihmisen teko yleensä on syy. Konteksti määrittää normaalisuutta[55] ja samalla sitä, mitä voidaan sanoa syyksi. Luonnonlait eivät erottele tapahtumien kontekseja.[56]

Normaalisuudella on kirjoittajille eräällä tapaa kaksoismerkitys. Normaalia määrittää paitsi tavanomainen, myös ihmisten asettamat rutiinit, normit, ja siis myös oikeusnormit. Tämä mahdollistaa esimerkiksi laiminlyönnin katsomisen seurauksen syyksi joissakin tapauksissa. Laiminlyönti ei ole mikään »negatiivinen tapahtuma», vaan muotoiltaessa laiminlyöntiä koskeva väite kuvataan maailmaa aivan kuin »positiivisenkin» toiminnan kohdalla.[57]

Normaalisuuden velvoitteita perustava merkitys on ongelmallinen ja epäselväkin, koska laiminlyöntiä kielenkäytön mukaan »syyksi» ja »epänormaaliksi» edellytykseksi valitsemista ei tässä teoriassa perusteta yksinomaan oikeudelliseen toimintavelvollisuuteen, vaan myös rutiininomaisuuteen. Puutarhurin laiminlyöntiä kastella kukat pidetään kukkien kuihtumisen syynä, koska hän on siihen velvollinen ja koska hän ne yleensä kastelee. Mutta miten käsiteltäisiin sitten »ainutkertaiset» laiminlyöntitilanteet, joissa erottelun perustaksi ei jää muuta kuin »epänormaalisuus» norminrikkomisen merkityksessä? Mainittakoon, että jo Jerome Hall kiinnitti huomiota normaalisuuden käsitteen monimielisyyteen ja siihen liittyviin ongelmiin Hartin ja Honorén teorian kannalta.[58] Hartin ja Honorén teoriaa arvioinut ja kritisoinut Norrie kiinnittää huomiota mm. normaalin ja epänormaalin eron (»the crucial

[54] Oikeampaa olisi sanoa, että kirjoittajien mukaan common sensen perusteella usein jo alusta alkaen »tiedetään» mikä on syy ja mikä edellytys, joten arkiajattelussa ei ole tarpeen lainkaan lähteä sellaisesta tilanteesta, jossa aluksi olisi käsillä vain »edellytyksiä».

[55] Syyn nimeämisen kontekstuaalisuus heikentää tällaista teoriaa. Hartilaisen liberalismin yhteiskuntafilosofiset taustaoletukset tulevat näkyviin nimenomaan siinä tavassa, miten kontekstit valitaan ja asetetaan. Ks. tästä *Norrie* 1993, 140–141.

[56] Ks. esim. *Hart – Honoré* 1985, 11–12, 32–44.

[57] *Hart – Honoré* 1985, 37–38. Inhimillisen »käyttäytymisen negaatio hahmotetaan vaihtoehtoiseksi inhimilliseksi käyttäytymiseksi». Näin myös *Klami* 1973, 63–72 (64). Mackie puolestaan on sitä mieltä, että myös laiminlyönnin kausaalisuudesta voitaisiin puhua aivan vastaavalla tavalla kuin aktiivisen teon yhteydessä. Mackien mukaan ei olisi tarpeen luopua tavanomaisemmasta kausaalisuusvaatimuksesta myöskään henkilöidenvälisissä suhteissa *Mackie* 1974, 123–125.

[58] *Hall* 1960, 288–290.

distinction») kontekstuaaliseen määrittymiseen. Hartin – Honorén kausaalisuusopissa ei päästä siihen, mihin pyritään, eli yksiselitteiseen vahinkoseurauksen imputointiin yksilön viaksi.[59] Normaalisuuden ja erityisesti sen kontekstuaalisen määrittymisen avulla tosin kausaalinen vastuuoppi nimenomaan avataan käytännöllisten intressien ja kokemuksen suuntaan.[60]

Tärkeä näkökohta Hartille ja Honorélle on oikeuspoliittisiin tarkoituksenmukaisuusharkintoihin pohjaavan riskiteorian kritiikki. Riskin idea ei heidän mukaansa voi olla yleinen ratkaisu kausaalisuusongelmiin. Rikosoikeudessa ja osaksi myös vahingonkorvausoikeudessa kausaaliyhteys kuuluu osana oikeudenvastaisuuden määritelmään. Riskiteoria ilman, että siihen liitetään kausaalisuuskäsitteitä, johtaisi mielettömiin ja epäoikeudenmukaisiin tuloksiin. Tästä syystä kirjoittajat käsittelevät erityisen tarkasti Model Penal Codessa omaksuttua kausaalisuusmääritelmää, josta lähemmin tuonnempana.[61]

Hartille ja Honorélle tuki tavanomaisille kausaaliväitteille ei löydy abstrakteista yleistyksistä, vaan usein ne ovat elämänkokemukseen kuuluvia itsestään selvyyksiä. Lakimiehelle tällainen yleinen tietämys luonnon tapahtumienkulusta on todiste kausaaliyhteydestä, eikä partikulaarisen kausaaliväitteen merkitystä konstituoiva osanen.[62] Kausaaliväitteet saavat tukensa kokemussäännöistä, jotka korvaavat muut yleistykset.[63] Tieteelliset yleistykset yksittäisen kausaaliväitteen tukena ovat tietyllä tapaa välttämättömiä mutta

[59] *Norrie* 1991, 690.

[60] Ks. esim. *Quentin* 1994, 57–60. Ladeur taas korostaa, että kausaalisuudella on ensisijaisesti selektiivinen funktio; kausaalisuus edellyttää määrättyä syyksilukemismallia. *Ladeur* 1995, 15–16. *Peczenik* 1979, 6–13, erottaa oikeudellisessa kausaalisuustematiikassa kaksi puolta, yleisen ja oikeudellisen. Oikeus määrää sen, mitä kausaalisuhteelta on vaadittava. Tämä kysymys ratkaistaan oikeuslähteiden perusteella. Ks. tästä myös *Sintonen* 1983, 262 ss.

[61] *Hart – Honoré*, 7, 394–403. – Fletcher jatkaa MPC:n käsitemäärittelyiden arvostelua samalta pohjalta. Erityisesti ongelmia seuraa siitä, että kausaalisuuden osalta tukeudutaan laajaan csqn-määrittelyyn, ja erityisen osan puolella käytetään teonkuvauksessa verbiä »to cause». Tämä johtaa esimerkiksi teon ja laiminlyönnin rajan hälvenemiseen ja laiminlyöjän vastuun arvaamattomaan laajenemiseen. Fletcherin mukaan on perusteltua Hartin ja Honorén tapaan välttää teknistä kausaalisuustermistöä ja tukeutua olemassaolevien teonsanojen kielellisiin merkityksiin. »To kill» olisi siten muuta kuin »to cause death». *Fletcher* 1978, 597–602.

[62] *Hart – Honoré* 1985, 15–16.

[63] *Hart – Honoré* 1985, 48: »The statement that the dropping of the lighted cigarette caused the fire asserts more than that fire followed in this case and there was a high probability that this would be so.» Haluamme olla varmoja siitä, että tämä tapaus ei kuulu juuri niiden joukkoon, jotka ovat epätodennäköisiä, mutta mahdollisia. Mutta takaako väljempi yleistys eli kokemussääntö tämän?

mahdottomia, ja niiden sijaan on tukeuduttava väljempiin kokemuksellisiin yleistyksiin, joiden selitysvoima on heikompi.

Hartin ja Honorén teorian suhde John Stuart Millin teoreettiseen kausaalisuusmääritelmään on moniulotteinen. Mill on suorastaan jonkinlaisen esikuvan asemassa sen vuoksi, että hän ymmärsi tarkastelijan intressien vaikuttavan siihen, miten edellytyksiä nimetään syiksi. Tavallisen syyn käsite ei ole teoreettinen.[64] Mill on toisaalta myös kritiikin kohteena: nimenomaan Millin teoreettista kausaalisuuskäsitystä pyritään horjuttamaan common sense -periaatteiden analyysillä.

Hartin ja Honorén tarkastelussa erotetaan selityskonteksti attribuutiotarkastelusta. Ajatus on yksinkertainen: vaikka tapahtumainkulku olisi tarkkaan selvitetty, jäljelle voi jäädä juristia vaivaavia ongelmia. Attribuutiossa kysymys kuuluu: tuleeko A:n oikeusnormien mukaan vastata seurauksen syntymisestä? Usein tietyn vahingon syntyyn on vaikuttanut usea sellainen tekijä, jota arkiajattelussa pidetään syynä eikä pelkästään edellytyksenä. Selityskontekstissa haetaan tukea suoraan kausaalisuutta koskevasta kielenkäytöstä, common sense -periaatteista. Attribuutiokysymyksissä taas tullaan lähemmäksi moraalisia vastuuperiaatteita.[65] Vahingon aiheuttamisesta moititaan moraalisessa mielessä, vaikka muustakin voidaan moittia. Oikeussäännöt vastaavasti kytkevät sanktioita vahinkojen aiheuttamiseen, vaikkakaan eivät yksinomaan siihen. Moraalisen moitteen ja oikeussääntöjen toimintatavassa ilmenee vastaavuutta.[66] Moraalinen moite voi kytkeytyä mihin tahansa edellä sanotuista aiheuttamisen tavoista. Vahingon aiheuttamisen, oikeussääntöjen ja moraalisen moitteen yhteys ymmärretään varsin läheiseksi.

Vastuussa olemisesta voidaan puhua kahdessa merkityksessä. Oikeudellisella vastuulla voidaan tarkoittaa oikeussääntöihin perustuvaa vastuuta, ja moraalisella vastuulla moraaliperiaatteisiin perustuvaa vastuuta. Usein, erityisesti moraalisessa yhteydessä, vastuulla tarkoitetaan kuitenkin sitä, että ko. henkilö on aiheuttanut vahinkoa, ts. sillä viitataan kausaalisuuteen. Syynä kaksoismerkitykseen on se, että vahinkoseurauksen aiheuttaminen kuuluu

---

[64] *Hart – Honoré* 1985, 19. Hart ja Honoré näkevät Millin esikuvakseen. Jo hän etsi common sensestä ja kielenkäyttösäännöistä tapoja hahmottaa sitä, miten puhutaan syistä ja vaikutuksista. »... shift in the form of inquiry... leaves open the possibility that the common notion of causation may have features which vary from context to context, that there may be different types of causal inquiry, and that there may not be a single concept of causation but a cluster of related concepts.» Myös Sipilä löysi Milliltä tämän »tavallisen syyn» käsitteen; *Sipilä* 1936, 184 av 158.

[65] Näitä käsittelee *Hart – Honoré* 1985, 62–83.

[66] *Hart – Honoré* 1985, 63–64.

perimmäisiin perusteisiin ylimalkaan katsoa ihmisten olevan vastuussa jostakin.[67]

Vaikka kirjoittajien käsitys aiheuttamisen ja (moraalisen) vastuun läheisestä yhteydestä antaisi olettaa, että oikeudellisia kysymyksiä tarkastellaan tässä konseptiossa enemmänkin suhteessa moraaliin kuin »yhteiskunnallisiin hyötynäkökohtiin», ei se tarkkaan ottaen pidä paikkaansa. Heidän mukaansa oikeudellinen vastuu eroaa moraalisesta vastuusta juuri siinä, että edellisen alueella yhteiskunnalliset seuraukset on otettava huomioon. Oikeus ei ole – ainakaan suoraan – sidottu moraaliin. Oikeudellisen vastuuattribuution erottaa yksityisestä moraaliarvostelmasta se, että oikeudellisissa vastuuratkaisuissa on otettava huomioon myös ratkaisun yleisemmät yhteiskunnalliset vaikutukset. Välillä se vaikuttaa vastuuta supistavasti, toisinaan sitä laajentavasti. Oikeuden ja moraalin pulmallinen suhde, joka on yksi pääteemoista Hartin oikeusfilosofiassa, on tässäkin esillä.[68]

Kirjoittajien projektin kannalta common sense -ajattelun asema on jonkin verran ongelmallinen, koska ensinnäkin kielenkäytön ja moraalisen vastuun yhteys voi tulla epäilyttävän läheiseksi, ja toisaalta taas oikeussääntöjen suhteellinen itsenäisyys moraaliin nähden nostaa kysymyksen siitä, voidaanko tämänkään vuoksi oikeudellisen vastuun kysymyksissä soveltaa common sense -ajattelua ylimalkaan. Yksi tapa ajatella tästä suhteesta voisi olla, että nähdään oikeussääntöjen sosiaalisten vaikutusten huomioonottamisen muuntavan moraalista oikeutta.

Hartin moraalifilosofiassa oli alkuvaiheessa keskeistä sen korostaminen, että kielenkäytössä aiheuttamista koskeva terminologia viittaa samalla askriptioon, vastuulliseksi saattamiseen. Silloin tavallisen kielenkäytön ja moraaliseen vastuuseen joutumisen yhteys olisi luonnollisesti erityisen läheinen. Hart on kuitenkin myöhemmin sanoutunut irti tästä ajatuksesta.[69]

Kirjoittajien mukaan kaikkea kausaalista ajattelua, niin moraalin kuin oikeudenkin alalla, värittävät tietyt yleiset periaatteet »seurausten jäljittämisessä». Mitä tahansa ei voida sanoa teon seuraukseksi.[70] Ajatus on seuraava: Koska kausaalisuuskäsitteistössä tahallinen toiminta on perustapaus, se saa merkitystä myös attribuution yhteydessä, joko konkreettisesti tai meta-

[67] *Hart – Honoré* 1985, 65.

[68] *Hart – Honoré* 1985, 66–67, 403–405. Ks. yleisesti esimerkiksi tähän liittyvää Hartin jakoa »primary rules/secondary rules», joista jälkimmäinen »taso» vasta merkitsee nousemista tavan ja sosiaalisen käytännön yläpuolelle, oikeudelliseen. *Hart* 1994, 91–99.

[69] Ks. esipuhetta *Hart* 1992, v.

[70] *Hart – Honoré* 1985, 69–70.

forana. Ajatus syystä interventiona toimii attribuutioperiaatteena siten, että tekoa seuraavat toiset »interventiot» voivat estää sen, että vahingosta puhuttaisiin aikaisemman teon seurauksena. Tämän attribuutiosuhteen voi katkaista joko intentionaalinen toisen toiminta tai yllättävä myöhempi luonnontapahtuma. Tämä ajatus selittää myös »opin kausaaliyhteyden katkeamisesta» järkevällä tavalla. Jälkeen tuleva tahallinen teko ei katkaise kausaalisuutta, vaan pikemminkin saa sen aikaan. Sen sijaan se, mikä katkeaa, on analogia interventioon aikaisemman teon ja syntyneen seurauksen välillä. Se, milloin analogia murtuu, ei ratkea luonnontieteellisten kriteerien mukaan, vaan on tulkintaa vaativa kysymys.[71]

Verrataan kahta esimerkkitilannetta toisiinsa:[72]

1) A pudottaa palavan savukkeen metsänlaidassa olevaan pensaikkoon, joka syttyy palamaan, ja tuulenpuuska levittää palon metsäpaloksi. A:n katsotaan aiheuttaneen metsäpalon, koska tuulenpuuskaa pidetään tavanomaisena olosuhteena.

2) A pudottaa palavan savukkeen kuten edellä, mutta B tulee paikalla, ja juuri kun tulipalo pensaikossa on sammumassa, hän kaataa bensiiniä liekkeihin, ja tulipalo leviää metsään.

Kirjoittajien väite on, että jälkimmäisessä tapauksessa emme voi sanoa A:n aiheuttaneen metsäpaloa, eikä tämä johdu mahdollisesta erosta tekojen moraalisessa arvostelussa, koska kausaalisuus on joka tapauksessa siihen nähden esikysymys. Voimme kuvitella, että molemmat tarkoittivat polttaa metsän. A:n ja B:n ero on siinä, että B aiheutti vahingon mutta A ei.

Esimerkillä osoitetaan, että on tässä mielessä pelkistettävissä esiin puhdas kausaalisuuskysymys. Samalla osoitetaan, että on välttämätöntä tarkastella kausaalisuuskysymyksiä muustakin kuin tieteellisen selittämisen näkökulmasta, ja että toisaalta kausaalisella attribuutiolla on yhteys kielellisiin ja ajattelullisiin konstruktioihin, jotka ovat jopa oikeusnormeista riippumattomia.

Esimerkki ei silti ole täysin vakuuttava. Tässä tapauksessa se, että emme katso A:n aiheuttaneen metsäpaloa, perustuu luultavasti siihen, että tulipalon sanottiin olleen jo sammumassa. Jos tulipalo taas olisi ilman B:n toimintaakin levinnyt metsään, emme epäröisi myöntää A:n teon kausaalisuutta.[73] Esimerkit osoittavat sen, miten monimutkaisista ongelmista attribuutiossa on

---

[71] *Hart – Honoré* 1985, 68–81, 325–362.

[72] *Hart – Honoré* 1985, 71–74.

[73] Vastaavan kritiikin esittänyt Hall katsoo, että vastausta on haettava kahden periaatteen suunnalta: principles of harm and causation. *Hall* 1960, 269.

aina kysymys. Jos joku pyrkii tietoisesti sytyttämään metsäpalon, hän normaalisti tahtoo kontrolloida tilannetta niin pitkälle, että voi olla onnistumisestaan varma. Jos tulipalo ei ota syttyäkseen, hän kokeilee uudestaan paremmasta kohdasta. Rikosoikeuden yleiset opit esittävät arvioimisen sääntöjä erilaisia eteen tulevia tilanteita varten ja ottavat huomioon niiden relevantteja eroja.

Toisena esimerkkinä Hart ja Honoré esittävät seuraavan: A myrkyttää B:n ruoan surmaamisaikomuksin, mutta B nauttii myrkyn tästä tietoisena ja saa surmansa. Ajatteluamme »kontrolloivien periaatteiden» mukaan emme hyväksy kausaalisuuden käsilläoloa. Tai ajatellaan, että A lyö B:n maahan, ja tämä saa surmansa puun kaaduttua odottamatta hänen päälleen. Kausaalisuutta ei katsota olevan lyönnin ja kuoleman välillä, ellei A tunne tätä mahdollisuutta, koska puun kaatuminen on täysin yllättävä ja teosta riippumaton tapahtuma.[74]

Samankaltaisuus perustapauksen kanssa saattaa siten eri syistä murtua. On olemassa kausaalista attribuutiota »kontrolloivia periaatteita». Tilanteet ja omaksutut ratkaisutkin muistuttavat selvästi sellaisia, joita varten saksalaisella kielialueella – ja Suomessakin – on kehitetty omia oikeudellisia vastuuperiaatteitaan: regressikielto ja oppi kausaaliyhteyden katkeamisesta, vaatimus tahallisuuden adekvanssista, uhrin tietoinen riskinotto, omavastuun periaate, luottamusperiaate jne. Saksalaisesta näkökulmasta voisi sanoa, että oikeustiede on jo joka tapauksessa kehittänyt sellaisia oppirakennelmia, joilla estetään seurauksien syyksilukemista yli sen, mikä intuitiivisesti tuntuu keinotekoiselta. Onko kirjoittajien hankkeessa siis kyse siitä, että osoitetaan oikeussääntöjen vastaavuutta yleisempien kielellisten ja ajattelullisten lainalaisuuksien kanssa?

Kirjoittajat kannattavat laajaa kausaalisuuden käsitettä, ja sijoittavat sen »alaisuuteen» erilaisia oikeudellisia ja moraalisia vastuuperiaatteita. Faktisen kausaalisuuskysymyksen piiriin mahdutetaan vastuukysymyksiä. Kausaalisuuden alasta suljetaan pois se, mikä on satunnaista. Satunnaisesta aiheuttamisesta ei puhuta aiheuttamisena. Toisaalta teon hetkellä käsillä olevasta olosuhteesta ei puhuta satunnaisena.[75]

---

[74] *Hart – Honoré* 1985, 77. – Edellisen esimerkin tilanne on todellisuudessa hallittavissa vain tukeutumalla laajempiin yleisten oppien tarjoamiin välineisiin. Itsensä vaarantamisen ja itsensä surmaamisen problematiikka onkin hyvin monisyinen ja myös keskeinen nykyisten rikosoikeudellisten syyksilukemisoppien kannalta. Kyse on siis olennaisesti enemmästä kuin pelkästä »kausaalisuustarkastelusta». Ks. esim. *Fletcher* 1978, 360–372.

[75] Sattumasta ks. *Hart – Honoré* 1985, 78–81.

Oikeussysteemissä voidaan luonnollisesti valita, kytketäänkö oikeudellinen vastuu aiheuttamiseen. Perinteisessä ja modernissa näkemyksessä hyväksytään kummassakin tämä. Perinteinen kanta kuitenkin oli, että kausaalisuuden piiriin kuuluu muutakin kuin sine qua non: on ratkaistava yksittäistapauksessa, oliko toiminta vahingon syynä. Perinteisen käsityksen mukaan vastuukysymyksiäkin pidettiin ei-oikeudellisina ja tosiasioita koskevina kysymyksinä, jotka ratkaistiin suoraan common sensen perusteella.[76]

Common sense -kausaalisuusopit vastaavat sitä, että muitakin yleisiä käsitteitä, esimerkiksi käsitettä »yritys», on käytettävä luonnollisen kielen mukaisesti. Common sense -ajattelu liittyy näin ajatukseen, että yleiset oikeudelliset käsitteet on tulkittava järkevästi sanamuotonsa mukaisesti, eikä siihen tarvita erityistä juridista tietämystä.[77] Kirjoittajien näkemyksen mukaan common sense -ajattelu ei aina anna vastausta oikeasta laintulkinnasta, mutta se on aina sellaisen lähtökohtana.[78] Common sense -kriteerejä on täydennettävä oikeusperiaatteilla, kun ratkaistaan sellaisia tulkintakysymyksiä, joita varten common sense -kriteerit eivät ole riittävät. Common sense -periaatteet määrittävät joka tapauksessa ratkaisun rajat ja tarjoavat viittauspisteitä argumentaatiolle niiden sisälläkin.[79]

Olennaista on myös se, että common sense -ajattelu ei ole kirjoittajien keksimää, vaan kirjallisuudessa ja oikeuskäytännössä käytetään perinteisesti tätä terminologiaa. Common sense -ajattelu on ulottanut »faktisen» kausaalisuuskysymyksen sellaisiin yhteyksiin, joissa muuten olisi jouduttu operoimaan oikeudellisella ja/tai oikeuspoliittisella argumentaatiolla. Kirjoittajien yrityksenä on ilmeisestikin osoittaa, että traditionaalisella näkemyksellä on myös teoreettista tukea, eikä ole syytä antaa heilurin heilahtaa täysin vas-

---

[76] *Hart – Honoré* 1985, 91.

[77] Englantilaisessa perinteessä on yleisemminkin lähtökohtana merkitystulkinta sanamuodon mukaisesti ja ekskluusio-säännöllä on rajoitettu lain esitöiden käyttöä laintulkinnassa. Mainitusta säännöstä ks. *van Caenegem* 1987, 17–20. Lainsäätäjän valta halutaan rajoittaa siihen, mitä on selvästi tarkoitettu, ja jättää tulkinta tuomioistuinten tehtäväksi. Lainsäätäjän tahdolle ja tarkoituksille ei näin annettaisi argumenttiarvoa, elleivät tahto ja tarkoitus ilmene lain sanamuodossa. Ekskluusio-sääntö on kuitenkin jo lievenemässä.

[78] *Norrie* 1993, 143–144, kirjoittaakin ilkeästi: »The language of causation is employed but it can never do the whole job...»

[79] *Hart – Honoré* 1985, 92–93. – *Cotterell* 1989, 96, on kiinnittänyt huomiota ongelmaan, joka syntyy silloin, kun oikeutta tarkastellaan empiristisesti. Oikeudellisen doktriinin merkitys oletetaan epäselväksi, ja sitä pyritään määrittämään empiristisesti. Hartin empirismi on kuitenkin lingvististä, kielenkäytön empiriaan nojaavaa. Ks. myös *Sevón* 1992, 133.

takkaiseen eli policy-ajattelun ja kausaalisen minimalismin suuntaan. Kirjoittajien omaa projektia jää vaivaamaan se, että he oikeastaan etsivät »järkevää ydintä» näistä perinteisimmistä hämäristä ja metafyysisiä ilmaisujakin – voimat ja niiden lepääminen, ym. – käyttävistä doktriineista.

3.2.2 Hartin ja Honorén teorian merkityksestä

Hartin ja Honorén kanta on silti kiinnostavassa oppositiosuhteessa politiikkapohjaiseen realismiin nähden. Heidän pyrkimyksiään voi suhteuttaa Naucken oikeusvaltiolliseen rikosoikeusjatteluun sanomalla, että hekin tukeutuvat voimakkaasti traditioon ja kokemukseen, ja ovat vastakkain voimakkaasti oikeuden ohjailuluonnetta korostavan policy-suuntauksen kanssa. Hartin ja Honorén ajattelumalli ei pohjaa, kuten ei Nauckenkaan, teoreettisesti perusteltuun, juridisesti hiottuun oikeussääntöjen järjestelmään tai formaaliin oikeusvaltion malliin. Paremminkin lähdetään ajatuksesta, että lainkäyttö on suhteellisen yksinkertaista toimintaa, ja että tärkeintä on, että siinä noudatetaan tiettyjä yleisiä vaatimuksia ja kuljetaan tietyn käsitteistön kautta.[80]

Tieteenfilosofi Mackie antaa sinänsä tunnustusta Hartin ja Honorén yritykselle, vaikkakin katsoo heidän erkaantuneen jo liiaksikin tieteenfilosofisesta kausaalisuustarkastelusta. Mackien mukaan inhimillinen toiminta ei jonkin tapahtuman syynä eroa luonnontapahtumasta.[81] Mackie puolustaa kausaalisuuden kontrafaktuaaliteoriaa – jonka yksi alku on jo Humen edellä lainatussa määritelmässä[82] – ja tavallaan yhdistää käytännölliset common sense -tarkastelut causal field -käsitteen kautta yleisempään tieteenfilosofiseen oppiin tarkoituksenaan puolustaa samalla tieteellistä realismia.[83]

Hartin ja Honorén projektin yleisempi merkitys saksalaisen tai pohjoismaisen lukijan kannalta on nähtävissä siinä, että he osoittavat arkiajattelun

[80] On toisaalta kuitenkin ilmeistä, että Hartin ja Honorén ajattelu liittyy selvemmin valistushenkiseen liberalismiin. *Norrie* 1993, 143, on kuvannut tätä osuvasti: »Hart and Honoré's analysis is a paradigmatic, if late expression of Enlightenment thought. Rooted in the philosophy of Hume and Mill... it rests in the first instance upon the analysis of the individual, engaging with other individuals and with nature as a self-contained monad, capable of producing effects in the world as a cause in him/herself. This is the law's approach too, but what is missing from both is any recognition of the way in which individual agency is fundamentally constructed and constituted within pre-existing social relations.»

[81] Ks. tarkemmin Mackien laajaa aihetta koskevaa jaksoa *Mackie* 1974, 117–142.

[82] Ks. tästä *Mackie* 1974, 30.

[83] *Mackie* 1974, 120 ja passim.

tukevan ja siten vahventavan joitakin oikeudellisia periaatteita. Tällaisten kysymysten oikeudellinen teoretisointi lienee ollut aikaisemmassa anglo-amerikkalaisessa traditiossa suhteellisen vähäistä, eikä sen vuoksi ole mitään outoa siinä, että sanotaan oikeudellistenkin kysymysten ratkeavan enimmäkseen arkiajattelun varassa. Kärjistäen voisi väittää, että perinteisen oikeuskäsityksen kannalta oikeusperiaatteilla ei ollut keskeistä merkitystä ennen kuin tultiin alueelle, jolla arkiajattelusta ei löytynyt vastauksia.

Hartin ja Honorén mallissa kiinnostavimmat ongelmat tiivistyvät siihen, mikä merkitys proximate cause -vaatimukselle annetaan, ja kuinka vapaaseen tuomioistuinten harkintaan tämä kysymys jätetään. Asialla on yhteytensä siihen, pidetäänkö ratkaisua tosiasiapuolta koskevana vai tavalla tai toisella normatiivisena. Kielenkäyttöön perustuva filosofinen tarkastelutapa olisi helpommin perusteltavissa, jos sitä sovellettaisiin *oikeudelliseen* eikä yleiseen kielenkäyttöön.

Loppujen lopuksi Hartin ja Honorén teorian voi tulkita epäsuorasti jopa tukevan yrityksiä kehitellä oikeudellisia ja normatiivisia seurauksen syyksilukemisoppeja, kunhan vastuuta seurauksen syntymiseen ei kytketä yksinomaan yleistävään riskinttoon, vaan selvitetään se, mikä osuus tekijän toiminnalla on ollut vahinkoseurauksen syntyyn.

3.3 Model Penal Code kausaalisuudesta ja tuottamuksesta

Model Penal Code (MPC) on American Law Instituten vuosina 1952–1962 laatima mallilaki. Mallilain tuli palvella Yhdysvaltain osavaltioissa toteutettavaa rikosoikeuden kodifiointia.[84] Instituutti on 1962 vahvistanut Model Penal Coden sisällön, ja säännökset on julkaistu nimettyjen raportöörien kommentaarien kanssa. Kommentaarit eivät ole saaneet virallista ALI:n vahvistusta. 1970-luvulla kommentaareja ryhdyttiin ajantasaistamaan säännösten jäädessä alkuperäiseen asuunsa. Yleisiä säännöksiä koskeva osuus tuosta työstä valmistui 1984.[85]

[84] Angloamerikkalaisen common law -tradition piirissä harjoitetun rikosoikeuden kodifioinnin historiasta ja samalla MPC:n historiallisesta kontekstista ks. yleisesti *Kadish* 1988 viitteineen. Suurta osaa pääasiassa epäonnistuneista kodifiointiyrityksistä leimaa benthamilainen rikosoikeuden rationalisointi-ihanne ja epäluulo common law -oikeuden luojia eli tuomioistuimia kohtaan.

[85] *ALI* 1985. – Mainittua julkaisua on käytetty tässä päälähteenä.

Model Penal Coden vaikutus USA:n osavaltioiden rikosoikeuteen on ollut huomattava. Suuressa osassa osavaltioita rikosoikeus on mallilain laatimisen jälkeen kodifioitu rikoslakiin. Model Penal Code on tarjonnut yhtenäisen perustan eri osavaltioissa toteutetuille kodifioinneille. Osavaltioiden rikoslait poikkeavat silti toisistaan yksityiskohdissaan, sillä lainsäädäntötyö on kussakin osavaltiossa suoritettu täysin itsenäisesti. Useimmissa osavaltiossa tämä on ollut ensimmäinen kerta, kun kodifiointiin on ryhdytty.

Model Penal Coden tekee rikosoikeustieteelliseltä kannalta kiinnostavaksi sen huomattavan yksityiskohtainen ja perusteellinen yleisten oppien kysymysten sääntely, mikä on uutta ottaen huomioon common law -oikeuden perinteisen luonteen oikeustapauksien varaan rakentuvana oikeutena. Säännöksissä käsitellään sellaisiakin kysymyksiä, jotka Manner-Euroopassa yleensä ovat puhtaasti lainopin ja oikeuskäytännön varassa, esimerkkinä todistustaakka- ja näyttökynnystä koskevat rikosprosessuaaliset säännöt MPC 1.12 §:ssä. MPC 1.13 §:ssä taas on esitetty määritelmät monille yleisten oppien keskeisimmistä käsitteistä. Esimerkiksi saksalaisessa perinteessä ollaan selvästi niukempia yleisiä oppeja koskevissa terminologisissa määrittelyissä, eikä lainsäännöksillä pyritä ratkaisemaan teoreettisia kysymyksiä näin pitkälle.

MPC:n lähestymistapa rikosoikeudellisen vastuun yleisiin kysymyksiin on myös huomattavan systemaattinen ja ilmentää pyrkimystä sellaisen teoreettisen vastuuopin muotoiluun, jota Hall oli jo aikaisemmin kehitellyt omista, osin toisenlaisista lähtökohdistaan.[86] MPC:n 2 luku, jossa on 13 säännöstä, koskee yleisiä vastuun periaatteita. 2.01 §:ssä säädetään tahdonvaltaisen teon vaatimuksesta, laiminlyönnistä vastuun perustana ja hallinnasta tekona. 2.02 §:ssä säädetään syyllisyysvaatimuksesta ja 2.03 §:ssä mm. kausaalisuusvaatimuksesta. Tässä selvitetään tarkemmin vain kahden viimeksimainitun säännöksen sisältöä.

On myös syytä panna merkille säännösten järjestys, sillä syyllisyysvaatimuksesta säädetään ennen kausaalisuusvaatimusta. Kausaalisuudella ei MPC:ssa ymmärretä vain luonnontieteellistä syy-yhteyttä tapahtumien välillä, vaan toiminnalla ja tietoisuudella on merkitystä laajemmin sitä arvioitaessa; kausaalisuusoppi kuuluu yhteen syyllisyysopin kanssa myöhemmin selvitettävällä tavalla.

---

[86] Wise mainitsee nykyisen akateemisen tutkimuksen siirtyneen vielä MPC:täkin pitemmälle formaalien ja abstraktien rakenteiden sekä rikosoikeuden moraalifilosofisen perustan selvittämisessä. Uusista teoreetikoista niin vanha common law kuin MPC tuntuvat mielivaltaisilta ja inkoherenteilta. *Wise* 1992, 136.

3.3.1 Model Penal Coden syyllisyysoppi

Syyllisyysvaatimusta koskevassa säännöksessä asetetaan yleinen syyllisyysvaatimus, josta kuitenkin on poikkeuksia mm. vähäisten lainrikkomusten (violations), rikoslain ulkopuolisten kriminalisointien ja ns. strict liability -vastuun osalta. Syyllisyys jaetaan MPC:n systematiikassa neljään osaan.[87] Toiminnan tulee olla joko tarkoituksellista (purposeful), tieten tapahtuvaa (knowing), piittaamatonta (reckless), tai huolimatonta (negligent). Tarkoituksellinen toiminta voidaan tässä ohittaa suhteellisen ongelmattomana.[88]

Tieten tapahtuvaa (knowing) suhteessa rikoksen »tunnusmerkistötekijöihin»[89] toiminta on, jos tekijä on tietoinen tekonsa luonteesta tai siitä, että tietyt olosuhteet vallitsevat, ja jos hän on myös tietoinen siitä, että käytännössä hänen tekonsa varmasti tulee saamaan aikaan tietyn seurauksen, mikäli tunnusmerkistöön sellainen kuuluu.

Piittaamatonta (reckless) toiminta on suhteessa tunnusmerkistötekijään, jos tekijä tietoisesti jättää huomioon ottamatta sen olennaisen ja oikeuttamattomissa olevan riskin, että tunnusmerkistötekijä on olemassa tai seuraa toiminnasta. Riskin täytyy lisäksi olla luonteeltaan ja asteeltaan sellainen, että ottaen huomioon tekijän toiminnan luonteen ja tarkoituksen sekä hänen tiedossaan olevat olosuhteet, riskin huomiotta jättäminen merkitsee karkeaa poikkeamista sellaisesta toimintamallista, jota lainkuuliainen henkilö tuossa tilanteessa noudattaisi.

Huolimatonta on henkilön toiminta suhteessa tunnusmerkistötekijään, jos hänen pitäisi olla tietoinen olennaisesta ja oikeuttamattomissa olevasta riskistä sen suhteen, että tunnusmerkistötekijä on olemassa tai seuraa toiminnasta. Riskille asetetaan huolimattomuutta määriteltäessä muuten samanlai-

---

[87] Tämä ei suinkaan olisi ollut ainoa mahdollisuus. Manner-eurooppalaisessa rikosoikeudessa hallitsevana on jako »vain» kahteen syyllisyysmuotoon, tahallisuuteen ja tuottamukseen (huolimattomuuteen), joskin näiden käsitteiden alla on vielä tehty jaotteluita. Kanadan rikoslain uudistusehdotuksessa mens rea jaetaan kolmeen osaan, tarkoituksellisuuteen, piittaamattomuuteen ja huolimattomuuteen, ja Englannin vastaavassa ehdotuksessa rikoslaiksi syyllisyyttä on kuutta lajia. *Gainer* 1988, 581, viittaa Kanadan lakikomission ehdotukseen vuodelta 1986 ja Englannin lakikomission ehdotukseen vuodelta 1985.

[88] *Robinson – Grall* (1983, 697) esittää taulukon muodossa MPC:n syyllisyysmääritelmät.

[89] »... material element of an offence...» Ks. määritelmiä MPC 1.13, (10)–(11). Määreellä »aineellinen» rajataan rikoksen osasen ala sellaiseksi, että sen piiriin tulevat vain tekoon ja seuraukseen läheisesti liittyvät kysymykset.

set lisävaatimukset kuin piittaamattomuudellekin edellä, kuitenkin sillä erolla että nyt moitteen kohteena, standardista poikkeamisena, ei olekaan riskialtis toiminta sinänsä, vaan huolimattomuus on siinä, että riskiä ei lainkaan ole havaittu. Standardi on myös eri kuin piittaamattomuudessa; huolimattomuudessa karkean poikkeamisen tulee tapahtua siitä huolellisuustandardista, jota järkevä henkilö noudattaisi tekijän tilanteessa.

Raja tieten tapahtuvan ja piittaamattoman toiminnan välillä vedetään siis sillä kriteerillä, että tieten toimittaessa tekijän tietoisuus kattaa teon luonteen tai sen olosuhteet ja lisäksi käytännöllisenä varmuutena myös seurauksen syntymisen, kun taas piittaamattomuudessa vastaava tietoisuus koskee vain tietyllä tavalla määriteltyä riskiä tunnusmerkistötekijän käsilläolosta. Riski on tässä ymmärretty käytännöllistä varmuutta alhaisemmaksi todennäköisyydeksi, josta tekijä on tietoinen.[90] Tieten tapahtuvassa toiminnassa ei toimintaa lainkaan verrata standardiin. Sen sijaan piittaamattomuudessa vertailukohtana on lainkuuliaisen henkilön oletettu toiminta vastaavassa tilanteesta. Tästä standardista edellytään karkeaa poikkeamista.

MPC:n syyllisyys-terminologia on hieman monimutkaista, mikä johtuu muun muassa siitä, että määritelmissä tukeudutaan varsin teknisesti määriteltyyn ja ymmärrettyyn termiin »rikoksen aineellinen osanen», jota olen edellä kutsunut tunnusmerkistötekijäksi. Valittu tekniikka mahdollistaa tärkeiden ulottuvuuksien huomioon ottamisen. Syyllisyys ja tietoisuus voivat näet toki olla erilaista suhteessa erilaisiin tunnusmerkistötekijöihin, kuten toimintaan, teon olosuhteisiin tai seurauksen syntymiseen, ja terminologiassa saadaan nyt tämä ero esiin. Syyllisyydelle asetetaan erilaisia vaatimuksia suhteessa eri elementteihin. Syyllisyysmuodot saadaan näin »hajoitetuksi» teoreettisia ja käytännöllisiä tarpeita vastaavasti.[91]

---

[90] MPC 2.02.(7) säätää siitä, että tietoisuus korkeasta todennäköisyydestä riittää tieten-vaatimuksen täyttymiseen. Kotimaisesta näkökulmasta kiinnittää huomiota, että MPC:ssa omaksuttu »tahallisuusoppi» muistuttaa sellaista todennäköisyystahallisuuden mallia, jota kotimaisessa oikeuskirjallisuudessa ja oikeuskäytännössä on viime vuosina melko paljon edustettu – ja toisinaan myös kritisoitu. Ks. esim. *Nuotio* 1995a, 971–976. Tietoisuus korkeasta todennäköisyydestä ei ole joustava vaatimus, kun taas piittaamattomuudessa tietoisuus olennaisesta riskistä on joustava: sitä arvioitaessa otetaan huomioon olosuhteita, vastaanpuhuvat intressit ym.

[91] Ks. tästä esim. *Gainer* 1988, 579–580, *ALI* 1985, 231–233. Huomattakoon, että hieman toisentyyppinen, lähinnä rangaistuksen mittaamista varten tuotettu erottelu tekoon ja sen erilaisiin olosuhteisiin esiintyy jo Benthamilla; *Bentham* 1982, 70–72. Moore katsoo MPC:n ilmentävän puhdasoppista benthamilais-austinilaista käsitystä, eikä hänen omakaan teon filosofiansa ole siitä kovin kaukana. Moore näkee elementtianalyysin saa-

Piittaamattomuuden ja huolimattomuuden raja määräytyy kahdella kriteerillä. Ensimmäinen niistä koskee tietoisuutta riskistä. Piittaamattomuudessa se on käsillä, kun taas huolimattomuudessa tekijältä puuttuu tietoisuus riskistä. Huolimattomuudessa edellytyksenä on ainoastaan, että tekijän olisi pitänyt olla riskistä tietoinen. Periaatteessa tietoinenkin huolimattomuus voisi olla mahdollista, ellei säännöksessä olisi nimenomaan katsottu huolimattomuuden ilmenevän siinä, että tekijältä on jäänyt riski havaitsematta.[92] Omaksuttu määrittely johtaa näin siihen, että »kontinentaalinen» tietoinen tuottamus sisältynee kokonaisuudessaan MPC:n recklessness-käsitteeseen, ja vain tiedoton tuottamus tulee kyseeseen huolimattomuuden vastineena.

Recklessness-piittamattomuudessa riskin ottamisesta omaksuttu muotoilu on hieman hankala. Säännöksessä on vältetty suoraa »päätös»-terminologiaa, eikä siis ole sanottu tekijän ottaneen tietoisen riskin tai päättäneen toimia, vaikka hän tiesi riskistä. Sen sijaan puhutaan riskin tietoisesta huomiotta jättämisestä. Tämä määrittely tulee lähelle sitä, että puhuttaisiin toimintapäätöksestä tilanteessa, jossa toimintaan liittyy tiedossa oleva riski. Huomioon ottamatta jättämisellä viitattaneen siihen, että riski on ollut sellainen, että oikea tapa sen huomioon ottamiseen olisi ollut luopua toiminnasta, tai ainakin ryhtyä toimenpiteisiin riskien vähentämiseksi ja riskinoton oikeuttamiseksi. Koska tätä ei ole tehty, riski on jätetty ottamatta huomioon asianmukaisella tavalla.

Piittaamattomuuden ja huolimattomuuden erottaa myös seuraava seikka. Piittaamattomuudessa vertailukohtana on »ulkonainen», järkevän henkilön toimintastandardi. Huolimattomuudessa karkea poikkeama siitä huolellisuudesta, jota järkevä ihminen olisi noudattanut, taas on *huomaamattomuudessa*, eli siinä että riskiä ei ole havaittu, vaikka järkevä ihminen siis olisi sen huolellisuudellaan havainnut. Sekä piittaamattomuudessa että huolimattomuudessa edellytetään karkeaa (gross) poikkeamista asetetusta standardista. Mai-

---

van oikeutuksensa tarpeesta erottaa moraalisen vastuun suhteen syyllisyys olosuhteesta ja syyllisyys seurauksen syntymisestä. *Moore* 1993, 189–192, 202 ja passim. Ks. elementtianalyysistä myös *Robinson – Grall* 1983, passim. Viime mainitut pitävät elementtianalyysiä, jossa perinteinen mens rea -oppi korvautuu eri elementeille – teko, olosuhde, seuraus – erikseen määritettävällä syyllisyysvaatimuksella, tärkeimpänä ja kestävimpänä MPC:n laatijoiden saavutuksena. Toisaalta ongelmia liittyy erityisesti siihen, että MPC:ssa ei ole määritelty sitä, mitä teolla, olosuhteella ja seurauksella tarkoitetaan. – Hieman elementtianalyysiä muistuttavaa tahallisuusoppia on kehitellyt *Frände* 1994, 118–142.

[92] Vastaavasti esimerkiksi Hallin käsitteistössä recklessness on tietoista ja negligencessä taas tietoisuus puuttuu. Hallin käsitteistössä recklessness myös ilmentää päätöstä riskin ottamisesta. Ks. *Hall* 1960, 114–115.

nittu piirre korostaa tämän terminologian eroa vahingonkorvausoikeudelliseen käsitteistöön.

Merkille pantavaa on pyrkimys huomattavaan tarkkuuteen käsitemääritelmissä sekä riskin käsitteen olennaisuus niin piittaamattomuuden kuin huolimattomuudenkin käsitteen määrittelyissä. Riskin käsitteen keskeisyys sopii yhteen sen kanssa, että myös piittaamattomuus ja huolimattomuus mielletään tässä käsitteistössä korostetun »subjektiivisesti»; erityisesti tietoisten syyllisyyden lajien osalta määritelmillä on tavoiteltu »faktista», tietoisuudessa ollutta tilaa.[93] Vaaran käsite ei esiinny näissä määritelmissä. Riskin käsite onkin kiinteämmin yhteydessä tekijän tietoon kuin vaaran käsite, eikä edellistä voida käsitellä »ulkonaisena», toiminnasta »erillisenä» asiana.[94]

MPC:n syyllisyysopillisia säännöksiä on perustellusti pidetty merkittävänä edistysaskeleena verrattuna aikaisempaan vanhanaikaiseen terminologiaan.[95] Tämä on mahdollistanut myös kausaalisuus- ja imputaatio-opin systemaattisen käsittelyn.

3.3.2 Model Penal Coden kausaalisuusoppi

On syytä aloittaa siteeraamalla kokonaisuudessaan asianomainen MPC:n säännös:

> Section 2.03. Causal Relationship Between Conduct and Result; Divergence Between Result Designed or Contemplated and Actual Result or Between Probable and Actual Result.
>
> (1) Conduct is the cause of a result when:
> (a) it is an antecedent but for which the result in question would not have occurred; and
> (b) the relationship between the conduct and result satisfies any additional causal requirements imposed by the Code or by the law defining the offence.
>
> (2) When purposely or knowingly causing a particular result is an element of an offence, the element is not established if the actual result is not within the purpose or the contemplation of the actor unless:

---

[93] *ALI* 1985, 234–235.

[94] Luonnollisesti todennäköisyyden käsitteelle on annettu monissa todennäköisyysteorioissa myös objektiivisia tulkintoja.

[95] *Gainer* 1988, 575, 576.

(a) the actual result differs from that designed or contemplated, as the case may be, only in respect that a different person or different property is injured or affected or that the injury or harm contemplated would have been more serious or more extensive than that caused; or
(b) the actual result involves the same kind of injury or harm as that designed or contemplated and is not too remote or accidental in its occurrence to have a [just] bearing on the actor's liability or on the gravity of his offence.

(3) When recklessly or negligently causing a particular result is an element of an offense, the element is not established if the actual result is not within the risk of which the actor is aware or, in the case of negligence, of which he should be aware unless:
(a) the actual result differs from the probable result only in the respect that a different person or different property is injured or affected or that the probable injury or harm would have been more serious or more extensive than that caused; or
(b) the actual result involves the same kind of injury or harm as the probable result and is not too remote or accidental to have a [just] bearing on the actor's liability or on the gravity of his offense.

(4) When causing a particular result is a material element of an offence for which absolute liability is imposed by law, the element is not established unless the actual result is a probable consequence of the actor's conduct.

2.03.(1):ssä määritellään se, milloin toiminta on seurauksen syy. Momentin rakenne on yksinkertainen: kausaalisuhde edellyttää but-for -suhdetta, eli välttämättömän ehdon vaatimuksen täyttymistä sekä sitä että teon ja seurauksen suhde täyttää muut mahdolliset lakitekstin tai (tavanomaisen) oikeuden asettamat vaatimukset.

2.03.(2) koskee tarkoituksellisuuden ja tieten tapahtumisen suhdetta syntyneeseen seuraukseen, eli eurooppalaisittain ns. tahallisuusadekvanssina tunnettuja tilanteita. Seurauksen syyksilukemisen pääsääntö on, että syyllisyyden lajia vastaavan suhteen tulee kattaa myös syntynyt seuraus. Ensimmäisessä osamomentissa mainituissa tilanteissa tekijän vastuuta laajennetaan tiettyjä ns. kohde-erehdystä koskevia oikeusperiaatteita vastaavasti. Kyse on siis tietoisten syyllisyysmuotojen suhteesta tietynlaisiin erehdystilanteisiin tai sellaisiin, joissa tietoisuus ja syntynyt seuraus eivät täysin vastaa toisiaan.[96] Jälkimmäisessä osamomentissa vastuun piiriin säädetään sellaiset tapaukset, joissa syntynyt seuraus on vastaavanlainen kuin mitä tekijä oli suunnitellut

[96] Ks. kotimaisesta oikeudesta esim. *Nuutila* 1997, 239–240.

tai mieltänyt. Se ei kuitenkaan saa olla liian etäinen tai satunnainen siinä mielessä, että seuraukselle voidaan oikeudenmukaisesti antaa painoa tekijän vastuun kannalta tai rikoksen vakavuutta arvioitaessa. Jälkimmäisessa osamomentissa ratkaisevaksi tulee *oikeudenmukaisuusarvioksi* ymmärretty toiminnan ja seurauksen välisen »etäisyyden» arviointi.

2.03.(3) on vastaavantyyppinen kuin edellinen, mutta piittaamattomuutta ja huolimattomuutta koskeva. Tässä asetetaan seurauksen syyksilukemisen pääsäännöksi se, että seurauksen tulee piittaamattomuuden osalta olla tekijän tietoisen riskin alaan kuuluva (within the risk), ja huolimattomuuden osalta kuulua vastaavasti sen riskin alaan, josta tekijän olisi tullut olla tietoinen. Ensimmäisessä osamomentissa laajennetaan tekijän vastuuta edellä »tahallisia» rikoksia koskeneita tilanteita vastaavasti tietyissä tilanteissa, jos riskin alaan kuuluvan ja sen ulkopuolella jäävän, mutta toteutuneen seurauksen ero ei ole relevantti. Toisessa osamomentissa taas säädetään vastuun piiriin sellaiset tapaukset, joissa syntynyt seuraus on vastaavanlainen kuin luultava toiminnan seuraus olisi ollut, kunhan se vain ei ole liian etäinen tai satunnainen siinä mielessä, että seuraukselle voidaan oikeudenmukaisesti antaa painoa tekijän vastuun kannalta tai rikoksen vakavuutta arvioitaessa.

2.04.(4) taas säätää siitä, että strict liability -tilanteissakin seurauksen tulee olla teon oletettava (probable) seuraus.[97] Tuon vaatimuksen tarkka sisältö on vaikeasti määritettävissä, eikä kommentaarissakaan ole selitetty tätä terminvalintaa.

Säännöstekstiä seuraavassa selitystekstistä käy ilmi, että säännöksen (2) ja (3) momenttien ajatuksena on hämärän proximate cause -opin korvaaminen uudella. Sen perusajatus on ilmaista vastaavat vaatimukset sellaisella sanonnoilla, jotka kohdistavat huomion syyllisyysmuotojen ja toiminnasta syntyneen seurauksen yhteyteen.[98] Vastuun perusteena on but-for -kausaalisuus, mutta kyseiset momentit rajoittavat siitä vielä tekijän vastuuta mainitulle yhteydelle asetettavien vaatimusten mukaisesti. Piittaamattomuuden ja huolimattomuuden osalta vastuu »is predicated on but-for causation, subject to

[97] Termi probable on erittäin hankalasti tulkittavissa. Jo yleiskielessä sillä on kaksi merkitystä. Yhtäältä se on »todennäköinen», toisaalta »otaksuttava, luultava». Todennäköisyyden käsitteelle on esitetty lukuisia teknisiä määritelmiä, ja käsitteellä on myös väljempi yleiskielinen merkitys. Todennäköisyyden käsitteen monista merkityksistä ks. *Niiniluoto* 1983, 50–71. Egglestonin mukaan sana probability on sanan probable johdannainen, ja probable on alunperin merkinnyt todistettavissa, testattavissa olevaa; *Eggleston* 1983, 8.

[98] *ALI* 1985, 254–255.

limitations based on the relationship between the risks created by the actor's conduct that support a finding of recklessness or negligence and the consequence that in fact ensued.»[99] Kysymys kuuluu siis: ovatko tekijän toiminnasta syntyneet riskit sellaisia, jotka perustelevat toiminnan pitämistä piittaamattomana tai huolimattomana. Tällä tarkastelulla on korvattu vanhassa proximate cause -opissa olennainen seurauksen synnyn järkevän ennakoitavuuden vaatimus.[100] Uudessa riskitarkastelussa ei puhuta lainkaan ennakoitavuudesta.

MPC:ssa pyritään irti varhemman case law'n hajanaisuudesta siirtymällä laissa säänneltyyn oppirakennelmaan. Sellaiset vaikeat tilanteet, joissa seuraus poikkeaa siitä, mitä tekijä on olettanut, nähdään syyllisyyttä koskevina. MPC:ssa omaksuttu oppi on »puhdasta kausaalisuusoppia» vain siinä suhteessa, että sine qua non -vaatimus asetetaan; muilta osin on asiallisesti ottaen kyse siitä, kuuluuko syntynyt seuraus sellaisiin, jotka tekijän syyllisyys vielä kattaa. Pääpaino MPC:n »kausaalisuusopissa» on imputaatiokysymysten ratkaisulla. Siltana kausaalisuus- ja syyllisyysopin välillä toimii riskin käsite, seurauksen kuuluminen riskin alaan. Imputaatiokysymyksen ollessa avoinna argumentaatio siirtyy koskemaan sitä, perusteleeko aikaansaatu riski toiminnan pitämisen (esimerkiksi) tuottamuksellisena.

MPC:ssä omaksuttu faktuaalisen kausaalisuuden määrittely on ollut alun alkaen kyseenalainen, ja sen ongelmat liittyvät syyn luonnehtimiseen välttämättömäksi syyksi. Erityisesti siinä – tosin äärimmäisen harvinaisessa – tilanteessa, että kaksi tekijää toisistaan riippumatta aivan samanaikaisesti ampuu yksinkin tappavan laukauksen uhrin kehoon, joudutaan keinotekoiseen konstruktioon, mikäli ajatus syystä välttämättömänä ehtona tahdotaan pelastaa. Tekijöitä pitää voida rangaista, tästä vallinnee yksimielisyys. MPC:n kommentaarissa kummankin tekijän rangaistavuutta perustellaan kestämättömällä ajatuksella siitä, että kuolema yhdestä luodista on eri kuin kuolema kahdesta luodista.[101] Tällaisen kausaalisuusvaatimuksen heikkoudet ovat sinänsä tunnettuja, eivätkä ehkä kuitenkaan ylipääsemättömiä. Kun kausaalisuus saadaan määritetyksi, imputaatio-oppi rajaa tekijän vastuuta vielä itsenäisesti sen lisäksi.[102]

---

[99] *ALI* 1985, 255.

[100] Kommentaarissa katsotaan, että järkevän ennakoitavuuden vaatimuksen tulkinnassa on ollut ongelmia. MPC:ssä omaksutun opin avulla uskotaan päästävän selvempään ja tiukempaan vastuunrajoitukseen.

[101] *ALI*, 258–260.

[102] Näin *Gainer* 1988, 585: »The concept of causation can be accepted more com-

3.3.3 Arviointia

MPC:n normatiivinen imputaatio-oppi on yleinen, eikä siinä ole eritelty erilaisia tapauskonstellaatioita. Tässä suhteessa MPC:n linja eroaa saksalaisten objektiivisten syyksilukemisoppien kehittelyistä. Viime mainituissa on ollut useimmiten lähtökohtana ongelmatilanteiden ryhmittely ja niiden käsittely erikseen.[103] MPC:ssä lähtökohta on yhtenäisempi, ja sitä voisi sanoa tekokeskeiseksi. Kaikissa tilanteissa lähdetään toiminnasta tietoisena riskinottona, joskaan tämä ajatus ei vielä kata syyksilukemiskysymyksen ratkaisua.

Syyksilukemiskysymystä ei ole haluttu hajottaa kontekstuaaliseksi, koska konteksteja, joissa ongelmatilanteita voi esiintyä, on lukematon määrä, eikä niitä sen vuoksi voida luetella etukäteen siten, että päästäisiin näillä alueilla mekaaniseen sääntöjen soveltamiseen. Perustelu on hieman ongelmallinen, eihän vaihtoehtoina ole yhtäältä kontekstuaalisuuden kieltäminen ja ratkaisu yleisen periaatteen pohjalta tai kontektuaalisuus ja mekaaniset soveltamissäännöt. Luultavampaa on, että kontektuaalisessakin tarkastelussa jouduttaisiin ratkaisussa turvautumaan periaatteisiin. Nämä periaatteet, etenkin jos ne poikkeavat toisistaan erilaisissa tapauskonstellaatioissa, voitaisiin ehkä esittää eritellymmin. Kommentaarissa esitetty perustelu kääntyykin MPC:n imputaatio-opin mahdolliseksi kritiikiksi: miksi olisi niin, että imputaatiokysymys ratkeaisi aina yhden periaatteen pohjalta?

MPC:n säännösmuotoilusta käy ilmi, että imputaatio-opissa ei ole varsinaisesti pystytty muotoilemaan »yleistä periaatetta», jonka pohjalta ratkaisu olisi mahdollinen, koska edellä mainittu yleisen oikeudenmukaisuuden vaatimus on sellaiseksi epämääräinen ja artikuloimaton. MPC:n säännökset ilmentävät kantaa, että on parempi pysyä yleisellä tasolla, säännellä harkinnan luonnetta ja rakennetta, ja asettaa ratkaistava kysymys jurylle yleisen periaatteen muodossa. Yleisen periaatteen arvellaan parhaiten artikuloivan arvioinnin viimekätisen perusteen.[104]

Syyksilukemisperiaatteena ei tahdota käyttää suoraan teon käsitteeseen liittyviä seikkoja, kuten Hartin ja Honorén ehdotuksessa, vaan seurauksen syyksilukemisen kysymys jätetään tietoisesti suhteellisen avoimeksi. Jury saa ratkaista sen, onko seuraus siten syntynyt, että seuraukselle voidaan antaa

---

fortably as an abstract proposition, since, as a result of the requirement of »gross» deviations in the definitions of recklessness and negligence, its application cannot reach degrees of attenuation that previously had been feared.»

[103] Esimerkkinä Frischin »fenomenologinen» jako kolmeen syyksilukemisasetelmaan; *Frisch* 1988, 86–89.

[104] *ALI* 1985, 262.

oikeudenmukaisesti merkitystä tekijän vastuuta tai rikoksen vakavuutta arvioitaessa.[105] Syyksilukemiskysymys asettuu periaatteessa samalla tavalla eri syyllisyysmuotojen osalta, joten syyksilukemisstruktuuri on tässäkin mielessä yhtenäinen.[106]

On syytä kiinnittää huomiota siihen, että MPC:n imputaatio-oppi[107] tulee varsin lähelle Nils Jareborgin kehittelemää oppia teon huolimattomuudesta. Jareborg ei tosin puhu riskin alaan kuulumisesta. Silti riski-imputaation toinen puoli, kysymys seuraukseen johtaneen tapahtumienkulun eräänlaisesta perustelusuhteesta teon huolimattomuuden toteamiseen, ja rikosteon hahmottaminen kielletyn riskinoton pohjalta, tuovat Jareborgin gärningsculpa-opin suhteellisen lähelle MPC:ssa omaksuttua.[108] Jareborg on kehitellyt sitä vailla lainsäädännön auktoriteettia puhtaasti lainopillisena ja rikosoikeusteoreettisena konstruktiota. Voisi myös ajatella, että Jareborgin ja MPC:n imputaatio-opin yksi keskeinen ongelma on myös yhteinen: riskin käsite jää epämääräiseksi, koska riskinotosta tai riskin luomisesta puhutaan silloinkin, kun tekijä itse ei tietoisesti ole mitään riskiä ottanut. Tässä tilanteessa joudutaan antamaan riskin käsitteelle sellainen merkitys, jossa riskinoton »päätösteoreettinen» ulottuvuus on enää hyvin heikosti esillä; toimintaa käsitellään nyt sillä tavoin ulkoisesta näkökulmasta, että riskit asiallisesti ottaen kääntyvät vaaroiksi.

---

[105] MPC:n kommentaarissa (*ALI* 1985, 262–263) myös vastataan Hartin ja Honorén kritiikkiin. *Kelman* 1981, 642 av. 126, on kiinnittänyt huomiota kausaalisuhteen kvalifikaatioiden kautta muodostuvaan kehään. »... a defendant must cause a harm to be justly punished, and a defendant causes a harm when it is not so accidental as to make it unjust to punish him.»

[106] *ALI* 1985, 262–263.

[107] Kutsun sitä mieluummin imputaatio-opiksi kuin kausaalisuusopiksi, koska ratkaisu mielletään siinä normatiiviseksi, joskin riskin käsitteen tietynlainen prima facie -neutraalisuus ja -empiirisyys hieman monimutkaistaa asiaa. Kommentaarissa ei tarkemmin täsmennetä riskin käsitteen merkitystä eikä myöskään »riskin alaan kuulumista» koskevan ratkaisun luonnetta. Ainakin ratkaisu sen suhteen, kuuluiko seuraus tietyn riskin alaan, mielletään ilmeisesti joka tapauksessa luonteeltaan normatiiviseksi. Ks. kommentaariosuutta, *ALI* 1985, 257–260.

[108] Jareborg ei itse viittaa esikuviin teon huolimattomuus -konstruktionsa suhteen. Voisi kuitenkin arvella, että MPC:lla ja sen ympärillä käydyllä keskustelulla on ollut vaikutusta Jareborgin tuottamusopin kehittelyihin, varsinkin kun hänen vaikutteensa muutenkin ovat selvemmin tältä kielialueelta. MPC:n laatimisella saattaisi olla yhteyttä myös siihen, että Roxin luonnosteli samoihin aikoihin riskinkorotusopin normatiiviseksi imputaatio-opiksi. Ajallinen yhteys on hyvinkin läheinen, ja Alternativentwurf -hankkeeseen osallistuneena Roxin on varmasti tässä vaiheessa seurannut MPC:n ympärillä käytyä keskustelua. Myöskään Roxinin kohdalla eksplisiittiä viittauksia ei ole osoitettavissa.

Edellä Hallin teorian yhteydessä käsitelty selventää sitä, miksi näin käy. Erityisesti tiedoton tuottamus rikkoo sellaisen systematiikan, jonka perustana on päätös tehdä jokin teko silläkin uhalla, että siihen liittyy riski joidenkin tarkoittamattomien »sivuseurausten» tai »sivuvaikutusten» syntymisestä. Riskin käsitteessä on epäluontevaa tyydyttävästi käsitteellistää seurauksen syyksilukemisen mallia silloin, kun tekijä ei ole »riskinotosta» tietoinen. Kaikki vaaran aiheuttaminen ei ole riskinottoa. Jos joidenkin ei-tietoisten vaaran aiheuttamisten sääntelyssä tarvitaan rikosvastuuta, on sellainen vastuumalli rakennettava erikseen.[109] Voisikin sanoa, että se käytännöllinen tarkastelutapa, jonka niin MPC:n laatijat kuin Jareborgkin ovat omaksuneet, johtaa teoreettisiin ongelmiin aivan samassa ongelmaryhmässä, jonka Hall jo paikansi, ja jossa Hallin ratkaisu oli rikosoikeudellisen vastuun rajoittaminen tietoiseen riskinottoon. Luonnollisestikaan tämä ei tarkoita sitä, etteikö MPC:ssa omaksuttu teoreettinen imputaatiomalli olisi selvä edistysaskel aikaisempaan verrattuna; kuitenkin voisi sanoa, että uuden ajattelun ylivoimaisuus suhteessa perinteiseen on suhteellisempaa kuin MPC:n laatijat itse ovat katsoneet.

Yksi ero Jareborgin teon huolimattomuusopin ja MPC:n tuottamusopin välillä on siinä, että MPC:ssä edellytetään karkeaa poikkeamista toimintastandardista niin piittaamattomuuden kuin huolimattomuudenkin yhteydessä. Tämä johtaa siihen, että arvattavastikaan ei ole mahdollista samastaa tuomioistuinten ratkaisulinjoja ja yleisiä toimintastandardeja Jareborgin tapaan. Hänen konseptiossaan nimittäin viime kädessä tuomioistuinten ratkaisukäytännöt luovat sellaiset toimintastandardit, joissa huolellisen ja huolimattoman toiminnan rajat piirretään.[110] Critical legal studiesin näkökulmasta voisi sanoa, että koska juristien luoma tuomioistuinkäytäntö ja normatiivinen standardi samaistetaan, käytäntö menettää kykynsä legitimoida näitä standardeja, ja toisaalta näistä molemmista jotakin lausuva rikosoikeustiede on vaarassa menettää kriittisen etäisyyden kohteeseensa.[111]

---

[109] Jareborgille ongelma on siinä, että teon huolimattomuudessa katsotaan teon sisältävän kiellettyä riskinottoa suhteessa tietyn seurauksen syntymahdollisuuteen niin, että teko jossakin mielessä irrotetaan tekijästään. Tällaisen ulkoisen huolimattomuuden luonne jää täsmentämättä. Todellisuudessa kyse on eräänlaisesta ensi asteen syyksilukemisesta, jossa toimijaa tarkastellaan abstraktiona, eikä vielä todellisena henkilönä. »Någon i gärningsmannens position skalla ha anledning att ta risken för en OF [okontrollerad följd, KN] i beräkning,...» *Jareborg* 1994, 44.

[110] *Jareborg* 1994, 44, 51.

[111] Ks. tästä ajatuksesta ja sisäisen näkökulman omaksumisesta oikeustieteellisessä tutkimuksessa yleisemminkin *Hunt* 1987, 10–13.

MPC:n syyksilukemisdoktriinin heikkoudet ovat samantapaiset. Doktriini jää sangen epätäsmälliseksi, ja siitä syystä voi jopa kysyä, onko kyse edes lainkaan mistään doktriinista, ts. olisiko ratkaisu erilainen, jos tällaista säännöstä ei laissa olisi. Silloinkin tuomioistuin harkitsisi asian tapauskohtaisesti siten kuin se katsoo oikein olevan. Jareborgin kannalta tällainen »normatiivisuuden haihtuminen» voi olla ongelmallista, koska teon huolimattomuuden käsite on tässä systematiikassa keskeinen kantava elementti. Selvää doktriinia ei ehkä ole lainkaan luotu, eikä edes voitaisi luoda. Jareborgin teoriassa on saatettu laiminlyödä sellaisten elementtien tarkastelu, jotka olisivat johtaneet teoriaan. Nyt joudutaan tyytymään siihen, että kuvataan formaalisti tuomarin harkinnan rakennetta. Lainopillinen tutkimus käy itse mahdottomaksi ja tarpeettomaksikin, koska oikeus on vain praksista.

Toisaalta huolellista toimintaa koskevat standardit ovat Jareborgille aina palautettavissa kiellettyä riskinottoa koskevaksi perusteluksi. Kyse on siitä, oliko tekijällä ollut hyvät syyt jättää tekonsa tekemättä, minkä vuoksi syystä sitä häneltä myös edellytettiin. Jos toimintastandardeista vaaditaan karkeaa poikkeamista, kuten MPC:ssä, ei vapauttavasta päätöksestä ole pääteltävissä, että käyttäytymismalli sinänsä on tarkoitettu hyväksyä. Jareborgin opista tarkemmin jäljempänä.

MPC:n imputaatiosystematiikkaa voi puolustaa sillä, että jos tiedoton tuottamus kuuluu rikosvastuun alaan, tällainen imputaatiorakenne voi olla parasta, mitä on mahdollista ylipäätään saada aikaan. Tiedottomassakin tuottamuksessa vaatimus karkeasta poikkeamisesta toimintastandardista – itse asiassa havaitsemisstandardista – antaa pohjaa syyksilukemisratkaisulle, jossa seuraukseen johtaneen tapahtumainkulun perustelusuhde tuottamuksen käsilläoloon tulee ratkaisevaksi kysymykseksi. Koska tekijän tietoisuus ei välittömästi voi kattaa tulevia tapahtumia, riskin käsite välittää tässä suhteessa tekijän tietoisuuden ja tulevaisuutta koskevien odotusten suhdetta.

MPC:n imputaatio-opin selvimmiksi ongelmiksi jäävät näin ollen faktisen kausaalisuuden heikko analyysi ja yhden lähes artikuloimattoman ratkaisuperiaatteen hallinta vastuukonseptiossa; jälkimmäisessä suhteessa esimerkiksi uhrin myötävaikutus, tietoinen itsensä vaarantaminen ja vastaavat tilanteet jäävät vaille omia periaatteitaan, ja ratkaisu tällaisissakin tilanteissa jää yleisen argumentaatiomallin varaan. Tässä suhteessa saksalainen perinne on päässyt pitemmälle – ja meillä Nuutila (1996). Ei siis voi sanoa, etteikö MPC:n systematiikkakin sinänsä mahdollistaisi järkeviä ratkaisuja, mutta vaikka siinä tukeudutaan rikosoikeuden »periaatetasoon», periaatteiden sisältö jää kehittelemättä.

MPC:n kausaalisuus- ja imputaatio-opin ongelmallisuudesta kertoo sekin, että tässä muodossa olevia säännöksiä ei ole otettu kaikkien osavaltioiden rikoslakeihin. Erityisesti lainuudistusten yhteydessä tällaisia säännöksiä on jopa tietoisesti poistettu laeista. Joissakin tapauksissa on perusteluna ollut se, ettei tällainen säännös edesauta olennaisesti tuomioistuimia ratkaisemaan kausaalisuuskysymyksiä sellaisina kuin ne common law -oikeudessa esiintyvät. MPC:n kommentaarissa kuitenkin puolustetaan sääntelyä sillä perusteella, että vaikka tällainen sääntely ei tarjoakaan suoraan ratkaisuja vaikeissa tapauksissa, se kuitenkin vapauttaa vanhoista ja hämäristä doktriineista sekä toisaalta antaa periaatteellisen ratkaisukehikon. Siksi säätäminen olisi parempi kuin se, että kysymys jätettäisiin kokonaan sääntelemättä.[112]

MPC:n vastuuperiaatteissa joudutaan ongelmallisella tavalla yleisen tason tarkasteluun, jossa annetaan yksi yhtenäinen syyksilukemisstruktuuri. Riskiterminologia hallitsee, ja erityisesti tiedottoman tuottamuksen yhteydessä riskin käsitteelle joudutaan antamaan epäluonteva sisältö. MPC:n sääntelymallin hyvänä puolena on, että se on avoin normatiivinen argumentaatiomalli. MPC:n systematiikassa syyksilukeminen on oikeudenmukaisuuskysymys, eikä syyksilukeminen kosketa kriminaalipolitiikkaa tai preventioteorioita. Tästä syystä MPC:n syyksilukemisperiaate tai -periaatteet ovat ensi sijassa oikeudenmukaisuusperiaatteita.

Jareborgin teon huolimattomuusopissa on vastaava tilanne: kriminaalipolitiikkaan ei suoraan viitata. Kysymys on siitä, onko oikeudenmukaista antaa seuraukselle merkitystä tekijän vastuuta arvioitaessa. Riskikäsitteistö ja oikeudenmukaisuuskäsitteistö eivät siten ole välttämättä vastakkaiset tai edes erisuuntaiset, sillä riskin käsite on avainasemassa sen vuoksi, että tietoisuus ei voi suoraan koskea tulevia tapahtumia.[113] Vastuun perusteena on faktinen aiheuttaminen. Toisen asteen tarkastelussa siirrytään yleisemmälle

[112] *ALI* 1985, 265–266. Kommentaaritekstissä esitetään tietoja lainsäädäntötyön tilanteesta eri osavaltioissa, ja erityisesti siitä, missä niistä on poikettu MPC:n säännöksistä samoin kuin missä suhteessa poikkeaminen on tapahtunut.

[113] Tämä on esimerkiksi Frischin kanta (*Frisch* 1983). Perinteisen fenomenologian mukaan ei ilmeisesti olisi mitään estettä sanoa, että intentionaalisuus »suuntautumisena» koskee nimenomaan tulevaisuutta; samoin voisi sanoa yleisemminkin teonfilosofisesta tarkastelutavasta. Ihmisen toimintaa voidaan pitää erityisesti finaalisena, päämäärään suuntautumisena, jolloin olisi väärin sanoa, että pelkkä passiivinen »tietäminen» olisi intentionaalisen toiminnan ajatusta vastaava. Tahallisuuden tietoelementtien korostaminen intentionaalisuuden ja tahtoelementtien kustannuksella irrottaa tiedon toiminnasta, tekee ihmisestä »vastuullisen» periaatteessa pelkän passiivisen sivusta seuraamisen perusteella. Myös toiminnan ja intressin suhde tulee hankalammaksi.

riskien tasolle. Oikeudenmukaisuusperiaatteilla ratkaistaan viime kädessä se, tuleeko tekijän joutua riskinotostaan vastuuseen, ja kuuluuko seuraus vielä tekijän synnyttämän riskin alaan.

Hartin ja Honorén edellä mainittu huoli riskiajattelun vaaroista näyttää liioitellulta: on mahdollista, että koko syyksilukemisproblematiikka on mahdotonta muotoilla ilman riski-käsitteistöä, ja että toisaalta oikeudenmukaisuusperiaatteet aivan hyvin voivat määrittää vastuun rajoja myös silloin, kun pohjana on riskikäsitteistö. Tämä on tärkeä huomio ajateltaessa esimerkiksi edellä jo mainittuja frankfurtilaisia funktionalistisen rikosoikeusopin kritiikkejä.

3.4 Model Penal Coden jälkeen: Fletcherin polysentrinen rikosoppi

Tässä jaksossa ei enää liikuta suppeasti ymmärretyssä kausaalisuusteemassa, vaan palataan osaksi siihen, millä tavoin erilaiset rikosteon merkitykset liittyvät mahdollisuuksiin systematisoida rikosoikeutta. Kyse on kuitenkin olennaisesti kausaaliseen syyksilukemisen ongelmista lähtevästä aihepiiristä, mistä syystä teemaan päästään vasta nyt.

Angloamerikkalaisessa oikeustieteessä olivat utilitaristiset suuntaukset olleet pitkään hallitsevassa asemassa, minkä yhtenä ilmentymänä oli vuodelta 1962 oleva Model Penal Code. 1960-luvulta alkaen filosofinen rikosoikeuden tarkastelutapa jälleen voimistui, ennen muuta Hartin vaikutuksesta.[114] Moraalifilosofiassa ja poliittisessa teoriassa esitettiin eri suunnilta kritiikkiä utilitaristisia ajatuksia kohtaan ja vaihtoehtoja niille. Fletcher mainitsee tärkeinä kriitikkoina Rawlsin, Nozickin, Dworkinin ja Ungerin. Ilmapiiri oli muuttumassa otollisemmaksi rikosoikeuden periaatteellisten ulottuvuuksien työstämiselle.[115]

---

[114] Hartin meriitiksi Fletcher laskee sen, että tämä *rajoitti* rikosoikeuden hyötyperustelun koskemaan vain perustelua systeemitasolla. Totta onkin, että Hartille preventio on rikosoikeuden systeemitasolla rankaisemisen *general justifying aim*, kun taas yksittäisen rangaistuksen »distribuution» problematiikka ymmärretään retributiiviseksi kysymykseksi oikeudenmukaisesta rangaistuksesta. Hart selvästikin katsoo, että oikeudenmukaisuusperiaatteet ovat keskeisesti esillä päätettäessä siitä, mikä voi olla rangaistavaa, ja yleensäkin tuomittaessa rangaistuksia. Ks. *Hart* 1992, 9–13.

Lappi-Seppälän teoriassa justifikaatio perustetaan järjestelmän tasolla pragmaattis-rationaalisiin syihin. Konkreettisen rangaistuksen tuomitsemisen arvorationaaliset ehdot taas ovat, että syyllisyysperiaatetta ja toisintoimimismahdollisuutta on kunnioitettava. *Lappi-Seppälä* 1987, 130–144 ja passim.

[115] *Fletcher* 1978, xx–xxi.

Fletcher tarkastelee rikosoikeutta moraali- ja poliittisen filosofian kontekstissa.[116] Rikosoikeus ei ole hänen mukaansa vain sosiaaliteknologinen ohjausväline, vaan rikosoikeudessa keskeinen kysymys koskee valtiollisen vallankäytön rajoja ja oikeutusta. Esimerkkinä mainittakoon negligence-vastuu. Fletcher pyrkii osoittamaan ne rajat, joissa kansalaisen toimintaan on oikeutettua kohdistaa moite siitä, että hän ei ole käyttänyt kykyjään siten kuin lainsäädäntö olisi edellyttänyt, vaikka tähän olisi ollut reilu tilaisuus. Fletcher tulkitsee mens rea -vaatimuksen normatiivisesti. Hän päätyy jakamaan negligencen yhtäältä objektiivisesti määrittyvää oikeuttamattoman riskinoton rajaa koskevaksi, kun taas syyllisyyden kannalta kyse on siitä, oliko juuri tälle tekijälle anteeksiannettavaa se, että hän ei parempaan pystynyt.[117]

Fletcherin mukaan tällaisten kysymysten esittäminen sitoo rikosoikeuden ajatukseen yksilön ansaitsemasta rangaistuksesta. Rankaisemiselle asetetaan oikeudenmukaisuuden vaatimus, joten sitä ei voi käsitellä täysin yksinomaan rankaisemisesta koituvien hyötyjen kannalta.[118] Mikäli rikosoikeudessa korostetaan sen utilitaristisia funktioita sosiaalisen kontrollin kannalta, joudutaan sen perusperiaatteita samalla muotoilemaan uudestaan.[119] Fletcherin työssä etsitään näitä periaatteellisia rajoja. Rikosoikeuden periaatteet eivät siis olisi pelkästään utilitaristisesti tulkittavissa.[120]

Fletcher ei usko, että rikosoikeuden teoria voitaisiin enää Hallin tapaan kuvata koherenttina systeeminä. Fletcherille on olennaista havainto, että rikosta tekona voidaan tarkastella ainakin kolmesta näkökulmasta. Nämä näkökulmat ovat jossakin mielessä toisensa poissulkevat. Fletcherin kolme rikosmallia ovat »manifestin rikollisuuden malli», »subjektiivisen rikollisuuden malli» ja »vahinkoseurausten malli».[121]

---

[116] Vastaavantyyppinen kysymyksenasettelu on sittemmin myös Laceylla (*Lacey* 1988, xi–xii ja passim), joka kuitenkin etenee varsinaisessa poliittisessa filosofiassaan toiseen suuntaan tukeutuessaan kommunitaristiseen perinteeseen.

[117] *Fletcher* 1971, passim. Fletcherin tuottamusoppi tulee varsin lähelle Hartin jo aikaisemmin muotoilemaa. *Hart* 1992, 136–157.

[118] Fletcherin kannalta on tärkeää erottaa lainsäädäntö ja lainkäyttö toisistaan. Jos lainkäyttäjä joutuu tekemään lainsäätäjälle kuuluvia töitä, syntyy oikeusteorian kannalta hankala antinomia, kun yleisen säännön antaminen ja yksittäistapauksen arviointi sekaantuvat toisiinsa. *Fletcher* 1985, 1291.

[119] Ks. tästä myös esim. *Nuotio* 1996a, 53.

[120] *Fletcher* 1978, xix–xx. – Jokseenkin täsmälleen vastakkaista käsitystä edustaa rikosoikeutta taloudellisen tehokkuuden näkökulmasta tarkasteleva Posner; *Posner* 1985, 1193–1231.

[121] Fletcher abstrahoi rikosmalleja erityisen osan rikostyyppien pohjalta, eikä hän kerro mallien teoreettisista esikuvista.

Manifestin rikollisuuden vastuumallissa keskeiseksi nähdään vaarallisen teon käsite. Tekoa tarkastellaan pääasiassa siltä kannalta, mikä tarkoitus loukata suojattuja intressejä on manifestoitunut ulkoisessa teossa. Rikoksen aikaansaama vahinko on tuon manifestoidun teon vaikutusta yhteisön järjestykseen ja turvallisuuteen.

Subjektiivisen rikollisuuden vastuumallissa taas tekijän intentiot ovat rikoksenteossa olennaisinta. Tuossa intentiossa tiivistyy rikollisen potentiaalinen vahingollisuus. Teko vain todistaa tuosta intentiosta. Teon vaarallisuus perustuu tekijänsä vahingoittamistarkoitukseen, esimerkkinä kelvoton yritys.

Vahingollisten seurausten vastuumallissa taas lähdetään liikkeelle inhimillisestä toiminnasta erotetusta vahinkoseurauksesta. Keskeisintä on vahinko – »harm». Tässä mallissa vastuu perustetaan »on the objective attribution of this harm to a responsible person and the determination of culpability in bringing it about or failing to prevent it. Negligence and recklessness supplement intention as a basis for gauging culpability.» Fletcher korostaa, että vahinkoseurausta edellyttävissä rikoksissa vastuu perustetaan viime kädessä riskinottoon. Tässä vastuumallissa syyksiluettavuusvaatimukseksi voi riittää huolimattomuus tai piittaamattomuus.[122]

Millekään näistä malleista ei voida vaatia yksinomaista pätevyyttä, mutta niitä ei toisaalta voida myöskään tulkita yhden yhteisen mallin avulla tai palauttaa toisiinsa. Eri mallit eivät ole osia yhdestä kokonaisuudesta. Tästä Fletcher saa aiheen puhua rikosoikeuden väistämättä polysentrisestä luonteesta. Tämän vuoksi hän ei esitä, kuten vielä Hall oli tehnyt, omaa teoriaa rikosoikeudesta, vaikkakin katsoo tekevänsä siihen suuntaan kulkevaa pohjatyötä.[123]

Rikosoikeus on polysentrinen »body of ideas». Ei ole yhtä ajatustapaa, joka kattaisi kaikki rikokset.[124] Sen lisäksi että kuvaavat rikosoikeutta, mallit sisältävät normatiivisia implikaatioita. Mallit nimittäin kukin »state a plausible and coherent theory for prohibiting and punishing conduct as criminal. The patterns are a guide to diverse modes of reasoning about existing offenses, and they generate plausible arguments for creating new offenses...» Mallit soveltuvat niin nykyisten rikosten analyysiin kuin kriminaalipoliittiseen argumentaatioonkin.[125]

---

[122] *Fletcher* 1978, 388–389.

[123] Ks. esim. *Fletcher* 1978, xxii, 387–389.

[124] *Fletcher* 1978, 389.

[125] Ks. myös miten Ashworth kuvaa yksityisautonomian suojan ja hyvinvoinnin takaamisen periaatteet kriminalisointien taustaperiaatteina. *Ashworth* 1995, 22–35.

Kukin malli antaa rikoksen rankaisemiselle erilaisen justifikaatioperusteen. Fletcherin mukaan nämä »rikosideat» ovat siinä määrin vahvoja, että ne osoittavat myös suuntaa sille, miten oikeusjärjestys voi, tai miten sen tulisi muuttua.

Yleisistä opeista tulee tässä konseptiossa heikompia kuin yhtenäisyyteen pyrkivissä teorioissa. Yleisissä opeissa muotoillaan yleisen tason väitteitä ja määritellään sellaisia käsitteitä, jotka koskevat kutakin näistä malleista.[126]

Tässä vaiheessa on pysähdyttävä arvioimaan fletcheriläisen ajattelun merkitystä. Rikosoikeudessa voidaan todellakin rakentaa erityyppisiä vastuumalleja, ja näin on rikosoikeustieteen traditiohistoriassa tehty. Historiallisesti kehitys lienee kulkenut yleisesti luonnehdittuna järjestyksessä subjektiivinen rikollisuuden vastuumalli – manifestin rikollisuuden vastuumalli – vahingollisten seurausten vastuumalli. Rangaistus on »alun alkaen» perustunut rikokseen syyllisen rankaisemiseen, syyllisyyden hyvittämiseen. Rationalistinen luonnonoikeusajattelu ja siitä ponnistava systemaattinen rikosoikeustiede on asettanut rikosoikeuteen tiukan ulkoisen teon vaatimuksen ja sosiologisesti suuntautunut, preventio-orientoitunut rikosoikeusajattelu oikeushyvien suojelun ajatuksen.[126a]

Syyllisyys ei sinänsä ole lakannut olemasta merkityksellinen elementti rikosoikeudessa, mutta syyllisyysvaatimuksen sisältö on tulkittu uudelleen. Tavoiterationalistinen ajatus »funktionaalisesta syyllisyydestä» tarkastelee syyllisyyttä olennaisesti kriminaalipolitiikan tehtävien näkökulmasta. Syyllisyys muuttuu preventiivisesti perustelluksi vastuullisuudeksi.[127] Brudner katsookin, että juuri syyllisyys on kategoriana kyseenalaistunut, kun rikosoikeutta on ryhdytty pitämään yleistä hyvinvointia tuottavana preventioinstrumenttina.[128]

---

[126] *Brudner* 1993, 51 av. 61. – Vrt. Hallin vaatimukseen teorian yleisyydestä: »A theory of criminal law is constructed of a set of ideas by reference to which every penal law can be significantly 'placed' and explained.» Hall tahtoo rajata oikeusjärjestyksen normatiivisen kritiikin täysin deskriptiivisen teorianmuodostuksen ulkopuolelle ja pitäytyä voimassaolevan oikeuden kuvaamiseen. Tästä syystä Fletcherin kuvaama paradigman vahvuus olisi Hallille ongelmallinen. Paradigma on siis aina jotakin enemmän kuin teoria. Ks. *Hall* 1960, 1–2 (1), vrt. kuit. *mt.*, 26.

[126a] Fletcher korostaa, että preventiopyrkimykset siirsivät jo 1700-luvulla painopistettä yritys- ja vaarantamiskriminalisointien suuntaan, kun rikoksen ymmärrettiin uhkaavan yhteiskuntajärjestyksen sijasta konkreettisia oikeudellisia intressejä. *Fletcher* 1978, 100–103.

[127] Ks. esim. *Achenbach* 1984, 135–152; *Nuutila* 1991, passim.

[128] *Brudner* 1993, 47.

Rikosoikeudessa elementtejä voi yhdistellä malleiksi eri tavoin. Hyvitysajatusten varaan rakentuva kantilainen ja hegeliläinen rikosoikeuden systeemimalli asetti tiukan teon vaatimuksen, mutta toisaalta myös syyllisyyden kategoria oli keskeinen. Retribuutio-ajatuksen korostus ilmeni siinä, että rikosoikeuden sosiaaliset preventiiviset funktiot eivät saaneet tulla osaksi rikosoikeuden mallia. Lähtökohtaisesti vahinkoseuraukselle ei saanut antaa rikosoikeudessa muuta merkitystä, kuin että sen syntyminen osoitti teon vääryyttä ja rangaistavuutta.[129]

Myös Brudner on eritellyt rikosoikeuden paradigmoja tavalla, joka valaisee samaa mallien moninaisuutta ja moniaineksisuutta. Brudnerin kuvaama formaali toiminnan rikosvastuumalli on edellä esitetyn kaltainen ja vastaa manifestin rikollisuuden mallia. Siinä keskeisintä on rikoksen analyysi tekona. Tässä vastuumallissa rikos loukkaa absoluuttiseksi käsitettyä vapautta, yksilön persoonaa ehdottomana arvona.[130] Brudnerin mukaan Jerome Hall on tämän mallin paradigmaattinen edustaja. Formaali toiminnan malli kuitenkin murtuu hiljaisesti omiin ristiriitoihinsa ja alkaa tosiasiassa ottaa huomioon partikulariteetteja sekä noudattaa harm-periaatetta.[131]

Brudnerin mukaan on myös toisenlaista tausta-ajattelua sisältävää rikosoikeutta. Klassinen rikosoikeuden ydinalue, joka käsittää yksilöön suoraan kohdistuvat oikeudenloukkaukset, »tosi rikokset», on yhä olemassa ja tietyissä rajoissa käsitettävissä formaalin toimintavastuumallin pohjalta. Modernit sääntelytarpeet ovat kuitenkin synnyttäneet rikosoikeuteen »public welfare offense» -rikokset, joiden perustelu on puhtaasti preventiivinen. Tästä saadaan toinen malli: hyvinvointimalli. Sen paradigmaattinen edustaja on Brudnerille H.L.A. Hart.[132] Nämä kaksi »järjestelmää» ovat molemmat osa rikosoikeutta, mutta noudattavat aivan erilaisia periaatteita. On ollut virhe tulkita rikosoikeutta vain jomman kumman mallin pohjalta.

Brudnerin mukaan malleilla on myös yhteistä. Toimintavapaus voidaan ymmärtää myös hyvinvointimallin tausta-arvoksi. Toimintavapaus ymmärretään silloin kuitenkin reaalisemmin, eikä puhtaan abstraktisesti. Hyvinvointi on sitä, että ihminen saa teoissaan ilmaista itseään autenttisesti, mutta täl-

---

[129] Hegelin oikeusfilosofiassa justifikaatiokysymykset sijoittuvat pääasiassa abstraktisen luonnonoikeuden ja yksilömoraalin alueelle, kun taas kansalaisyhteiskunnan tasolla sen konstitutiivisena elementtinä vaikuttava positiivinen oikeus saa perustelunsa myös välttämättömyydestä yhteiskunnan kannalta. Ks. esim. *Nuotio* 1995b, 647–651, ja hegeliläisen K.G. Ehrströmin kehittelyihin verraten *Wahlberg* 1989, 497–522.

[130] Vrt. *Hegel* 1994, 34, 36 ja 95 §.

[131] *Brudner* 1993, 23, 27–39, 46.

[132] *Brudner* 1993, 40–49.

laisella positiivisen vapauden käytöllä on monia edellytyksiä, joita oikeuden tulee turvata. Public welfare offenseissa on olennaisesti kyse tällaisten »autenttisen vapauden välttämättömien edellytysten» suojaamisesta.[133] Brudner siis tulkitsee hyvinvointimallin sittenkin viime kädessä deontologisesti. Oikea on hyvään nähden ensisijaista, kuten Rawlsin oikeudenmukaisuusteoriassa.[134] Hyvinvointiparadigmassakin teon käsite saa siten merkitystä. Olennaisimmat vaikutukset kohdistuvatkin siihen, että syyllisyyden osalta mens rea -vaatimus tulee aikaisempaa väljemmin ymmärrettäväksi.[135]

Brudner ei tee johtopäätöstä, että nykyinen rikosoikeus olisi kokonaan siirtynyt uudentyyppisen preventioperustelun piiriin. Perinteisellä alueella voidaan edelleenkin selittää rangaistavuutta retributiivisesti. Brudnerin hegeliläisvaikutteisessa käsitteistössä harm principle saa merkitystä vain public welfare offense -rikosten yhteydessä. Utilitaristinen rangaistavuuden perustelu rajataan tälle alueelle.

Brudnerin mukaan siis vahinkoseuraus on rangaistavuuden kannalta merkityksellinen esimerkiksi vähäisissä ympäristörikoksissa, mutta ei vakavissa henkeen ja terveyteen kohdistuvissa rikoksissa. Normaalisti ajateltaneen, että asia on juuri päinvastoin. Ympäristörikoksissa ongelmana on suojeltavien oikeushyvien yleisyys ja epämääräisyys, mistä syystä vahinkojenkin mieltäminen on vaikeaa, kun taas henkeen ja terveyteen kohdistuvissa rikoksissa vahinkoseuraukset ovat sinänsä konkreettisimmillaan. Brudner haluaa kuitenkin välttää sen, että public welfare -rikosten syntyminen pakottaisi nostamaan niiden säätämisen tausta-ajatukset koko rikosoikeuden systeemin taustaksi.

Brudnerin paradigmajako olisi suhteutettavissa Habermasin yleisempään oikeusparadigmojen jaotteluun. Brudnerilaisittain ajateltuna Habermas voisi selittää, että rikosoikeudessa proseduralistinen oikeusparadigma sulkee sisäänsä sekä oikeusvaltiollista formaalioikeudellista että hyvinvointivaltiollista aineellistuneesti oikeudellista ainesta, eikä ole tarpeenkaan pyrkiä nostamaan jompaa kumpaa näistä paradigmoista hallitsevaksi. Habermasille oikeuksien järjestelmän tehtävänä on taata se, että oikeudella aina on jokin perusta. Vastaavantyyppinen on Brudnerin ajatus, että kaksi erilaista mallia

---

[133] *Brudner* 1993, 41–42. Tarkkaan ottaen Brudner erottaa hyvinvointimallissa kaksi erilaisille periaatteille perustuvaa osaa. Toisaalta on ne säännökset, joilla pyritään edistämään ihmisten onnellisuutta, toisaalta taas säännökset, joilla pyritään edistämään yhteistä hyvää. Jälkimmäisten osalta hyväksytään se, että sääntely saa rajoittaa ihmisten vapautta, ellei muuta keinoa tavoitteen saavuttamiseksi ole.

[134] Ks. *Rawls* 1988, 28–31, 303–306.

[135] *Brudner* 1993, 42–43.

voidaan tulkita yhteen totaliteettiin kuuluviksi tukeutuen ajatukseen »dialogisesta yhteisöstä». Dialogisessa yhteisössä oikeuden rakenneperustana on molemmissa malleissa tietynlainen vastavuoroisen tunnustamisen akti.[136] Paradigmaa »järjestää» nimittäin aina määrätty käsitys pätevien velvollisuuksien perusteesta.

Brudner pohjaa vahvempaan filosofiaan kuin mikä voi olla modernin oikeuden perustana. Myös paradigmaattisten esimerkkien nimeäminen Brudnerin tapaan on ongelmallista. Esimerkiksi Hallilla rikosoikeuden yhtenä perusperiaatteena on nimenomaan harm-periaate, eikä Hartkaan ei ole puhtaasti utilitaristi, vaan vaatii kunnioittamaan oikeudenmukaisuusperiaatteita rikosoikeudessa.

Fletcherin asennoitumista taas ilmentää se, ettei hän ole valmis tekemään valintaa sellaisten elementtien välillä, joita hän pitää kaikkia tärkeinä. Mutta hän ei myöskään tahdo nähdä useita rikosoikeuden perusideoita vain osana yhtä hegeliläistä totaliteettia. Rikosoppiin jää paradoksi, koska erilaisilla rikosoikeuden malleilla ei ole yhteyttä. Fletcher edellyttää teorialta, että sen tulee täyttää korkeat rationaalisuuden vaatimukset, mutta myös vastata voimassaolevaa oikeutta.

Fletcherin kannalta Hallin virheenä oli se, ettei tämä alistunut lainsäädännön positiviteetin systematisoijaksi, vaan vaati lainsäätäjää kunnioittamaan teoriansa periaatteita. Hall antoi teorian ja käytännön mennä eri teille, eikä siinä mielessä pitänyt kiinni niiden konsistenssin vaatimuksesta. Hallin teoria liikkui kuitenkin siinä määrin yleisellä tasolla, ettei hän joutunut avoimeen ristiriitaan positiivisen lain kanssa kovin monissa kysymyksissä.[137] Fletcher taas ei tahdo rekonstruoida rikosoikeutta vastoin säädännäisen oikeuden kehittymisen myötä tunnustettuja uusia periaatteita. Jäljelle jää ratkaisematon ongelma, rikosoikeuden taustaoletusten ja taustaperiaatteiden inkoherenssi, joka tuottaa polysentrian.

Fletcher suorastaan varoittaa siitä vaarasta, että jos rikosoikeuden yleisissä opeissa muotoillaan yleisen tason väitelauseita, nostetaan helposti yksi vastuumalli paradigman asemaan ohi muiden – ja yleensä valittu malli on vahingollisten seurausten malli.[138] Polysentria ei toisaalta merkitse välttämättä

[136] *Brudner* 1993, 27.

[137] Kuitenkin esimerkiksi negligence-perusteisen rikosvastuun kiistäminen ainakin tuli myöhemmin olemaan vastoin Model Penal Coden rikosvastuun systematiikkaa. Ns. public welfare offenset eivät Hallin mielestä myöskään voineet kuulua rikosvastuun alaan. Tästä syyllisyysperiaatteen korostuksesta juuri aiheutunee Hallin asettaminen formaalin toimintamallin edustajaksi.

[138] *Fletcher* 1978, 390.

kaikkien rakenteiden ja hierarkioiden mielivaltaisuutta. Polysentriaa olisikin mahdollista rationaalisen rekonstruktion avulla purkaa esimerkiksi jäsentämällä rikosoikeusmallien historiallisia painotuksia ja osoittamalla rikosoikeusjärjestelmän sisältävän ikäänkuin erilaisia kerrostumia, joilla on omat periaatteensa, tausta-ajatuksensa, teoriansa ja käsitteistönsä.[139] Fletcher esimerkiksi kehittelee »atomistisen» kausaalisuus- ja teonkäsityksen korvaavaa sosiaalisempaa teonkäsitystä, jotta laiminlyöntivastuu olisi paremmin ymmärrettävissä.[139a]

Fletcher on selvästi kiinnostunut samantyyppisistä ilmiöistä kuin mistä CLS-liikehdinnän oikeuskritiikki lähti liikkeelle samoihin aikoihin. Oikeusjärjestelmä ei olekaan systematisoitavissa oleva selkeiden täsmällisten sääntöjen kokonaisuus, vaan hajoaa erilaisista perspektiiveistä katsottuna monenlaisiin toisiinsa palautumattomissa oleviin elementteihin.[140] Fletcher kuitenkin lähestyy oikeuden paradoksien ongelmaa enemmän Dworkinin kuin CLS:n näkökulmasta. Fletcherille CLS, ellei se hyväksy mahdollisuutta päästä eteenpäin oikeuden paradoksien umpikujista, sortuu antiteoreettiseen ja eirationaaliin ajatteluun, jossa luovutaan yrityksestä ymmärtää oikeudellisia ilmiöitä. Hänelle oikeuden paradoksit ovat paremminkin haaste teoreettiselle ajattelulle. Fletcher ei halua luopua loogisen johdonmukaisuuden vaatimuksesta, koska se on välttämätön toimivan dialogin ja koherentin kritiikin perusta.[141]

Fletcherin mukaan oikeusajattelussa ollaan jatkuvasti tekemisissä paradoksien kanssa. Paradoksit kuitenkin johtuvat ajatusvirheistä, mistä syystä ne ovat eliminoitavissa teoreettisella ajattelulla, ennen muuta konstruoimalla uusia erotteluita. Jos teoria ja käytäntö joutuvat ristiriitaan, johdonmukaisuus vaatii, että jompaa kumpaa on muutettava. Teorian kehitys on itse asiassa juuri paradoksien ratkaisemista työstämällä teoriaa. Työstämällä uusia erotteluita voidaan oikeusjärjestyksen konsistenssista pitää kiinni.[142]

---

[139] Rikosvastuun rakenteiden »sedimentaatioista» ks. esim. *Nuotio* 1995, 70–71, ja *Nuutila* 1996, 58.

[139a] Ks. »relationaalisesta» teoriasta *Fletcher* 1978, 588–634.

[140] Arvojen tai oikeusperiaatteiden »systeemiinkuuluvuus» ei toki yleensäkään tarkoita sitä, että esimerkiksi arvot aina olisivat samansuuntaiset. Esim. Wilhelmsson tuntuu lähtevän siitä, että oikeus voi olla tällä tavalla ristiriitaista; ks. *Wilhelmsson* 1992, 30–40.

[141] *Fletcher* 1985, 1264–1265.

[142] *Fletcher* 1985, 1279. – Tämä muistuttaa sitä, että Luhmann pitää paradokseja kaksipuolisina muotoina, joita voidaan käyttää hyväksi lisäämällä tarkasteluun uusia erotteluita. Ks. esim. Luhmannin oikean ja väärän koodia autopoieettisessa oikeudessa koskevaa kehittelyä, jossa vääryyskin pitää saada oikeusmuotoon. *Luhmann* 1993, 165–173.

Esimerkkinä ratkaistavissa olevasta oikeudellisesta paradoksista Fletcher mainitsee kieltoerehdyksen. Jo Hall oli havainnut tähän sisältyvän paradoksin. Joko tekijän kieltoerehdykselle ei anneta merkitystä, jolloin oikeuden vaatimukset voidaan muotoilla objektiivisesti ja yleisesti, mutta joudutaan rankaisemaan sellaistakin henkilöä, joka perustellusti oli vakuuttunut toimintansa lainmukaisuudesta. Muussa tapauksessa oikeusjärjestyksen vaatimukset tulevat sidotuiksi siihen, mitä ihmiset luulevat oikeusjärjestyksen vaativan. Kumpikaan ratkaisu ei ole tyydyttävä.[143] Teoria on selvinnyt tästä kysymyksestä erottamalla oikeudenvastaisuuden ja moitittavuuden. Kieltoerehdys, silloin kun sille annetaan merkitystä, ei poista teon oikeudenvastaisuutta, vain ainoastaan sen moitittavuuden. Paradoksi oli ratkaistavissa teoreettisella ajattelulla ottamalla käyttöön uusi erottelu.[144] Fletcher pitänee kontinentaalisen rikosoikeusajattelun saavutuksena juuri viime kädessä tiettyjen käsiteerotteluiden tuottamista.[144a]

Teubnerin ajatus oikeuden autopoieesiksesta on radikalisoitu versio Fletcherin paradoksiajatuksesta. Teubnerille oikeus on paradoksaalinen, itseensä viittaava ilmiö, yhteiskunnallinen systeemi, jonka tätä ominaisuutta ei voida eikä tulekaan tulkita pois.[145]

Omassa tutkimuksessani tarkastellaan erityisesti siitä johtuvia jännitteitä, että tekoja ja laiminlyöntejä sanktioidaan tarkoituksena suojata oikeushyviä. Teon arvo määritetään osaksi sen kausaalisten vaikutusten perusteella. Tämä näkökulma on synnyttänyt tarpeen sanktioida myös vahinkoihin johtamatonta käyttäytymistä. Teon ja seurauksen polariteetti heijastuu kiinnostavasti myös vaarantamisrikoksia koskevaan teoriaan.

4. Kausaalisuus ja normatiivinen syyksilukeminen

4.1 Kausaalisuus

Loukkaamisrikoksissa tekijän vastuu perustuu siihen, että hän on saanut aikaan kielletyn seurauksen. Koska seurauksen syntymistä ei useinkaan ole mieltä kieltää, rikosoikeudessa tulee tyytyä sanktioimaan inhimillistä käyt-

---

[143] Hall »ratkaisi» paradoksin kieltämällä kieltoerehdyksen merkityksen. Hän oli kuitenkin hyvin tietoinen tematiikan monimutkaisuudesta. *Hall* 1960, 407–414.

[144] Esimerkistä ks. *Fletcher* 1985, 1270–1272; *Hall* 1960, 382–383, 407–408.

[144a] Ks. esim. *Fletcher* 1978, 552–569.

[145] *Teubner* 1989a, 14–17.

täytymistä siltä osin, kuin siten voidaan vaikuttaa oikeushyvien nauttimaan suojaan. Loukkaamisrikoksissa rikosteon tulee välttämättä sisältää sekä lainvastainen teko tai laiminlyönti että syntynyt loukkausseurauskin. Rikosoikeudelliset kausaalisuusopit ovat kehittyneet tarpeesta vastata kysymykseen, mitä suppeasti käsitetyn teon ja seurauksen yhteydeltä on edellytettävä, jotta seurauksen aiheuttamista voidaan pitää tekijän tekoon laajassa merkityksessä kuuluvana.

Kausaalisuusopeilla on näin ollen pyritty vastaamaan siihen, mitä teon ja seurauksen suhteelta on edellytettävä, jotta tekijä voidaan saattaa vastuuseen seurauksen aiheutumisesta. Lähtökohtana on se käytännöllinen ajatus, että vastuu perustuu viime kädessä aiheuttamiseen eli siihen osuuteen, joka mainitun henkilön toimilla tai laiminlyönneillä on seurauksen synnyssä. Oikeusjärjestys kytkee rikosvastuun ulkoiseen tekoon erityisesti tuon teon vaikutusten ja sitä seuraavien merkitysten vuoksi. Sen vuoksi oikeusjärjestys luonnollisesti myös asettaa vaatimukset sille, millainen vaikuttaminen tai myötävaikuttaminen maailmassa milloinkin on rangaistavaa. Tekojen normatiiviseen rikosoikeudelliseen arvosteluun kuuluu kuitenkin olennaisesti muitakin kriteerejä kuin syy-yhteyden laatu.

Rikosvastuun kannalta tarkasteltuna kausaalisuusvaatimus ei ole sama kuin on syy-yhteys luonnontieteissä. Rikosvastuun näkökulma rajaa sitä, miltä osin tapahtumisesta maailmassa ollaan kiinnostuneita. Seurauksen synnyn selittämisen sijaan rikosjuttuja ratkottaessa ollaan kiinnostuneita siitä, voidaanko joku henkilö saattaa vastuuseen tuon seurauksen syntymisestä.

Viime vuosikymmenien aikana rikosoikeustieteessä on tullut yhä selvemmäksi se, että perinteisissä kausaalisuusopeissa on ollut kyse muusta kuin pelkästä kausaalisuustarkastelusta. Kausaalisuus ja syyksilukeminen kuuluvat yhteen, ja oikeusjärjestys määrittää normatiivisesti, millaisesta aiheuttamisesta tekijä voi joutua rikosvastuuseen. Enää ei ole uutta, että esimerkiksi seurauksen ennakoitavuutta korostaneissa opeissa adekvaatista kausaalisuudesta tekijän vastuuta rajattiin todellisuudessa normatiivisella kriteerillä.[1]

Moderneissa opeissa objektiivisesta syyksilukemisesta tai teon huolimattomuudesta työstetään edelleen sitä syyksilukemisoppia, joka alun alkaen kehittyi lähinnä kausaalisuusoppien yhteydessä. Kausaalisuusvaatimus käsitetään usein suhteellisen vähämerkityksisenä ja yksinkertaisena asiana, joka ohitetaan oppikirjoissa nopeasti matkalla kohti varsinaisia normatiivisia syyksilukemiskysymyksiä. Policy-korostukset ovat johtaneet siihen, että kausaa-

[1] Vahingonkorvausoikeudessakin erotellaan kysymykset syy-yhteyden vallitsemisesta ja sen riittävyydestä. Jälkimmäinen ratkeaa normien perusteella. *Ståhlberg* 1993, 242.

lisuusvaatimusta ei ole erikseen painotettu. Kausaalisuhteita koskeva tieto on tietoa maailmasta ja monessa suhteessa olennaista rikosvastuun perusteiden kannalta.[2] Kausaalisuuden ja syyksilukemisen yhteys on toisaalta niin läheinen, etteivät nämä kysymykset ole helposti erotettavissa toisistaan.

Tässä työssä ei ole tarpeen käsitellä täydessä laajuudessaan kaikkia niitä ongelmatilanteita, joita perinteisesti on tarkasteltu kausaalisuuskysymyksinä. Käsitykseni on, että painopisteen siirto kausaalisuusongelmista normatiivisiin syyksilukemisongelmiin on perusteltu. Lisäksi yleisistä kausaalisuuskysymyksistä rikosoikeudessa on olemassa tiivis ja asiantunteva kartoitus.[3]

On kuitenkin eräitä seikkoja, jotka perustelevat kausaalisuuskysymysten tarkastelua tässäkin tutkimuksessa. Nuutilan työssä syy-yhteystarkastelut sijoittuvat pääosin normatiivisen syyksilukemisopin marginaaliin, eivätkä sen osaksi. Kausaalisuusnäkökohdat ovat kuitenkin olennainen osa normatiivisten vastuukysymysten tarkastelua, eikä niitä voida todellisuudessa ohittaa normatiivisissakaan syyksilukemisopeissa. Oikeussääntöjen tulkinnassa on otettava huomioon, minkälaisia tapahtumainkulkuja niillä on ajateltu säänneltävän. Toiseksi myös kausaalisuuden ja vaaran läheinen yhteys on perusteena sille, että otetaan kantaa kausaalisuuskysymysten luonteeseen ja esitettyihin teorioihin pääpiirteissään. Omassa työssäni pyritään siihen, että tietyt rikosvastuun yleiset rakenteet saisivat selvennystä siitä, että erilaisten kriminalisointitekniikoiden havaitaan ilmentävän erilaisia syyksilukemisen rakenteita. Niissä operoidaan kausaalikulkuja koskevalla tiedolla kussakin omalla tavallaan.

4.1.1 Oppi syy-yhteydestä

Syy-yhteys koskee siis teon tai laiminlyönnin ja seurauksen suhteelle asetettavia vaatimuksia. Jotta teko voisi toteuttaa seurausrikoksen teonkuvauksen eli olla tunnusmerkistönmukainen, sen on vaikutettava seurauksen syntyyn. Syy-yhteyttä koskeva oppi on tässä suhteessa olennainen perusta sille, että objektiivisen rikostunnusmerkistön täyttymisestä voidaan edes puhua.[4]

---

[2] Tätä saattaisi vastata se, että vahingonkorvausoikeuden teoriakiistoissa on myös uudelleen korostettu kausaalisuusvaatimuksen tärkeyttä. Ks. esim. laajaa analyysiä *Wright* 1988, 1001–1077. Vahingonkorvausoikeudessa rintamalinjat ovat selvästi kulkeneet yleisteoreettisten lähtökohtien mukaisesti.

[3] *Nuutila* 1996, 196–229. Ks. myös *Nissinen* 1997, 80–104. Kausaalisuuskysymyksiä on käsitelty myös ns. attribuutioteorioiden piirissä. Viime mainitusta ks. *Kiehelä* 1997, 49–73.

[4] Ks. *Roxin* 1997, § 11 Rn 1–2. Hänen mukaansa objektiivisen rikostunnusmerkis-

Edellä selvitettiin kursorisessa tarkastelussa tiettyjen Saksassa vaikuttavien kausaalisuusoppien syntyä. Kausaalisuuden ekvivalenssiteorian perustana oli von Burin teoria, jonka mukaan tapahtuman edellytykset ovat samanarvoisia – ekvivalenssiteoriaa kutsuttiin toisella nimellä edellytysteoriaksi – ja tuohon oppiin liittyi kiinteästi käsitys kausaalisuhteen toteamisesta tuomarin suorittamalla ajatuskokeella. Tietyn teon kausaalisia ominaisuuksia selvitettiin ajattelemalla, että tekoa ei olisi lainkaan tehty. Jos seuraus olisi silloin jäänyt syntymättä, teko on seurauksen synnyn kausaalinen edellytys.

Ekvivalenssiteorian etuna oli selkeän muotoilun esittäminen niin sille, mitä kausaaliyhteydellä tarkoitetaan, kuin myös sille, miten se todetaan. Sen ongelmat liittyivät taas yhtäältä siihen, että syy-yhteyden piiri muodostui näin äärettömän laajaksi, eikä toisaalta ollut selvää, miten tällainen kausaalisuhteiden toteamisen tapa saattoi täyttää modernin tieteellisen ajattelun vaatimukset.

Honkasalon kausaalisuusopissa ekvivalenssiteorian kritiikki on olennainen osa adekvaattisuusopin saamaa tukea. Ekvivalenssiopin avulla ei päästä järkevään vastuunrajaukseen, vaan murhaajan isäkin siittäessään poikansa tulisi kausaalisesti myötävaikuttaneeksi pojan sittemmin tekemän murhaan. Erityisesti seurausvastuuta koskevia säännöksiä Honkasalo pitää osoituksena siitä, että kausaalisuuden adekvaattisuusoppi on oikea, sillä näissä rikoksissa ei vastuunrajoitukseen päästä enää syyksiluettavuuden puolella.[5]

Tuomarin ajatuskokeeseen liittyi niinikään monia ongelmia. Ellei tietoa kausaliteeteista ole jo ajatuskokeen hetkellä, ajatuskoe ei tuo asiaan lisävalaistusta. Mikäli ei tunneta esimerkiksi tietyn lääkeaineen raskausaikaisen nauttimisen osuutta siihen, miksi äidit joskus synnyttävät epämuodostuneita lapsia, on vaikea nähdä, miten ajatuskokeella asiaan saataisiin lisää selvyyttä. On myös vaikea käsittää, kuinka jokin edellytys voidaan noin vain kuvitella pois tietynlaisessa hypoteettisessa eliminointimenettelyssä, jos maailman tapahtumia pidetään yleisesti determinoituina. Eikö juuri tuollakin edellytyksellä ole ollut omat syynsä, omat edellytyksensä? Eikö nekin tulisi eliminoida? Mutta eikö vastaavasti ole kuviteltava jälleen jotain muuta eliminoidun tilalle?

Kausaalisuuden edellytysteorian ansioihin kuului kiistattomasti se, että ajatuskoe-oletus siirsi kausaalisuusväitteen tarkastelun mahdollisten maailmojen tasolle. Kausaalisuutta ei enää ollut tarpeen käsittää metafyysisenä

---

tön syyksilukeminen jakaantuu kahteen vaiheeseen: ensin tulee kausaalisuustarkastelu, sitten muut syyksilukemisen edellytykset. Aivan vastaavasti *Kühl* 1994, § 4 Rn 4–5.

[5] *Honkasalo* 1933, 76–84.

vaikutusyhteytenä. Conditio sine qua non -oppi läheni nykyfilosofisessa kirjallisuudessa paljon esillä ollutta kausaalisuuden kontrafaktuaaliteoriaa.[6] Yksittäistapaukselliseen kausaaliväitteeseen kuuluu sen mukaan olennaisesti kontrafaktuaalinen elementti. Väite koskee siis myös sellaista asiaintilaa, joka ei ole aktuaalinen. Ikkunan avaaminen on normaalitilanteessa huoneilman jäähtymisen syy, ellei ikkuna olisi auennut itsestään tai ellei huoneilma olisi muusta syystä jäähtynyt ikkunaa avaamatta.[7] Kausaalisuhteiden tarkastelu välttämättöminä ehtoina ei tässä mielessä voi koskaan rajoittua pelkästään siihen, mitä on tapahtunut. Kontrafaktuaalianalyysissä ei kuitenkaan välttämättä tukeuduta yleistykseen. Toisaalta taas lainomaiset yleistykset sisältävät kontrafaktuaalista voimaa, joten niillä voidaan tukea singulaarisia kausaaliväitteitä.[8]

Kausaalisuuden ekvivalenssiteorian yhtenä etuna on, että se vastannee tietyissä suhteissa, vaikkakaan ei kaikissa, melko hyvin sitä, mitä syy-yhteydellä tavanomaisessakin kielenkäytössä tarkoitetaan. Von Wrightin kehittelemässä manipulatiivisen kausaliteetin teoriassa saadaan ilmaistuksi jotakin olennaista siitä kontrollista, joka tekijällä tilanteessa on. Teon ja kausaliteetin läheinen yhteys ilmenee siinä, että samalla kun tekeminen on määrättyjen vaikutusten tuottamista maailmassa, tekijän varmuus omasta osuudestaan tuossa tapahtumisessa perustuu olennaisesti siihen kontrollimahdollisuuteen, joka toimimattomuuteen vastaavasti liittyy. Rikosoikeuden kausaalikulkuja koskevat tarkastelut ovatkin usein tämän näkökulman värittämiä. Tekijä voi kontrolloida tapahtumienkulkua paitsi toimimalla, myös pysymällä tarkoituksellisesti passiivisena tietyssä suhteessa. Manipulatiivisen kausaliteetin teoria ratkaisee hyvin myös aikaprioriteetin ongelman. Syy edeltää vaikutusta eikä päinvastoin.

Kontrollimahdollisuuteen liittyy myös ero välttämättömien ja riittävien ehtojen välillä. Se, joka hallitsee tapahtumisen riittäviä ehtoja, voi tuottaa tietyn seurauksen. Se taas, joka hallitsee tapahtumisen välttämättömiä ehtoja, voi estää seurauksen syntymästä. Erityisesti riittävät ehdot liittyvät tekijällä olevaan vahvaan tilannekontrolliin. Usein tekijä ei hallitse kaikkia seurauksen syntyyn vaikuttavia seikkoja, mutta kuitenkin riittävästi, jotta hän voi ohjailla tapahtumainkulun haluamaansa lopputulokseen. Tahallinen tappo voidaan tehdä esimerkiksi ampumalla toista kohti niin monta laukausta, että tämä varmasti kuolee.

[6] Näin myös *Backman* 1990, 192.

[7] Tekoon liittyvästä tällaisesta kontrafaktuaalisesta elementistä ks. esim. *von Wright* 1971, 60–64, 125–131.

[8] Ks. havainnollista esitystä *Niiniluoto* 1983, 240–241.

Välttämättömien ehtojen avulla tehtävä analyysi on sekin keskeinen rikosoikeudessa, koska tekijän vastuuta useinkin perustelee se, että hänellä katsotaan olevan velvollisuus seurauksen estämiseen. Esimerkiksi erilaiset varotoimenpiteitä koskevat velvollisuudet edustavat oikeusjärjestyksessä tätä periaatetta: tiettyyn toimintaan voidaan kytkeä huolenpitovelvoitteita siitä, että tekijä ehkäisee osaltaan teosta syntyviä vaaroja ja vahinkoja.

Tapahtumisen positiivisten ja negatiivisten edellytysten tarkastelu liittyy keskeisesti myös laiminlyönnin kausaalisuuteen. Esimerkiksi tapauksessa KKO 1984 II 224 (ään.) oli arvioitavana se, mikä merkitys työnantajan laiminlyönnillä varata uittotyössä olleen työntekijän käyttöön henkilökohtaiseksi suojavälineeksi pelastusliivit oli työntekijän hukkumiskuoleman kannalta. KKO:n ratkaisussa vastuu tuottamuksellisesta seurausrikoksesta sulkeutui pois, kun »voitiin pitää sangen epätodennäköisenä että asianmukaisten pelastusliivien antaminen uittotyöntekijän käyttöön olisi estänyt syntyneen seurauksen». KKO määritti normatiivisesti, miten työnantajan olisi tullut määräysten mukaan toimia, ja arvioi sitten, olisiko tämä estänyt seurauksen.

Välttämättömien ehtojen avulla jäsennettyyn kausaalisuuteen liittyy tiettyjä ongelmia. Esimerkiksi kahden itsenäisesti toimivan henkilön yhtäaikaisesti aiheuttaessa tietyn seurauksen heistä kummankaan teko ei ole seurauksen syntymisen välttämätön edellytys. Lienee selvää, ettei oikeusjärjestys voi jättää tekoja näissäkään »ylideterminaation» tilanteissa rankaisematta. Rikosoikeudellista syyksilukemisoppia on yksinkertaisesti täydennettävä sellaisilla säännöillä kuten: »aiheuttamista on ehdon asettaminen syntyneelle seuraukselle myös, jos tuo teko on osa sellaista ehtojoukkoa, joka on seurauksen syntyyn (normaalioloissa) riittävä».

Välttämättömien ja riittävien ehtojen avulla suoritettuun teon ja seurauksen suhteen analyysiin liittyy myös siitä johtuvia ongelmia, että näin määritellen lopputuloksiin tulee eroa. Välttämätön ehto ei ole yksin riittävä tuottamaan seurausta, joten siihen ei ole ongelmatonta kytkeä vastuuta seurauksen syntymisestä. Välttämättömiä ehtoja voi olla suunnaton määrä. Riittävään ehtoon taas on helpompi kytkeä vastuu, mutta tekijän teko ei ole oikeastaan koskaan seurauksen syntyyn riittävä ilman muita edellytyksiä. Yhä tavanomaisempaa onkin katsoa kausaalisuuden edellyttävän sekä välttämättömiin että riittäviin ehtoihin tukeutuvaa määritelmää.[9]

Mackien teoria ns. kausaalisesta kentästä on esitetty yhdeksi vastaukseksi tähän yhteensovittamisongelmaan. Osa tapahtuman tavanomaisista edellytyk-

[9] Ks. esim. *Wright* 1988, 1018–1023, missä kehitellään Necessary Element of a Sufficient Set (NESS) -testiä.

sistä kuuluu tapahtuman taustaedellytyksinä sen kausaaliseen kenttään. Tavanomainen edellytys ei ole tapahtuman syy.[10] Vastaavaa ajatusta on kehitelty jo aiemmin oikeudellisissa yhteyksissä.[11]

Kausaalinen syy voidaan loogisessa suhteessa määritellä esimerkiksi INUS-ehdon (*insufficient* but *non-redundant* part of an *unnecessary* but *sufficient* condition) avulla. Määritelmässä yhdistellään välttämättömiä ja riittäviä ehtoja, koska Mackie pitää niitä molempia olennaisena osana kausaalisuuden merkitystä. Syyltä ei edellytetä riittävyyttä vahvassa kontrafaktuaalisessa mielessä, eli siten, että muuta riittävää edellytystä ei saisi olla. Vastaus löytyy Mackien mukaan siitä, että syy on jollakin tavoin sekä välttämätön että riittävä ehto *olosuhteet huomioon ottaen*.[12]

Mackien ajatuksena on, että syylle voidaan antaa eri vahvuisia määritelmiä.[13] Kolme perusmallia ovat: 1) X on heikossa mielessä riittävä ehto Y:lle näissä olosuhteissa ja kausaalisesti Y:tä edeltävä, jos X:n tapahtuessa viitatuissa olosuhteissa ja maailman kulkiessa eteenpäin, Y:kin tapahtuu (will occur). Vastaavasti 2) X on välttämätön (ehto) Y:lle näissä olosuhteissa sekä kausaalisesti sitä edeltävä, jos estämällä X:ää tapahtumasta viitatuissa olosuhteissa ja maailman jatkaessa kulkuaan, Y ei tapahtuisi. Ja vielä 3) X on vahvassa mielessä riittävä ehto Y:lle ja kausaalisesti sitä edeltävä, edellyttäen että jos X tapahtuisi maailmassa viitatuissa olosuhteissa ja maailma kulkisi eteenpäin, Y tapahtuisi (will occur).

Mackien teoriassa väitteellä on kontrafaktuaalinen ulottuvuus sekä välttämättömien ehtojen että vahvasti riittävien ehtojen tilanteessa, edellyttäen että myös ajallinen kausaalinen prioriteetti toteutuu.[14] Sen pohjalta voidaan siis muotoilla tapahtumista mahdollisessa maailmassa koskeva väite. Heikossa mielessä riittävän ehdon selville saamiseen sen sijaan riittää koe aktuaalisessa maailmassa, mutta toisaalta väitteeltä puuttuu kontrafaktuaalinen voima.[15]

Mackien inus-ehdolla etsitään sellaista ehtojoukkoa, joka olisi tietynlainen riittävä minimiehto seurauksen synnylle. Tuon ehtojoukon kukin jäsen

---

[10] *Mackie* 1974, 34–35 (34): »... what is normal, right, and proper is not so readily called a cause as is something abnormal or wrong.»

[11] Esim. edellä v. Barin »elämän säännön» mukaisuus tai Hartin – Honorén »tavanomaiset edellytykset», kuten se tulipalon edellytys, että ilmassa on happea.

[12] *Mackie* 1974, 47–50; inus-ehdon määritelmä *mt.*, 62; ks. siitä myös *Frände* 1994, 87–88; *Nuutila* 1996, 205–207.

[13] Vastaavantyyppistä jaottelua kehittelee myös *Peczenik* 1979, 13–17.

[14] Loogisessa mielessä syyn ja seurauksen suhde on symmetrinen.

[15] *Mackie* 1974, 51–52.

taas on tietyllä tapaa välttämätön ehto seurauksen synnylle. Syy on riittämätön mutta ei-ylimääräinen (välttämätön) osa ehtoa (ehtojoukkoa), joka on seurauksen ei-välttämätön mutta riittävä ehto. Mackie kehittää mallinsa siten, että hän yhdistää elementtejä »conditio sine qua non»-teoriasta humelaiseen kausaliteettiin muuttumattomana seuraantona. Luonnonlakeja tms. yleistyksiä tarvitaan tukemaan niitä kontrafaktuaalisia ehtolauseita, jotka taas ovat välttämättömän ehdon sisältönä.[16]

Ei ole aivan yksinkertaista ottaa kantaa siihen, minkä mukaista kausaalisuusvaatimuksen muotoilua olisi kannatettava. Muotoilut tulkitsevat kausaalisuusväitteen sisältämän informaation hieman eri tavoin. Ylideterminaatiotilanteiden vuoksi on selvää, että syyltä ei edellytetä yksinomaisuutta. Erilaisia tapausasetelmia on tässä tarpeetonta lähteä testaamaan. Ehkä keskeisempää kuin se, mikä esitetyistä muotoiluista valitaan, on ymmärtää kausaalisuustarkasteluiden luonne. Aivan olennainen merkitys on sillä, miten partikulaarisia kausaaliväitteitä todetaan tosiksi tai epätosiksi.

Vaikka faktuaalista kausaliteettia koskevaa teoriaa jatkuvasti kehitetään, ei lopullisen ratkaisun puuttuminen ole tuottanut ylivoimaisia vaikeuksia. Käsitykseni mukaan rikosoikeudessa on suurin piirtein tiedetty, mitä kausaliteetilla yksittäistapauksessa tarkoitetaan, vaikka siitä ei ole osattu muotoilla yleispätevää teoriaa. Teoriakehitelmien puutteet on tunnettu ja teorioita on testattu suhteellisen vahvaa ja kehittynyttä intuitiota vasten.

On mahdollista sekin, että rikosoikeudessa erityyppisissä vastuukysymyksissä edellytetään erityyppistä ja erimääräistä vaikuttamista seurauksen syntyyn. Esimerkiksi avunannolta on usein edellytetty vain myötävaikuttamista päätekoon eikä suoranaista kausaliteettia.[17] Ns. psyykkinen vaikuttaminen ihmisten välisissä suhteissa on erityisen hankala perinteisten kausaalisuusoppien kannalta. Tarkkoja luonnonlakeja etenkään ihmisten käyttäytymisestä ei tunneta. Esimerkiksi petokselle tyypillinen erehdyttäminen tapahtuu paremminkin vuorovaikutussuhteessa, jossa kommunikaation perustella erehdytetylle osapuolelle synnytetään virheellinen kuva jostakin asiasta. Psyykkinen vaikuttaminen on toisen toimintaperusteeseen vaikuttamista. Psyykkisen kausaliteetin analyysi saattaisi edellyttää selvemmin toimintateoreettista lähtökohtaa.[18]

---

[16] *Mackie* 1974, 59–62. Mackien mukaan luonnonlait ym. yleistykset ovat luonteeltaan elliptisiä eli aukollisia.

[17] Ks. *Spendel* 1977, 167–187. Spendel puolustaa kausaalisuusvaatimuksen asettamista myös avunannossa. Hänen tarkastelemansa tapaukset osoittavat kuitenkin, että usein tällaisia kausaaliväitteitä tuetaan jokseenkin intuitiivisesti.

[18] Koriathin mukaan psyykkinen kausaalisuus ei ole yksi ongelma, vaan se sisältää

Rikosoikeudessa joudutaan erilaisia kausaalisuusväitteitä tukemaan hyvin vaihtelevalla näytöllä. Kysymys avunannon kausaalisuudesta tai laiminlyönnin kausaalisuudesta on joka tapauksessa varsin erilainen kuin aiheuttamisen perustapauksessa.[18a] Kausaalisuus edellyttää – ehtojen logiikalla ilmaistuna – aina jonkinasteista positiivista tai negatiivista kontrollia tapahtumiseen. Lisäksi kausaalisuus edellyttää aina myös teon tai laiminlyönnin toteutumista samoin kuin seurauksen syntymistä. Psyykkisessä kausaliteetissa – kun joku esimerkiksi antaa toiselle neuvon tai aiheen tietyn kielletyn teon tekemiseen – ei välttämättä edellytetä kovin merkittävää »kausaalista» myötävaikutusta, vaan avunantaja vastaa, vaikka apu konkreettisessa tilanteessa ei olisi ollutkaan keskeisesti tarpeen.[19] Tällaisia kysymyksiä saattaa myös olla parempi pohtia suoraan avunannon rangaistavuutta koskevina kuin esimerkiksi osana yleistä kausaalisuusoppia. Välttämättömien ja riittävien ehtojen avulla analysoimalla – ja kun vielä kausaalinen taustaedellytysten kenttä määritetään – saadaan kysymyksenasettelu tarkemmaksi ja voidaan erottaa erilaisia tilanteita sen mukaan, millaista kontrollia tekijän teko tekotilanteessa edusti.

Kausaalisuuden kontrafaktuaaliteoria on myös muilla tavoin hyödyllinen. Sen avulla voidaan ymmärtää, että yksittäistä kausaaliväitettä voidaan tukea monella tavalla.[20] Mackie on kutsunut primitiiviseksi sellaista tapaa, jossa yleistysten sijaan tukeudutaan mielikuvitukseen ja analogiaan. Sofistikoituneessa mallissa taas tukeudutaan yleisiin väitelauseisiin.[21] Rikosoikeudellisessa tarkastelussa tämä voi tarkoittaa sitä, että kummankin tasoista tukea voidaan tarvita, ellei riittävän turvallista perustelupohjaa saada yleistyksistä.

Kontrafaktuaalisten ehtolauseiden mahdollisuus viittaa lisäksi siihen, että rikosoikeudessa voitaisiin tarkastella yleisemminkin sitä, miten otaksuttavia ovat sellaiset tapahtumainkulut olleet, jotka ovat jääneet toteutumatta. Tästä

---

lukuisia erillisiä teemoja. *Koriath* 1988, 196. Mackie pitää psyykkistä vaikuttamista tavanomaiseen kausaalisuuteen kuuluvana. *Mackie* 1974, 124.

[18a] Fletcher pitää laiminlyöntivastuuta ja avunantajavastuuta eräänlaisina johdannaisina vastuumuotoina. Ks. *Fletcher* 1978, 581–585.

[19] Esim. Koriath ei katso ns. edellytysteorian sellaisenaan soveltuvan näihin tilanteisiin. *Koriath* 1988, 204–244. Ks. myös *Fletcher* 1978, 582 ja monin kohdin.

[20] Ensimmäisenä tähän aihepiiriin lienee kiinnittänyt huomiota *Goodman* 1954, 24–31. Hänen mukaansa lait – tai lainomaiset (lawlike) yleistykset – tunnistaa siitä, että niistä on hyötyä ennusteita tehtäessä. »Voi sulaa kuumennettaessa» on lainomainen yleistys, jolla voidaan perustella kontrafaktuaalista väitettä: »Jos voita olisi kuumennettu, se olisi sulanut». Kontrafaktuaalisen väitelauseen totuusarvon määrittämisestä ks. myös *Sintonen* 1983, 265–267.

[21] *Mackie* 1974, 55–56, 77–80.

on hyötyä vaikkapa vaarantamisrikosten analyysissä. Niissä on kyse tyypillisesti sen arvioinnista, olisiko sellainen tapahtumainkulku voinut toteutua, joka jäi toteutumatta. Vaarantamisrikoksissa joudutaan turvautumaan nimenomaan kausaalisuustarkasteluun, koska vaara on juuri tapahtumainkulun mahdollisuutta.[22]

Engischin voi sanoa esittäneen rikosoikeudessa ensimmäisenä selkeästi sen vaatimuksen, että rikosoikeudelliset kausaalikulkuja koskevat väitteet tulee perustella yleistyksillä, luonnonlaeilla.[23] Tämä kanta on tullut sittemmin rikosoikeuden oppikirjoissa vallitsevaksi, vaikka sekään ei ole ongelmaton. Yksittäistä kausaaliväitettä voidaan periaatteessa tukea erilaisilla yleistyksillä. Syy-yhteys voi olla suorastaan luonnonlainmukainen, mikäli sitä koskeva väite soveltuu esimerkiksi tunnetusta luonnonlaista. Fysiikan lakien varassa voi teoriassa olla mahdollista selittää se, minkä vuoksi tietystä ampuma-aseesta luoti lentää juuri määrätyllä tavalla ja osuessaan tiettyyn paikkaan aiheuttaa sillä juuri tietynlaista vahinkoa. Aseen ominaisuuksia voidaan myös tutkia ballistisissa kokeissa. Liikenneonnettomuuksissa voitaneen tapahtumia usein selittää luonnonlaeilla sen jälkeen, kun ajoneuvon kuljettaja on menettänyt ajokkinsa hallinnan. Useimmiten tällainen tieto on lainsoveltamisnäkökulmasta vielä sellaisenaan riittämätöntä.[24]

Puhtaimmillaan luonnonlainmukaisen yhteyden vaatimuksen arvo tulee esille juuri silloin, kun esiymmärryksemme ei millään tavalla kata sitä, mitä on tapahtunut. Jos kyse on ympäristörikoksesta, jossa tehdasta A epäillään määrätyn järven veden pilaamisesta vastoin vesiviranomaisen antamaa lupaa, on mitä tärkeintä selvittää, voidaanko veden pilaantuminen osoittaa yhtiön toiminnasta johtuvaksi. Tämä voi osoittautua hankalaksi. Pilaantuminen on voinut tapahtua pitkän ajan kuluessa, ja päästölähteitä on voinut olla mui-

---

[22] Ks. *Alanen* 1937, 56–62 (60–61): »Vaaralla ei tarkoiteta pelkkää olevaista, vaan tämän ohessa siihen liittyvää kehitysmahdollisuutta (potentiaalisuutta)... Vaara-käsitteellä on ... eksistenssinsä ainoastaan dynaamisessa ajattelussa; staattiselle ajattelulle ei objektiivista vaaraa ole olemassa.» Objektiivista vaaraa koskevassa arvostelmassa asetutaan ex ante näkökulmaan, josta tuomarin on »rekonstruoitava mielessään mahdollinen tapahtumain kulku.» Vrt. esim. ohitustilanteen vaarallisuuden »toteaminen» ajatuskokeella: »Jos toinen ajoneuvo olisi tullut hetkellä T vastaan, onnettomuus olisi ollut lähellä sattua.»

[23] Esimerkiksi Röh katsoo (saksalaisen) rikosoikeudellisen kausaalisuusopillisen keskustelun liikkuvan kahden »suuren» teorian piirissä. Nämä ovat conditio sine qua non -oppi ja oppi lainmukaisesta edellytyksestä. *Röh* 1993, 4–19.

[24] Siitä huolimatta, että juristi on kiinnostunut kausaalisuuskysymyksistä aivan tietyissä suhteissa, se ei Sintosen mukaan merkitse, että oikeudelliset intressit määräisivät kausaalisuusväitteen totuusarvon. Kysyjän intressit sen sijaan vaikuttavat siihen, mitä kysymyksiä esitetään. *Sintonen* 1983, 269–270.

takin. Järven tilaa ei välttämättä ole aikaisemmin edes tarkkaan tutkittu, niin että tiedettäisiin muutoksen suuruus erilaisissa pitoisuuksissa jne. Eri kemikaalit voivat reagoida toisiinsa, niin että syntyy yhteisvaikutuksia.

Ajatellaan, että vedestä tuotetaan juomavettä, johon jääneen epäpuhtauden vuoksi ihmisiä sairastuu.[25] Kausaalisuus veden pilaamisen ja terveysvaikutuksen välillä voidaan periaatteessa jäljittää, vaikka pilaajan näkökulmasta ei olisi ollut edes mahdollista tuntea teon tällaista ominaisuutta. Kausaalisuus selvitetään puhtaasti ex post-tarkastelussa, eikä seurauksen ennakoitavuus sinänsä ole yhteydessä asiaan.[26] Tällaisissa tapauksissa kausaalisuusväitteiden arvioinnin yhteys prosessuaalisiin näyttökysymyksiin tulee havainnollisesti esiin. Rikoslainopin tehtäviin kuuluu lähinnä tulkita yleisiä oppeja ja erityisiä rikossäännöksiä siinä suhteessa, miten merkittävää osuutta pilaamisessa on edellytettävä, jotta syytettyä voidaan rangaista mainitusta rikoksesta tai mahdollisesta muusta seurausrikoksesta.[27] Tässä emme kuitenkaan ryhdy analysoimaan oikeuskäytäntöä sen selvittämiseksi, mitä Suomessa todellisuudessa edellytetään kausaalisuhteelta.

Edellä mainittiin välttämättömien ehtojen avulla kausaalisuutta määriteltäessä ongelmaksi ylideterminaatiotilanteet. Luonnonlainmukainen yhteys on näissä esimerkeissä yleensä selvimmillään. Kuolema seuraa kummankin yhtä aikaa uhria ampuvan henkilön laukauksesta yhtä lailla. Kumpikin laukaus on samalla heikossa mielessä seurauksen synnyn riittävä ehto.

Kausaalisuutta koskeva teoretisointi on ollut tieteenfilosofisessa keskustelussakin varsin epävarmaa. Tapahtumien selittäminen luonnonlaeilla on vain etäiseksi jäävä ideaali, koska tapahtumat usein ovat äärettömän kompleksisia. Luonnonlakien ja tapahtumien etäisyys vaikeuttaa sovellettavuutta, aivan kuten oikeudellisissakin laeissa. Osaksi tästä syystä tieteenfilosofiassa on alettu keskustella entistä enemmän myös probabilistisen kausaalisuuskäsitteen määrittelystä.[28] On ajateltavissa, että probabilistinen kausaliteetti – joka ei olisi lainkaan määriteltävissä riittävinä ehtoina ja siis välttämättömyytenä, vaan pelkästään seurauksen todennäköisyyden kasvun perusteella – voi-

[25] Esimerkiksi ympäristön turmelemisessa (RL 48:1; 578/95) abstrakti vaara riittää perussäännöksen soveltamiseen. Yksi syy vaarantamiskriminalisointiin voikin olla se, että perinteisen seurausrikoksen näyttöongelmat olisivat ylipääsemättömiä. Ei olisi muutenkaan mieltä jäädä odottamaan sitä, että vahinkoseurauksia syntyy. Joskus vaarallisuus voi perustua jo siihen, ettei jonkin aineen ominaisuuksia kunnolla tunneta. Ks. tästä *Martin* 1989, 103–105.

[26] Ks. esim. *Mackie* 1974, 78.

[27] Ks. problematiikasta *Kleine-Cosack* 1988, 11–39.

[28] Ks. *Niiniluoto* 1983, 245–246; tilastollisista selityksistä *mt.*, 282–289.

taisiin hyväksyä kausaalisen selittämisen muotona. Esimerkiksi moderni alkeisfysiikka ei enää perustu käsitykselle yksittäisten tapahtumien välisistä välttämättömistä suhteista.[29] Rikosoikeudelliseen ajatteluun erilaiset perinteisiä »heikommat» kausaalisuusteoriat soveltuvat huonosti, sillä ne saattaisivat merkitä hallitsematonta tekijän vastuun kasvua ja käytännössä hävittää eron kausaliteetin ja vaaran välillä. Erityisesti Jareborg on varoitellut tendenssimäisten yleistysten käytön vaaroista.[30] Jäljempänä tullaan täsmentämään sitä, minkä vuoksi on tärkeää erottaa vaarantamisen syyksilukeminen ja vahinkoseurauksen syyksilukeminen toisistaan.

Rikosoikeudessa kausaalisuutta koskeva vastuuehto edellyttää aina yksittäistapauksellista tarkastelua. Jareborgin mainitsema geneettinen tarkastelutapa[31] on käytännön tilanteissa hyödyllinen. Hän edellyttää, että konkreettinen tapahtumienkulku selvitetään mahdollisimman pitkälle. Vain siten saadaan alkuperäinen hypoteesi tarkkaan verifioiduksi. Tendenssiyleistykset (kuten: »suuri ajonopeus aiheuttaa – on omiaan aiheuttamaan – liikenneonnettomuuksia») voivat olla avuksi asetettaessa työhypoteeseja, mutta eivät todista niitä oikeiksi. Tapahtumienkulkuja ei ole tarpeen tarkastella hyvin yleisen kuvauksen tasolla, vaan on päinvastoin hyödyllistä pilkkoa tapahtumainkulku sellaisiin osasiin, että kausaalisuutta koskevat väitteet voidaan muotoilla tarkemmiksi.[32] Näin vältetään myös tendenssimäisten yleistysten käyttöön liittyvät vaarat.[33]

---

[29] Maiwald on käsitellyt laajasti sitä, muuttaako kvanttimekaniikka käsitystämme yleisestä »kausaalisuusperiaatteesta». Alkeishiukkasten tasolla liikuttaessa monet tavanomaiset oletukset eivät lainkaan päde. Havainnot eivät edes periaatteessa voi palauttaa ilmiöihin näitä tuttuja piirteitä. Toisaalta juristin elämään tällä ei ole suurta vaikutusta, koska hänen ei tarvitse tutkia tuon tason ilmiöitä. Newtonilainen mekaniikka on edelleenkin »suurin piirtein oikeassa». *Maiwald* 1980, 20–45, 84–89.

[30] *Jareborg* 1995, 86.

[31] *Ibid.*

[32] Esimerkiksi jos A huolimattomuudellaan saa aikaan B:n sairastumisen, ja B sairaalassa ollessaan menehtyy syystä, jolla ei ole yhteyttä tähän sairauteen, voidaan jo kausaalisuusoppia kehittää niin, että kausaalisuhde puuttuu. Jos turvaudutaan lainomaiseen kuoleman selittämiseen, puuttuu sellaisia »välivaiheita», joiden olisi pitänyt olla todettavissa, jotta B:n voitaisiin katsoa kuolleen tuohon sairauteen. Ks. tästä esim. *Puppe* 1983, 310–311. Geneettisestä selittämisestä ks. myös *Puppe* 1980, 888–895. Mackie tarkoittanee samaa termillään »causal story»; *Mackie* 1974, 45–47.

[33] Jos on selvitettävä esimerkiksi se, onko tietyn henkilön keuhkosyöpä peräisin hänen tupakoinnistaan, ei voida päätellä kovin paljon siitä yleistyksestä, että tupakointi aiheuttaa keuhkosyöpää. Luonnollisesti vakuuttuminen kausaaliyhteydestä edellyttää yksittäistapauksessa monentyyppistä näyttöä, josta osa on lääketieteellistä, osa ulkoisiin olosuhteisiin liittyvää, osa vaihtoehtoisia selityksiä poissulkevaa jne.

Normatiivisissa syyksilukemisopeissa on toisinaan piirteitä »lieventää» kausaalisuusvaatimusta toisten, oikeudellisempien vastuuperiaatteiden hyväksi. Erityisesti riskinlisäämisperiaate on lähellä tämäntyyppistä yleistystä.[34] On kuitenkin ajateltavissa sellaisia tilanteita, joissa luonnontieteellinen kausaalisuus ei edes periaatteessa ole selvitettävissä, vaan joudutaan joka tapauksessa operoimaan todennäköisyystyyppisellä näytöllä. Näissä tilanteissa lienee sallittava se, että syy-yhteyttä koskeva näyttö voidaan esittää pelkästään tältä pohjalta. Muissa tilanteissa taas in dubio pro reo -sääntö antaisi epäillylle sen edun, että selvittämättä jääneet seikat eivät saa vaikuttaa hänen vahingokseen.[35] On myös muistettava, että siviilioikeudellisessa doktriinissa on kehittynyt kausaalisuusnäytön helpottamista merkitseviä oppeja, joiden sovellettavuus rikosoikeudessa on kyseenalainen. Tunnettuja ovat sekä ns. »Anscheinsbeweis-todistelu» että käännetty todistustaakka tietyissä tilanteissa, kuten tuotevastuussa[36].

Jareborgin kausaalisuusteoriassa kiinnitetään huomiota erilaisiin tapoihin konstruoida kausaalikulkuja ja niitä koskevia väitteitä. Konkreettisessa aiheuttamisessa tekijä on tehnyt teon, joka tietyn tapahtumien tai tilojen taikka positiivisten tekijöiden ketjun kautta on johtanut määrättyyn seuraukseen.[37] Tällaisen kausaalikulun Jareborg ymmärtää reaaliseksi. *Kausaaliketjussa* kausaalisuhteen vallitseminen voidaan todeta yksinomaan luonnonlakien perusteella. Konkreettinen fyysinen kausaaliketju todistetaan kausaaliketjua koskevilla argumenteilla.[38]

Jareborgin mukaan laiminlyönnistä – tai muista »negatiivisista» tapahtumisen edellytyksistä – ei sen sijaan voisi alkaa reaalista kausaaliketjua, vaan

---

[34] Ks. *Puppe* 1983, 287, 293; *Puppe* 1987, 595.

[35] Todennäköisyyssääntöjen käytöstä syy-yhteyden osoittamisessa ks. *Puppe* 1983, 299–315. – Erityisen tärkeä seikka on, että kausaalisuutta tukeva todennäköisyysnäyttö ei sulje pois muita, vaihtoehtoisia selityksiä.

[36] *Kuhlen* 1989, 37. – Jonkan mukaan Saksassa on Anscheinsbeweis- eli prima facie -opin nimikkeen alla kehitetty oppia, jolla saataisiin helpotusta näyttöongelmiin tietynlaisissa tapauksissa kausaalisuhteen ja vastaajan väitetyn huolimattomuuden todistamisessa. Tämä oppi, että »tapahtuma puhuu itse puolestaan», on oikeuskäytännön kehittelemä. Rikosprosessiin opin ei ole katsottu soveltuvan (*Roxin* 1993, 88), mutta silti ainakin liikennejutuissa sitä on sovellettu. *Jonkka* 1991, 81–83 viitteineen. Kuhlenin mukaan Anscheinsbeweis-todistelu voidaan rikosoikeudellisessa tuote- tai tuottajanvastuussa sallia, koska ei ole syytä rajata sitä, mitä kokemussääntöjä tuomioistuin saa käyttää. Asialla ei olisi tekemistä todistustaakkasääntöjen kanssa. *Kuhlen* 1989, 32–75.

[37] Konkreettisimmillaan ns. perusteon eli tahdotun ruumiinliikkeen, jota ei voi tehdä tekemällä jotain muuta. Ks. *Jareborg* 1995, 52–53.

[38] *Jareborg* 1995, 87.

ainoastaan konstruoitavissa oleva *kausaalilinja*. Laiminlyönti on puhtaasti sosiaalinen konstruktio, kun taas teolla on myös fysikaalinen vastineensa. Jareborgin mukaan aiheuttamisen käsite ei ole luonnontieteellinen, vaan sosiaalinen, kun tarkastellaan ihmisen toimintaa.[39] Jareborgin maailmankuvassa fysikaaliset kausaalikulut voidaan jaotella kausaaliketjuihin ja kausaalilinjoihin, minkä lisäksi tulee vielä psyykkinen vaikuttaminen, jossa vaikutuksia saadaan aikaan antamalla toiselle peruste tehdä tai olla tekemättä jotakin.

Tällaisilla erotteluilla on se etu, että erilaiset tilanteet voidaan jäsentää selvästi eri tavoin. Nähdäkseni erityisesti tiukkaan erotteluun kausaaliketjujen ja -linjojen välillä liittyy kuitenkin ongelmia. Edellä kävi ilmi, että erityyppisillä syyn teoreettisilla määritelmillä voidaan saada kausaliteetista erilaisia aspekteja näkyviin. Kyse on selvästikin analyysitavasta ja käsitteenmäärittelystä johtuvista asioista enemmän kuin todellisuuteen sinänsä kuuluvista piirteistä. Vaikka esimerkiksi laiminlyönnin kausaalisuuden osoittaminen on »keinotekoisempaa» ja konstruktiivisempaa kuin aktiivisen teon ja sen todellisen seurauksen välisen suhteen, todisteluun liittyy aina konstruktiivisuutta.

Jareborgin mukaan sellaisten »faktoreiden» välinen kausaaliyhteys, joista vähintään toinen on laadultaan negatiivinen, on todettavissa ainoastaan epäsuorasti. Kausaalilinja todetaan hypoteettista kausaaliketjua koskevalla argumentaatiolla. Niissä on kyse kontrafaktuaalisista oletuksista. Jareborgin mallissa joudutaan kahdenlaiseen kausaliteettiin sen mukaan, selvitetäänkö reaalisten ilmiöiden suhteita vai sellaisia, joissa on mukana negatiivisia, vain konstruoituja ilmiöitä. On kuitenkin epäselvää, miksi laiminlyönti, joka voidaan kuvata positiivisesti, ei olisi ilmiönä reaalinen. Olemme usein »näkevinämme» laiminlyönneillä esimerkiksi yhteiskunnallisia vaikutuksia. Jareborgin omaksuman erottelun etuna on toisaalta, että erityisesti kausaaliketjuja ja -linjoja osiin pilkottaessa huomataan, että geneettisessä tarkastelussa voidaan kausaaliketjujen osalta pitäytyä tarkempaan todellisuudelle uskollisuuteen kuin laiminlyönnin kausaalisuutta selvitettäessä.

Lienee silti perusteltua tarkentaa, että kyse ei ole varsinaisesta todellisuutta koskevasta erottelusta. Kysymys aiheuttamisesta voidaan asettaa eri tavoin. Jos syytä pidetään olosuhteet huomioon ottaen seurauksen välttämättömänä edellytyksenä, on kontrafaktuaalinen komponentti aina mukana, kun taas määriteltäessä syy heikon riittävän ehdon avulla voidaan välttää siirtyminen mahdollisten tapahtumakulkujen tarkasteluun. Kausaalisuutta koskeva todistelu voi samasta syystä kohdistua erilaisiin suhteisiin. Jos kausaali-

[39] *Jareborg* 1995, 87–89.

suutta koskevaa väitettä tuetaan luonnonlailla tai lainomaisella yleistyksellä, on tukevalla yleistyksellä aina kontrafaktuaalista voimaa. Jos A ja B ovat erikseen, mutta samanaikaisesti, surmanneet C:n ampumalla, on totta, että kumpikin ampuminen on ollut seurauksen synnyn riittävä ehto, mutta näissä oloissa ei välttämätön. Lainomainen yleistys kuitenkin sanoo sen, että jos A:n ampuma laukaus oli kuoleman riittävä ehto, niin ilman tuota laukausta C ei olisi saanut surmansa. Tuon yleistyksen kannalta toinen laukaus voidaan eliminoida ikään kuin olosuhteisiin kuuluvana, jolloin tulemmekin taas siihen, että kausaaliväitteessä on kontrafaktuaalinen elementti.

4.1.2 Erityiskysymyksiä

4.1.2.1 Teon ja laiminlyönnin erottelu

Teon ja laiminlyönnin erottaminen on keskeistä sen vuoksi, että rikosvastuun konstruktio muodostuu niissä erilaiseksi. Laiminlyöntiin perustuva vastuu seurausrikoksesta on yleisesti toissijainen aktiiviseen tekoon perustuvaan vastuuseen nähden.[40] Laiminlyöjän tulee epävarsinaisessa laiminlyöntirikoksessa olla vastuuasemassa, jotta laiminlyönti voidaan rinnastaa tekoon.

Teon ja laiminlyönnin ero voi olla hiuksenhieno. Rikosoikeudessa vastuukysymyksissä edetään ajallisesti pääasiassa taaksepäin, seurauksesta kohti sen syitä. Tämän vuoksi syiden »valikointi» tapahtuu siitä näkökulmasta, mikä osuus niillä on tunnusmerkistönmukaisen seurauksen syntyyn.

Esimerkissä koulun opettaja vie luokkansa uimahalliin uimaan. Uintitunnin jälkeen yksi koululaisista löytyy hukkuneena altaan pohjalta. Vastaako opettaja oppilaan kuolemasta ylipäätään, ja jos vastaa, niin perustuuko RL 21 luvun mukainen vastuu tekoon vai laiminlyöntiin?

Opettaja on aktiivisella teolla johdattanut luokan uimahalliin. Siinä ei ole sinänsä mitään väärää. Vaikka opettajan menettely on ollut hukkumiskuoleman välttämätön edellytys näissä oloissa, opettajan vastuuta ei voida perustaa siihen. Onko opettaja sitten muulla tavoin aktiivisesti myötävaikuttanut oppilaan hukkumiseen? Näin olisi esimerkiksi, jos opettaja olisi suorastaan tyrkännyt uimataidottoman oppilaan veteen tai taivutellut hänet uimaan. Jos rikosvastuu voisi perustua ainoastaan aktiivisiin tekoihin, tultaisiin tämäntyyppisissä tilanteissa luultavasti arvioimaan tapahtumienkulkua ennen kaikkea tavanomaisen tuottamusvastuun näkökulmasta. Kysyttäisiin, onko opet-

[40] Tämä pätee ainakin yksilön toimintavapaudelle arvoa antavassa tulkinnassa rikosoikeudesta. Ks. keskustelua *Fletcher* 1978, 602–606. Laiminlyöntiä ei olisi ymmärrettävä »puuttumiseksi», vaikkakin voi muuten olla vastoin oikeudenmukaisuusperiaatteita.

taja syyllistynyt jossakin tapahtumienkulun vaiheessa sellaiseen kiellettyyn riskinottoon, joka tulisi kyseeseen rikosvastuun perusteena, mikäli tuo riskinotto johtaa seurauksen syntyyn. Kielletyn riskinoton konstituoivat normatiiviset kriteerit ovat joka tapauksessa muita kuin pelkkään aiheuttamiseen liittyviä. Toisaalta ne liittyvät nimenomaan kausaliteettien oikeudelliseen arvottamiseen. Opettajan huolimattomuutta voidaan kysyä vain sühteessa tiettyyn nimenomaiseen seuraukseen tai sen vaaraan.

Aktiiviseen tekoon perustuvassa tuottamusvastuussa saattaisi käydä niin, että opettajan menettelyn aktiivisen tekemisen osa ajoittuisi siihen aikaan, jolloin mitään moitittavaa ei menettelyssä ole – uimahalliin tuleminen –, kun taas moitittavuus liittyisi sitä seuranneisiin vaiheisiin. Uimahalliin tulo on toki edelleenkin conditio sine qua non seurauksen syntymiselle. Uimahalliin tulematta jäämisellä voidaan estää hukkumiskuolemia, mutta ei ole syytä pitää uimahallissa käyntiä yleisesti kiellettynä, kunhan riittäviin varotoimiin ryhdytään. Sallittua ja huolellista toimintaa määrittävät mm. opettajan virkavelvollisuudet.

Rikosoikeudellisessa tarkastelussa huomio kiinnitetään usein vain ajallisesti tiettyyn osaan tapahtumista. Tapahtumasarjojen eri osille annetaan erilaisia merkityksiä. Tämä liittyy sellaiseen aikarajauksen problematiikkaan, johon vastuu epävarsinaisesta laiminlyöntirikoksesta edustaa perinteistä vastausta. Ajatellaan, että opettaja on esimerkiksi laiminlyönyt valvoa uinnin sujumista turvallisesti puuttumatta siihen mitenkään muulla tavalla. Silloin hänen aktiivinen panoksensa ajoittuu aikaan, jolloin hän ei ole vielä syyllistynyt lainvastaisuuteen. Laiminlyöntivastuu on aktiiviseen tekemiseen perustuvan vastuun laajennus.[41] Laiminlyöntivastuun kannalta edeltävä (aktiivinen) toiminta ei ole merkityksetöntä, vaan se voi perustaa erityisiä oikeudellisia toimintavelvoitteita. Opettajan vastuuasemalla on useitakin rinnakkaisia perusteita. Opettaja vastaa oppilaiden turvallisuudesta sekä virkansa että siihen elimellisesti liittyvän toiminnan perusteella.

4.1.2.2 Laiminlyönnin kausaalisuus

Laiminlyöntivastuun epävarsinaisesta laiminlyöntirikoksesta perustava vastuuasema voi olla joko valvontavastuuta ja suojeluvastuuta.[42] Edellä maini-

[41] Schünemann on Saksassa arvostellut oikeuskäytäntöä siitä, että vastuuasemia kehittelemällä laiminlyöntivastuun alaa laajennetaan voimakkaasti ja puhtaasti kriminaalipoliittisin perustein. *Schünemann* 1995, 62–71.

[42] *Nuutila* 1996, 234–235 viitteineen.

tun opettajan vastuu lapsista voi olla kumpaa tahansa. Pienten lasten suhteen opettaja voi olla velvollinen torjumaan heihin kohdistuvia kaikenlaisia uhkia aktiivisilla toimenpiteillään, kun taas itsenäisemmin toimiviin nähden vastuu lienee lähinnä valvontavastuuta, eli vastuuta suhteessa tietynlaisista vaaran lähteistä nouseviin uhkiin.[43]

Uimahalliin mentäessä opettajan velvollisuuksiin on katsottu kuuluvan valvoa aktiivisesti uinnin turvallista sujumista. Vaikka valvonnan laiminlyönti voitaisiinkin osoittaa, vastuu tuottamuksellisesta laiminlyöntirikoksesta edellyttää sitä, että laiminlyönnistä on aiheutunut mainittu seuraus. Kausaaliyhteys voi olla vaikea osoittaa.[44] Laiminlyönnin kausaalisuuden suhteen kysymys asettuu eri tavalla kuin jos kyse olisi aktiivisesta teosta. Laiminlyönnin kausaalisuus liittyy siihen todennäköisyyteen, millä toimintavelvoitteen mukainen toiminta olisi kontrolloinut negatiivisesti seurauksen syntyä. Vaikka opettaja toimisi huolellisestikin, hän ei voi estää kaikkia oppilaille sattuvia vahinkoja. Tästä syystä on tärkeää, että hukkumisen tarkat yksityiskohdat saadaan selville, ja että voidaan eliminoida sellaiset selittävät tekijät, joihin laiminlyönnillä ei ollut vaikutusta. Laiminlyönnin kausaalisuutta koskeva kysymys on, olisiko se teko, joka olisi pitänyt tehdä, estänyt seurauksen synnyn, jos siihen olisi ryhdytty.

Teon ja laiminlyönnin erottaminen on välttämätöntä, jotta voidaan valita se rikosvastuun konstruktio, jonka suhteen vastuukysymystä lähdetään tarkastelemaan. Erottelu on kuitenkin monessa mielessä suhteellinen. Teoriassa olisi mahdollista, että kaikki rikosvastuu ymmärrettäisiin laiminlyöntiin perustuvaksi. Voimme ajatella, että teon huolimattomuudesta olevassa opissa vastuu selitettäisiin siten, että tekijä on laiminlyönyt määrätyt varotoimet.[45] Kaikki huolimattomuus olisi laiminlyöntiin perustuvaa, ja huolellisuusvelvoitteiden perusta olisi edeltävässä toiminnassa itsessään. Tällainen ratkai-

---

[43] Vastuuasemalla on merkitystä myös siten, että edes suojeltavan henkilön tietoinen riskinotto ei estä opettajan vastuun käsilläoloa. Nämä kysymykset kuuluvat selvästi jo normatiivisten seurausten syyksilukemisen periaatteiden piiriin. Ks. kysymyksestä *Nuutila* 1996, 468–474.

[44] Ks. kahta kotimaista ratkaisua: KKO 1977 II 11 ja KKO 1984 II 224. Edellisessä oli kyse uintiretken valvojaksi määrätyn opettajan vastuusta uimahallissa hukkuneen oppilaan kuolemasta. Jälkimmäisessä taas selvitettiin sitä, kuuluiko työturvallisuuslain säännöksiä rikkoneiden työnantajan edustajien vastata laiminlyöntinsä perusteella myös uittotyöntekijän hukkumiskuolemasta.

[45] Esimerkiksi *Palmén* 1978, 40, on huomauttanut siitä, että laiminlyöntirikosten kannalta eräissä tapauksessa huolellisuusvelvollisuus ja vastuuasemasta johtuva toimintavelvollisuus ovat yhteneviä.

su on kuitenkin epäluonteva. Vastuuasemaopissa ei ole katsottu millaisen tahansa edeltävän vaarallisen toiminnan perustavan vastuuasemaa, vaan sen on edellytetty olevan »sosiaalisen suojajärjestelmän vastaisena häiriönä» (Ingerenz) oikeudenvastaista.[46] Aktiivisen tekemisen malliesimerkeissä, kuten tahallisessa surmaamisessa ampuma-aseella, on lisäksi epäluontevaa selittää seurauksen syntyä huolellisuusvelvoitteen laiminlyönnillä. Se johtaisi tarkastelijan ikään kuin sivuraiteelle, pohtimaan sitä, miten huolellinen ampuminen olisi tullut tehdä.

Erottelu on suhteellinen myös toisessa mielessä. Jos rikosoikeudellinen teon käsite ymmärretään sosiaaliseksi siihen tapaan kuin Nuutila on hahmotellut, voidaan välttää tapahtumaketjujen pilkkominen erillisiin pikku tekoihin ja laiminlyönteihin. Perinteisessä mallissa tämä on vaarassa muodostua joskus mielivaltaiseksi. Olennaista on, että tekoja ja laiminlyöntejä päästään arvioimaan oikeudellisesti mielekkäinä kokonaisuuksina, mutta kuitenkin niin, että klassiset rikosoikeudelliset vastuuperusteet säilyttävät niille kuuluvan kontrollifunktion. Erittelemättömissä kokonaisarvosteluissa on niissäkin vaaransa.[47]

Laiminlyönnin kausaalisuuden »sosiaalinen» luonne ei ole yksiselitteinen. Opettajan vastuu oppilaan uinnin turvallisuudesta voitaisiin monissa tilanteissa perustaa myös aktiiviseen toimintaan – etenkin jos toiminta ymmärretään laajemmassa mielessä. Se, joka vie lapset uimaan, on velvollinen huolehtimaan heidän turvallisuudestaan – eli ryhtymään varotoimiin. Aivan samalla tavoin voi esimerkiksi työnantajan erityisissä toimintavelvoitteissa työntekijöiden työturvallisuuden takaamiseksi nähdä velvoitteen perustan olevan aktiivisessa toiminnassa eli liikkeenharjoittamisessa.[48] Työnantajan vastuulla tietynlaisista työntekijää kohtaavista onnettomuuksista on sekä dynaaminen että eräässä mielessä staattisempi peruste. Dynaaminen peruste on

[46] Edeltävän vaarantavan toiminnan lisäksi vastuuasemaa voidaan kuitenkin perustella vastuulla vaaran lähteestä. Jälkimmäisessä ei edellytetä velvollisuudenvastaisuutta. Ks. vastuuasemaopista *Jescheck* 1988, 561–568.

[47] Nuutila korostaa tapahtumainkulun hallintaa kriteerinä, joka viime kädessä yhdistää tekemistä ja laiminlyöntiä. *Nuutila* 1996, 250–263. Itse korostaisin selvemmin sitä, että laiminlyöntivastuu on kuitenkin vasta toissijainen, joten tapahtumainkulun hallinnan kriteerin yhteisyydestä huolimatta on syytä pyrkiä erottamaan tekoon ja laiminlyöntiin perustuva vastuu.

[48] RL 47:1:n (578/95) työturvallisuusrikoksen 2)-kohdan teonkuvaus edellyttää osin aktiivista tekemistä: »aiheuttaa... puutteellisuuden tai epäkohdan», osin laiminlyöntiä: »mahdollistaa tilan jatkumisen laiminlyömällä valvoa...» Mainitun lainkohdan on katsottu ohjaavan argumentaatiota laiminlyöntiajattelun suuntaan vastuuperusteiden ollessa entistä välillisemmin työturvallisuuteen vaikuttavia; *Nissinen* 1997, 91.

itse toiminnan harjoittamisessa, staattinen taas tiettyihin organisaationormeihin tai suoraan suojelunormeihin (esim. TyöturvL 9 § (299/58)) perustuvissa toimintavelvoitteissa. Dynaaminen ja staattinen peruste edustavat vain erilaista näkökulmaa normistoon ja sen sisältämien velvoitteiden perusteisiin.[49]

Laiminlyönnin kausaalisuudessa on arvioitava, mikä vaikutus tilanteessa olisi ollut sillä, että toimintavelvoitteen mukaiseen tekoon olisi ryhdytty. Tilanne on hyvin samantyyppinen, kuin jos tarkasteltavana olisi tuottamuksellisen aktiivisen teon kausaalisuus. Toimintavelvoitteen rikkomisen tilanteessa ei aina voida varmasti tietää, miten olisi käynyt, jos olisi toimittu velvoitteiden mukaisesti, aivan yhtä vähän kuin jos huolimattomuutta arvioitaessa varomaton menettely kuvitellaan »pois» ja korvataan se sallitulla. Tämä on normatiivinen seurauksen syyksilukemiseen liittyvä ongelma, jossa väistämättä joudutaan konstruktiiviseen ajatteluun.

Laiminlyönnin kausaalisuuden yhdeksi perinteiseksi ongelmaksi on muodostunut pelastustoimen estäminen. Tekijä A estää aktiivisella teolla B:tä ryhtymästä pelastustoimeen, jolla C olisi voitu pelastaa. Onko A aiheuttanut seurauksen?

Tarkoituksellisen aiheuttamisen konstruktion perusteella A:ta voitaneen pitää suoraan aiheuttajana ja siten tekijänä. Jos A on tarkoittanut surmata C:n tällä tavoin, ei ole estettä tuomita A:ta tahallisesta aktiivisella teolla tehdystä henkirikoksesta, mikäli hän on kontrolloinut tapahtumien kulkua siten, että pelastus hänen tarkoittamallaan tavalla on estynyt. Tekijän toiminta on lainomaisessa suhteessa syntyneeseen seuraukseen, jos pelastajalla oli hyvät mahdollisuudet onnistua pelastustoimessaan. Tekijä on käyttänyt hänellä olevaa negatiivista kontrollimahdollisuutta hyväksi.[50] Pelastustoimenpiteen estäminen on siten samantyyppistä kuin aktiivisella tekemisellä toteutetuissa rikoksissa olisi huolellisuusvelvoitteen täyttämisen estäminen. Sekin olisi mahdollista vain aktiivisella teolla, esimerkiksi estämällä jarrupolkimen käyttö tilanteessa, jossa kuljettajalta edellytettäisiin ripeää nopeuden alentamista. Kummassakin tilanteessa on yhtä lailla mahdollista, ettei tekijä nimenomaisesti tähtää tiettyjen seurausten aikaansaamiseen. Seurausten syyksilukemisen kysymys voi siten tulla ratkaistavaksi näissäkin tilanteissa normien tarkoitusten perusteella.

---

[49] Nuutila käsittää työnantajan tai tämän edustajan vastuun työturvallisuudesta nimenomaan asemaan perustavaksi vastuuksi. *Nuutila* 1996, 240–243. – Työnantajan velvollisuuksista EY-oikeudellisen työympäristön puitedirektiivin mukaiseen vaarojentorjuntaan ks. *Saloheimo* 1996, 141–144.

[50] Ks. myös esim. *Puppe* 1980, 903–911.

4.2 Normatiivisista seurauksen syyksilukemisopeista

4.2.1 Taustaksi Roxinin ajatuksille objektiivisesta syyksilukemisesta

Kuten edellä esitettiin, rikosoikeudellisissa kausaalisuusopeissa on kyse olennaisesti siitä, minkälaista kontrollia tai kontrollimahdollisuutta tapahtumienkulkuun edellytetään. Tapahtumat arvioidaan oikeudellisesti aina viime kädessä *ex post facto*, kun jo tiedetään mitä on tapahtunut. Tapahtumainkulku ja siihen vaikuttaneet teot ja laiminlyönnit rekonstruoidaan jälkeenpäin.

Tapahtumainkulkuja tarkastellaan siitä näkökulmasta, voisiko joku olla niistä vastuussa. Rikosoikeudelliset kausaalisuusopeissa on jo alun alkaen lähdetty tuosta näkökulmasta. Kausaalisuusvaatimukseen kuuluu normatiivinen komponentti, joka yleisimmillään ilmenee siitä, että tekijän vastuu kytketään seurauksen syntymiseen ylipäätään. Oikeusjärjestyksessä edellytetään tunnusmerkistönmukaisen teon kattavan kaikki tunnusmerkistössä mainitut elementit. Seurausrikoksissa säännöksen soveltaminen edellyttää, että todetaan niin prima facie kielletty eli tunnusmerkistönmukainen teko kuin siihen syy-yhteydessä oleva tunnusmerkistönmukainen seuraus.

Rikosoikeudellisessa vastuussa normatiivisten komponenttien kokonaisuuden voi hahmottaa syyksilukemisoppina. Jos perinteiselle jaolle tunnusmerkistön subjektiiviseen ja objektiiviseen puoleen halutaan jättää merkitystä, voidaan sanoa, että syyksilukemisen kohteena voi olla yhtäältä ulkoinen teko ja toisaalta siihen liittyvä subjektiivinen syyllisyys.

Kausaalisuusopit ovat olleet joskus kömpelökin yritys kehittää niitä kriteerejä, joiden varassa seurausten syyksilukemisesta voidaan juridisesti päättää. Kuten edellä nähtiin, olennainen seikka kausaalisuusoppien kehittymisessä oli syyksilukemiskriteerien muuntuminen yleiseen kokemustietoon perustuviksi. Seurauksen syyksilukeminen voitiin erityisesti adekvaattisuusopin eri muunnelmissa perustaa seurauksen ennakoitavuuteen tai siihen, että teko oli lisännyt riskiä seurauksen syntymisestä.[51]

Adekvaattisuusoppien tarpeellisuus selittyi mm. sillä, että kun syyllisyydestä riippumaton seurausvastuu oli yleistä esimerkiksi henkeen ja terveyteen kohdistuvissa rikoksissa, oli suurta tarvetta päästä järkevään vastuunrajaukseen jo rikoksen objektiivisella puolella, koska syyllisyysvaatimusta ei suhteessa etäisempään seuraukseen lainkaan asetettu. Nykyisin normatiiviset opit teon ulkoisten elementtien »objektiivisesta» syyksilukemisesta ovat

[51] Ks. esim. *Peczenik* 1979, 162.

tulleet korvaamaan sen osan kausaalisuusopeista, jossa syy-yhteydestä huolimatta oli syytä pyrkiä vastuunrajoitukseen.

Vaatimus seurauksen periaatteellisesta ennakoitavuudesta teon hetkellä tekijän näkökulmasta voidaankin muuntaa osaksi yleisempää seurauksen syyksilukemisoppia. Pohjoismaissa tällaista normatiivista syyksilukemisoppia on kehitelty teon huolimattomuusopin nimellä. Syyllisyyden alaan kuulunutta tuottamusoppia on laajennettu teon ulkoisen huolimattomuuden arvioinnin suuntaan sillä tavoin, että erillistä adekvanssioppia ei välttämättä enää tarvita.[52] Adekvanssiopista voidaankin luopua, mutta vain sillä ehdolla, että samanaikaisesti otetaan huomioon ne laintulkinnalliset tarpeet, jotka olivat sen synnyttäneet.[53]

Saksalaisella kielialueella oppia teon tai seurauksen objektiivisesta syyksilukemisesta on kehitelty täysin yleisenä ja tuottamusopista erillisenä. Objektiivinen syyksilukeminen on teon tunnusmerkistönmukaisuuden edellytys. Oppi objektiivisesta syyksilukemisesta rajaa tekijän vastuuta tekojensa seurauksista. Asia ymmärretään siis niin, että syy-yhteysvaatimus on vastuuta perustava, vaatimus objektiivisesta syyksilukemisesta taas vastuuta rajaava.[54] Erillistä adekvanssioppia ei saksalaisessakaan mallissa enää tarvita.[55]

Seuraavassa tarkastellaan erikseen ensin saksalaisia oppeja seurauksen objektiivisesta syyksilukemisesta erityisenä huomion kohteena Roxinin esittämät käsitykset, ja sen jälkeen pohjoismaista teoriaa erityisesti siinä muodossa kuin Jareborg on sitä kehitellyt.

Edellä on käsitelty Roxinin varhaisemmassa tuotannossaan kehittelemää ns. tavoiterationaalista käsitystä rikoslainopin tehtävistä ja tausta-arvoista. Tavoiterationaalisen lainopin tärkeimpiä kehitelmiä on ollut tulkita uudelleen seurausten syntymiseen liittyvät rikosoikeudelliset vastuuehdot. Tuosta kritiikistä ja sen täsmennyksestä on saanut alkunsa oppi ns. objektiivisesta syyksilukemisesta. Se on taustalla myös siinä yleisten oppien jäsennyksessä, johon Ari-Matti Nuutila perustaa tulkintansa rikoslainopista ja erityisesti oppinsa tekijän huolimattomuudesta eroavasta teon huolimattomuudesta.[56]

---

[52] *Jareborg* 1984, 252.

[53] Esimerkiksi Waaben pitää adekvanssia tärkeänä vastuuta rajoittavana periaatteena. Hän ei kuitenkaan selvästi erottele adekvaattista kausaliteettia ja ns. sosiaaliadekvanssia. *Waaben* 1987, 39–42.

[54] *Kühl* 1994, § 4 Rn 36–42; *Roxin* 1997, § 11 B I Rn 39–46.

[55] *Roxin* 1997, § 11 A IV Rn 37.

[56] *Nuutila* 1996, monin kohdin. *Frände* 1994, 103–116. Frände kuvaa teon huolimattomuus -ratkaisun ensi vaiheen olevan puhdas periaatepunnintaratkaisu. Lähtökohtana on, että kielletty riskinotto on kiellettyä myös suhteessa kontrolloimattoman seurauksen syn-

Rikosoikeusdogmatiikan käsitteiden normativisoiminen kytkemällä ne kriminaalipoliittisiin tehtäviin ja tavoitteisiin ei tapahdu ilman uhrauksia. Neumann on luonnehtinut näitä muutostendenssejä seuraavasti: Vallitsevana suuntauksena rikosoikeudessa on ollut uusien argumentointimallien omaksuminen, mikä on ollut yhteydessä käsitteiden normativisointiin. Normativisoinnilla tarkoitetaan dogmaattisten käsitteiden sisällöllistä määräytymistä niiden tehtävästä rikosoikeudellisessa sääntelyssä. Syyksilukemisen kategorian elpymistä on pidetty malliesimerkkinä tästä kehityksestä.[57]

Kehitystä on luonnehdittu siirtymisenä käsitteellis-systemaattisesta arvojen ja periaatteiden pohjalle rakentuvaan argumentaatioon.[58] Esimerkiksi uhrin käyttäytymisen vaikutusta tekijän vastuuseen voidaan käsitellä entistä joustavammin. Kausaliteetti- ja osallisuusoppeihin rajoittuvalla argumentaatiolla on vaikea päästä tulokseen, että esimerkiksi uhrin itseensä kohdistuva vahingoittaminen voisi poissulkea osallisten vastuun. Toinen tendenssi käsitteiden normativisoitumisen lisäksi on, että rikoslainkäytössä ja rikoslainopissa otetaan entistä enemmän huomioon rikosoikeudellisten sääntöjen ja ratkaisujen seuraukset.[59]

Kausaalisuusopin suhteen modernin funktionalistisen käsitteen- ja systeeminmuodostuksen seuraukset ovat ainakin pitkälle vietyinä melkoiset. Perinteiset kausaalisuusteoriat otetaan kriittiseen uudelleenarvioinnin kohteeksi. Kausaalisuusoppeja voidaan epäillä normatiivisina syyksilukemismalleina liiasta abstraktista käsitteellisyydestä. Toisaalta uusissakin opeissa tarvitaan luonnollisesti jonkinlainen kausaalisuusoppi.

Oppi objektiivisesta syyksilukemisesta juontaa juurensa syvälle käyvästä metodisesta kritiikistä perinteisiä ajattelumalleja kohtaan, vaikka ei käytännössä muuta kovinkaan radikaalisti perinteisten kausaalisuusongelmien käsittelyä. Syynä tähän on se, etteivät nyt kehitetyt periaatteet ole sinänsä kokonaan uusia. Silti kuva rikosopin käsitteiden luonteesta ja tehtävistä saa aivan uutta väritystä. Ratkaisutoimintaa ei nähdä enää niinkään tapausfak-

---

tymiseen, vaikkakin tuo prima facie -oletus joskus voidaan kumota. Fränden mallissa kriminaalipoliittiset päämäärät ja oikeushyvien suojelutavoitteet eivät saa samalla tavalla painoa kuin Nuutilan mallissa. Myös Jareborgin oppi teon huolimattomuudesta on periaatteessa samalla tavoin Nuutilan mallia niukempi. Toisaalta erityisesti Frändellä yksityisautonomia ja siihen liittyvä uhrin oman vastuun korostaminen tietoisen riskinoton tapauksessa rajaavat toisten vastuuta syntyneistä seurauksista. *Mt.*, 114.

[57] *Neumann* 1987, 568 ss. Rikosoikeuden yleisten oppien, erityisesti syyksilukemisoppien kytkennästä rikosoikeuden tarkoitusperiin ks. *Rudolphi* 1984, 69–70.

[58] *Neumann* 1987, 569.

[59] *Neumann* 1987, 570.

tojen subsumtiona dogmaattisten käsitteiden alaisuuteen, vaan käsitteiden taustalla vaikuttavien ehkä ristiriitaistenkin periaatteiden ohjaamana.

Funktionalistisessa rikosoikeusajattelussa rikosoikeuden järjestelmätason oikeutus ja välttämättömyys perustetaan järjestelmän yhteiskunnallisille tehtäville, joita ovat tiettyjen oikeushyvien suojelu ja siten yhteiskunnallisesti vahingollisten seurausten ehkäisy.[60] Joko siis kielletään yhteiskunnallisesti vahingolliseen tekoon ryhtyminen, tai käsketään ryhtyä sosiaalisesti hyödylliseen tekoon. Vaikka tekoa ja laiminlyöntiä ei ontologisella tasolla uskota voitavan palauttaa toisiinsa tai yhteisen yläkäsitteen alle, voidaan ne yhdistää arvottavalta kannalta: normin kohteena voi olla vain jotakin sellaista, mikä on ihmiselle reaalisesti mahdollista. Kieltojen ja käskyjen kohteena voi olla vain ihmiselle konkreettisessa tilanteessa mahdollinen, hallittavuutta ilmentävä käyttäytyminen.[61]

Roxinin ajattelussa seurauksen syyksilukeminen on selkeästi normatiivinen kysymys, sillä siinä ei ole kyse suinkaan ainoastaan kausaalisuhteesta teoksi kvalifioidun käyttäytymisen ja aiheutetun seurauksen välillä, vaan seurauksen lukeminen tekijän käyttäytymisen syyksi perustetaan normatiivisiin edellytyksiin. Silti myös seurauksen syyksilukeminen on samalla rikosoikeudellisen teon käsitteen rajoittamista tai perustamista. Honkasalolla rikosoikeudellinen vastuu edellyttää seurauksen synnyn ennalta-arvattavuutta, adekvaattisuutta. Jos adekvaattisuus on normatiivinen käsite, tulee myös teon käsitteestä tätä kautta normatiivinen. Roxinin mukaan siirtyminen abstraktien kausaalisuusongelmien sijasta puhumaan siitä, mitä oikeusjärjestys milloinkin edellyttää teon ja seurauksen suhteelta, merkitsee jo teko-opissa painopisteen siirtymistä normatiivisen alueelle.[62]

Teon käsitteen määrittelyssä on näin oikeastaan lakattu etsimästä ontologista teon rakennetta. On lakattu uskomasta, että rikosoikeusjärjestelmän pohjaksi ylimalkaan voitaisiin »löytää» jokin valmiiksi annettu teon struktuuri. Roxinin ajattelussa pikemminkin etsitään ja asetetaan yleisiä, sisällöllisesti konkretisoitavissa olevia syyksilukemisen mittapuita, syyksilukemisperiaatteita.[63]

---

[60] Rikosoikeusjärjestelmän tehtävistä yleisesti ks. esim. *Rudolphi ym.* 1997, Vor § 1 Rn 1–16. Ks. myös *Rudolphi* 1984, 75–76.

[61] *Rudolphi* ym. 1997, Vor § 1 Rn 17–18. Myös moitittavuus voisi olla teon ja laiminlyönnin yhdistävä elementti.

[62] *Roxin* 1970, 133.

[63] *Roxin* 1970, 133. Ajatusta kehitellään jo artikkelissa *Roxin* 1968, 261–262.

Rikosoikeudellisten normien kohteena eivät funktionalistisenkaan käsityksen mukaan voi olla sellaiset käyttäytymismuodot, joiden osalta kaikkinainen yhteys tekijän mahdollisuuksiin ja tahtoon on katkennut. Ratkaisevana käyttäytymisen teoksi kvalifioivana kriteerinä on yleisinhimillinen kyky käyttäytymisen ohjailuun.[64] Laiminlyönnissä taas on kysymys siitä, missä määrin tekijän syyksi voidaan lukea kausaalikulku, jota hän ei ole »hallinnut» eikä saattanut alulle. Vastuu edellyttää, että henkilön oli mahdollista vaikuttaa tapahtumien kulkuun aktiivisesti. Hänen tuli mm. kyetä ymmärtämään ja ennakoimaan tekojensa seurauksia. Laiminlyöjän syyksi voidaan lukea seurauksen syntyminen vain, jos hän ryhtymällä tiettyyn häneltä odotettuun toimintaan olisi aktiivisesti voinut estää sen syntymisen.[65] Laiminlyönnissä ei siten olisi kyse pelkästään tietyn toimenpiteen kausaalisista vaikutuksista, vaan ihmisten yleisinhimillisiin kykyihin perustuvista toimintaodotuksista.[66]

Toiminnan osalta henkilöllinen syyksilukeminen perustetaan funktionalistisessa opissa ensinnäkin siihen, että tekijä on aktiivisesti pannut alulle tapahtumienkulun. Tämän lisäksi edellytetään, että tekijä on joko hallinnut eli finaalisesti ohjaillut tapahtumakulkua, tai vähintään, että hänen olisi pitänyt sitä hallita ja ohjailla. Hallitsemis- ja ohjaamiselementti on tässä uutta perinteiseen kausalistiseen teko-oppiin verrattuna.

Tuottamuksellisissa tekomuodoissa syyksilukemista ei perusteta suoraan finaalisuuteen tai hallittavuuteen, vaan siihen, että tekijä on ollut kykenevä ennakoimaan tahdontoimintansa seurauksena olevan tapahtumainkulun, käsittämään sen sosiaalisen merkityksen.[67] Normatiivisella funktionalismilla on erona finalismiin mm. se, että finaalisuutta ei edellisen mukaan pidetä ennalta annettuna ontologisena rakenteena, vaan finaalisuudenkin käsitteen sisällöstä päättää viime kädessä oikeusjärjestys. Sen sijaan kausaalisuutta voi-

[64] *Rudolphi ym.* 1997, Vor § 1 Rn 19.

[65] *Rudolphi ym.* 1997, Vor § 1 Rn 24.

[66] Saksassa edellytetään laiminlyöntivastuussa (StGB § 13) paitsi sitä, että laiminlyöjän on tullut olla oikeudellisesti vastuussa siitä, että seurausta ei synny, myös sitä, että laiminlyönnin tulee vastata rikostunnusmerkistön täyttämistä aktiivisella tekemisellä. Esimerkiksi Schünemann näkee aktiivisessakin tekemisessä vastuun viime kädessä perustuvan ihmisen kykyyn ohjailla maailman tapahtumia. Ks. tästä yleisesti *Schünemann* 1995, 72–82. Teoriassa olisi kuviteltavissa, että aktiivinenkin toimija olisi eräänlaisessa »vastuuasemassa», joten teon ja laiminlyönnin raja hälvenisi entisestään tekijän vastuun alkaessa muistuttaa vastuuta laiminlyönnistä.

[67] *Rudolphi ym.* 1997, Vor § 1 Rn 29.

taisiin pitää esioikeudellisena ja ontologisena käsitteenä, silloin kun sillä tarkoitetaan ns. luonnollista kausaliteettia.[68]

Seurauksen objektiivista syyksilukemista ei funktionalistien mukaan voi perustaa yksinomaan elämänkokemuksen pohjalta arvioitavaan seurauksen syntymisen ennakoitavuuteen. Siksi nykyään on tapana korostaa sallitun ja kielletyn vaarantamisen eroa: vain oikeusjärjestyksen salliman määrän ylittävä vaarantaminen perustaa seurauksen objektiivisen syyksilukemisen. Tämäkin jaottelu voidaan tosin tuoda kausaalisuusoppiin ainakin osaksi seurauksen tunnusmerkistönmukaisuuden avulla: aiheutetun muutoksen tulee aina olla juridisesti relevantti. Esimerkiksi sangollisen kaataminen tulvaveteen ei vielä ole tulvan aiheuttamista; vaara ei uhkaa riittävän voimakkaasti oikeudellisia intressejä.[69]

Objektiivisesta syyksilukemisesta esitetyt ajatukset eivät poikkea täysin siitä, mihin jo relevanssiteorian mukainen kausaalisuusoppi johti. Käsitys siitä, että kausaalisuhteelta on edellytettävä erityistä juridista relevanssia, on todellisuudessa oppia seurauksen objektiivisesta syyksilukemisesta. Teorian varsinaiseksi puutteeksi jää vaillinainen itseymmärrys. Esimerkiksi Honkasalon kausaalisuusopin vaikeudet liittyivät syvemmällä rikoksen rakenteessa oleviin ristiriitoihin. Tämän vuoksi jouduttiin kausaalisuusopissa käsittelemään sellaisia asioita, joilla ei ollut paljonkaan tekemistä itse kausaliteetin käsitteen kanssa, kuten edellä usein mainittu adekvanssioppi. Ongelmat liittyivät ilmeisesti myös siihen, että rikosoikeussysteemi miellettiin käsitteellis-konstruktiiviseksi.[70]

Rudolphin mukaan kausaalisuuden relevanssiteorian mukaisen seurauksen syyksilukemisen perusteina ovat adekvanssiteorian lisäksi normatiiviset näkökohdat, kuten kunkin rikostunnusmerkistön tarkoitus ja tunnusmerkistönmukaisen vääryyden yleiset periaatteet. Perusajatuksiltaan relevanssiteoria sopii yhteen opin objektiivisesta syyksilukemisesta kanssa. Relevanssiteorian edustajat[71] kuitenkin jättivät viimeksi mainitun »vääryysopillisen» kysymysryhmän osalta kehittelemättä yleiset syyksilukemisen periaatteet. Modernin syyksilukemisteoretisoinnin ansiona onkin näiden syyksilukemista ohjaavien periaatteiden kehittely. Kielletyn riskinoton tai vaarantamisen ajatus on niissä hyvin keskeinen.

---

[68] Ks. *Rudolphi ym.* 1997, Vor § 1 Rn 30. Ks. myös *Roxin* 1962, 524–525.

[69] Ks. esim. *Honkasalo* 1933, 59–60.

[70] Ks. Honkasalon kausaalisuus- ja vääryysopillisista näkemyksistä *Nuotio* 1989, passim.

[71] Lähinnä Edmund Mezger ja Hermann Blei. Ks. *Mezger – Blei* 1968, § 25.

Roxinin varhaisemman tuotannon kulmakiveksi muodostui laaja tutkimus tekijäntoimesta ja teonherruudesta.[72] Teonherruus on keskeinen osallisuusopillinen periaate. Teonherruuden ajatuksena on, että osallisuusopillinen tekijä on se, joka hallitsee finaalisesti tapahtumainkulkua.[73] Esimerkiksi Welzelin mukaan tekijä on se, jolla on finaalinen teonherruus.[74]

Osallisuusopillinen Tatherrschaft-periaate oli Welzelillä finaalisen tekoopin sovellus osallisuusoppiin.[75] Periaatteen avulla oli mahdollista rajata »kausaalisiin» osallisuusoppeihin verrattuna merkittävästi tekijäntoimen aluetta. Ongelmana oli kuitenkin, että Welzel ymmärsi teon käsitteensä finaalisuuden luonteeltaan ontologiseksi. Oikeusjärjestyksellä ei siksi ollut muuta mahdollisuutta kuin omaksua tuo ontologinen rakenne, jota oli käytettävä myös osallisuusopissa. Tästä metodisesta ongelmasta tuli Roxinille keskeinen: onko lainsäätäjän ja rikosoikeusdogmaatikon lähdettävä siitä, että systeemin peruskäsitteet viittaavat ennalta annettuihin merkityksiin ja rakenteisiin, vai onko niiden määrittelyssä kyse puhtaasti arvostuksenvaraisesta ratkaisusta? Hän haluaa ratkaista sen hylkäämällä molemmat ääripään vaihtoehdot pyrkien niitä välittävään synteesiin.[76]

Roxinin ajatuksena on osoittaa, että erityyppisissä tunnusmerkistöissä tekijän määräytyminen tapahtuu vaihtelevin kriteerein. Tekijän löytämiseen ei ole osoitettavissa yhtä yleistä periaatetta tai ohjetta, joka soveltuisi aina. Tekijä on kulloisenkin tapahtumisen »keskushahmo». Tavallisissa (tahallisissa) hallinta- eli herruusrikoksissa tekijältä edellytetään teonherruutta, tosiasiallista tapahtumainkulun hallintaa ja sen ohjailua. Teonherruus on sillä, josta seurauksen syntyminen tai sen syntymättä jääminen viime kädessä riippuu. Esimerkkeinä voidaan mainita tahalliset aktiivisella toiminnalla toteutetut pahoinpitely- ja surmaamisrikokset.

Velvollisuusrikoksissa teonherruudella ei ole tekijäasemaa perustavaa merkitystä, vaan yksinomaan velvollisuudenloukkaus osoittaa tekijän. Velvollisuusrikoksia ovat ennen kaikkea varsinaiset ja epävarsinaiset laiminlyöntirikokset, mutta myös sellaiset tekorikokset, joiden tunnusmerkistössä osoitetaan kysymykseen tuleva tekijä. Esimerkkeinä voidaan mainita virkarikok-

---

[72] *Roxin, Claus* 1994 (Täterschaft und Tatherrschaft, 1. painos 1963, 4. painos 1984, 6. painos 1994).

[73] Tatherrschaft-oppi tulee Langelta, jonka ajatuksia Welzel ja Gallas ovat edelleen kehittäneet. *Roxin* 1994, 2.

[74] *Welzel* 1967, 96.

[75] *Roxin* 1994, 16, 18.

[76] *Roxin* 1994, 19–20.

set.[77] Velvollisuusrikoksissa erityisvelvollisuudet osoittavat kysymykseen tulevan tekijän.

Kolmantena tunnusmerkistötyyppien ryhmänä ovat ns. omakätiset rikokset, joita puolestaan on kahta lajia. Joko ne ovat tekijärikosoikeudellisia (ns. elämäntaparikokset) tai rikoksia, joista puuttuu varsinainen oikeushyvän loukkaus. Jälkimmäiseen ryhmään kuuluvat lähinnä eräät seksuaalirikokset.[78] Molemmissa ryhmissä tekijänä tulee kysymykseen ainoastaan henkilö, joka toteuttaa välittömästi tunnusmerkistökuvauksen.

Mihin sitten sijoittuvat tuottamukselliset rikokset? Teoksen ensimmäisessä ja toisessa painoksessa ne sijoitettiin velvollisuusrikoksiin.[79] Omaksuttu ratkaisu seurasi siitä, että hylättiin perinteinen kausalistinen tarkastelu, jossa tuottamuksellinen rikos ymmärretään sekin vain seurauksen aiheuttamiseksi, ja sen sijaan korostetaan tuottamuksellisen rikoksen vääryyden kiinnittyvän olennaisesti itse huolimattomaan toimintaan. Toiminnan huolimattomuuden arviointi taas perustuu olennaisesti ns. objektiivisiin huolellisuusvelvollisuuksiin. Esimerkiksi Welzelin mukaan tuottamuksellisen teon tunnusmerkistössä finaalista tekoa tarkastellaan suhteessa käyttäytymisen ideaaliseen mittapuuhun (Leitbildverhalten). Jos toiminta on mittapuun mukaista, se on samalla asianmukaista, huolellista ja oikeudenmukaista, vaikka siitä aiheutuisi ei-toivottuja seurauksia.[80]

Roxinkin on muuttanut kantaansa tuottamuksellisiin rikoksiin nähden.[81] Hän katsoo aikaisemmin osaksi lyöneensä laimin kulloistenkin tekijäaseman perustavien rikosoikeuden ulkopuolisten erityisvelvollisuuksien erittelyn,[82] mistä johtuen hän tunnustaa yliarvioineensa velvollisuusrikosten määrän. Hän ei enää pidä tuottamuksellisia rikoksia velvollisuusrikoksina, sikäli kuin vääryyden konstituoiva yleisen huolellisuusvelvollisuuden loukkaus perustetaan

---

[77] Ks. tark. *Roxin* 1994, 352–355.

[78] Ks. *Roxin* 1994, 399–402, 410–420.

[79] *Roxin* 1994 (1. painos 1963), 527.

[80] *Welzel* 1967, 125. Hieman toisin 1. painoksessa 1947, 83–84, jossa huolimattomuuden kriteereinä ovat sosiaaliadekvanssin puuttuminen ja tekijän subjektiivinen kyky seurauksen estämiseen.

[81] *Roxin* 1994 (4. painos 1984), 621–622. Roxin jätti osallisuusopillisen tutkimuksensa 3. painoksesta pois sen tuottamuksellisia rikoksia käsittelevän 11 luvun. 4. painokseen lisätyssä loppuluvussa hän selittää, ettei hänen esittämäänsä rikoskategorioiden jaottelua herruus- ja velvollisuusrikoksiin ole kirjallisuudessa periaatteellisesti hylätty. Silti hänen mukaansa velvollisuusrikosten kategoria saa kasvavaa kannatusta.

[82] Ks. kuitenkin *Roxin* 1994 (1. painos 1963), 528 ss.

ainoastaan yleiseen, kaikkia kansalaisia koskevaan estämisvelvollisuuteen. Koska nuo yleiset kansalaisia koskevat velvollisuudet ovat samat niin tuottamuksellisissa kuin tahallisissakin rikoksissa, kyse on yleisistä syyksilukemisongelmista.[83]

Roxin on johtunut syyksilukemisproblematiikkaan siis myös tätä reittiä, tuottamuksellisia rikoksia koskevien osallisuusopillisten ongelmien kautta. Näin hän on »löytänyt» tahallisten ja tuottamuksellisten rikosten taustalta yhteisen normatiivisen aineksen, yleisen huolellisuusvelvollisuuden loukkauksen, jota nähdäkseni vastaa ajatus sallitusta riskistä ja kielletylle teolle tunnusomaisesta vaaran lisääntymisestä.

4.2.2 Roxin seurauksen objektiivisesta syyksilukemisesta

Roxin alkoi kehitellä yleistä syyksilukemisoppia ensin artikkeleissa ja myöhemmin oppikirjassaan. Kaksi varhaista artikkelia vuodelta 1962 olivat erityisen tärkeitä.[84] Edellisessä hän hyökkää ankarasti welzeliläistä finalismia vastaan. Samoin hän kritisoi ajatusta, että rikosoikeudessa olisi omaksuttava järjestelmän ulkopuolisia asialoogisia struktuureja. Tämä johtaa hänet väistämättä oikeusjärjestyksestä sisältönsä saaviin normatiivisiin teon ja syyksilukemisen käsitteisiin.[85]

Jälkimmäisessä artikkelissa hän kritisoi ankarasti Arthur Kaufmannin artikkelissa Die Bedeutung hypothetischer Erfolgsursachen im Strafrecht (1961) hypoteettisten kausaalikulkujen huomioon ottamisesta esittämiä »siviilioikeudellisia» ajatuksia vastaan pyrkien kokonaan kiistämään hypoteettisten, toteutumattomien kausaalikulkujen merkityksen rikosoikeudessa. Roxin esittää jo tässä varhaisessa artikkelissaan myöhemmän syyksilukemisoppinsa kulmakiveksi muodostuvan riskin lisäämisen periaatteen.[86]

Roxin julkaisi artikkelinsa (Roxin 1970) Richard Honigin juhlakirjassa. Artikkelin lähtökohdat juontuvat Honigin 40 vuotta aikaisemmin julkaisemasta kirjoituksesta »Kausalität und objektive Zurechnung», jota edellä on sivuttu.[87] Roxin näkee Honigin merkityksen siinä, että tämä ei kehittele »esi-

[83] *Roxin* 1994 (4. painos, 1984), 623.

[84] *Roxin* 1962 ja 1962a.

[85] Ks. erityisesti *Roxin* 1962, 530–531.

[86] *Roxin* 1962a, 430 ss. Myöhemmistä artikkeleista tärkeimpiä ovat *Roxin* 1970 ja 1973a.

[87] *Honig* 1930, 174–201.

oikeudellista» teon käsitettä rikosoikeusjärjestelmän perustaksi, vaan kytkee syyksilukemisen tiukasti rikostunnusmerkistöön. Näin ollen teon tunnusmerkistönmukaisuuden toteaminen ei merkitse vastuunrajoitusta, kuten yleensä ajatellaan, vaan vasta se muodostaa ylimalkaan vastuun perustan. Kysymys tunnusmerkistönmukaisuudesta on teon käsitteen perusta, eikä korrektiivi.[88]

Koska tunnusmerkistönmukaisuudesta on kiinni, onko kyse tietyn henkilön teosta vai ei, seuraa tästä, että vain normin asettamien velvollisuuksien rikkominen voi perustaa tekijän vastuun. Ja kääntäen: normin vaatimukset täyttävä toiminta ei milloinkaan salli seurauksen lukemista toimintaa harjoittaneen kulloisenkin henkilön syyksi. Jos velvollisuuden täyttävästä toiminnasta kuitenkin aiheutuu tunnusmerkistönmukainen seuraus, seuraus on aiheutunut sattumasta.[89]

Oikeudellisesti moitittavan käyttäytymisen tulee aina olla moitittavan seurauksen syntymisen suhteen vaarallista. Henkilöllisen vääryyden perustana on tuollainen vaarantaminen. Roxin lukee rikostunnusmerkistöjä siten, että niiden osoittamat velvollisuudet ovat normaalisti velvollisuuksia pidättyä objektiivisesti katsottuna vaarallisesta toiminnasta.

Roxinin tavoitteleman yleisen syyksilukemisopin edellytyksenä on, että objektiivinen aikaansaatavuus saadaan palautetuksi tunnusmerkistössä kielletyksi vaarantamiseksi. Seuraavaksi käymme systemaattisemmin läpi Roxinin käsityksiä objektiivisesta syyksilukemisesta.

a) Riskin vähentäminen

Jos vahingon syntyyn vaikuttanut toimenpide on konkreettisessa tilanteessa merkinnytkin riskin vähentämistä, seurausta ei voida lukea tämän henkilön syyksi. Näin käy esimerkiksi, jos A näkee kiven olevan lentämässä kohti B:n päätä, mutta saa sen kulkusuunnan muutetuksi siten, että se osuukin vain muualle vartaloon. Koska A:n toimenpide on tässä tapauksessa poikkeuksellisesti merkinnyt riskin pienentämistä, ei hänen syykseen voida lukea esimerkiksi ruumiinvamman tuottamusta.[90] Riskin vähentäminen on näin oikeastaan toisen suuntainen, symmetrinen vastine sille, mitä adekvaattisuusteoriassa tarkoitetaan seurauksen »edistämisellä».[91]

---

[88] *Honig* 1930, 195.

[89] *Roxin* 1970, 135.

[90] *Roxin* 1970, 136.

[91] Ks. myös relevanssiteorian tavasta ratkaista vastaava kysymys jo kausaalisuusopissa; *Honkasalo* 1965, 110.

b) Onko syntynyt oikeudellisesti relevantti riski

Tämäkin näkökohta palautuu adekvanssiteoriaan. Adekvanssiteoriassa kausaalisuhteelta vaadittiin usein, että toiminnan tuli edistää oikeudellisesti relevantin eli tunnusmerkistönmukaisen seurauksen syntymistä. Edistäminen puolestaan oli juuri vaarantamista. Finalismin ajoista lähtien korostettu tekijän henkilöllisen vääryyden vaatimus muuttaa tätä kuvaa ainoastaan sillä tavoin, että moitittavuus ulotetaan seurauksen aiheutumisen sijasta jo itse toimintaan, vaarantamiseen. Näin saadaan adekvanssiteoriasta syyksilukemissääntö: seurausta ei lueta tekijän syyksi, ellei hänen tekonsa ole aikaansaanut oikeudellisesti relevanttia riskiä oikeushyväloukkauksen syntymisestä.[92]

Roxinin mukaan mainittu syyksilukemissääntö (tai -periaate) kattaa sekä tahalliset että tuottamukselliset tekomuodot. Tuottamuksellisissa rikoksissa objektiivinen ennakoitavuus toimii kriteerinä, joka estää satunnaisten seurausten syyksilukemisen. Tahallisissakin rikoksissa päästään poikkeustapauksissa estämään seurauksen (objektiivinen) syyksilukeminen. Sama näkökohta soveltuu niinikään tapauksiin, joissa kausaalikulku on olennaisesti poikennut tekijän tarkoittamasta.[93] Jos B saa surmansa häntä kuljettavan sairasauton jouduttua liikenneonnettomuuteen tai sairaalaa kohdanneessa tulipalossa, seurausta ei voida lukea onnettomuutta edeltäneen tilanteen – loukkaantumisen tms. – aiheuttaneen henkilön syyksi. Autolla kuljettamiseen tai sairaalassa oleskeluun ei kuulu oikeudellisesti relevanttia riskiä tällaisista seurauksista.[94] Jos A heittää B:n sillan kaiteen ylitse tarkoituksenaan hukuttaa hänet, mutta uhri putoaakin kiviseen silta-arkkuun murskautuen kuoliaaksi, on kyseessä surmaamisteko, koska A:n toiminta piti jo alunperin sisällään myös tällaisen tapahtumainkulun riskin.

c) Sallitun riskin lisääminen

Myös tässä näkökohdassa on kyse kulloisenkin menettelyn vaarallisuudesta. Taustalla on ajatus, ettei lainsäätäjä ole tarkoittanut rikosoikeudellisin säännöksin kieltää kaikkea riskinottoa ja vaarantamista. Tällainen mahdollisuus lamauttaisi toteutuessaan täysin monet yhteiskunnassa hyödylliset toiminnot. Oikeusjärjestyksen mukainenkin toiminta sisältää riskinottoa. Lainsäätäjä ei asettaessaan kansalaisille velvollisuuksia tarkoita näitä riskejä. Seuraus voidaan syyksilukea vasta, kun oikeusjärjestyksen sallima riski on ylitetty.

[92] *Roxin* 1970, 136.
[93] Tahallisten rikosten osalta ks. *Honkasalo* 1967, 102 ss.
[94] *Roxin* 1970, 137.

Toisaalta, jos tuo kynnys ylitetään, on seuraus luettava Roxinin mukaan tekijän syyksi, vaikka seuraus olisi saattanut aiheutua myös oikeudenmukaisesta toiminnasta. Näin tullaan ydinkysymykseen, joka aktualisoituu erityisesti tuottamuksellisten rikosten kohdalla: millaista suhdetta normin rikkomiselta edellytetään syntyneeseen seuraukseen? Ns. versari in re illicita -oppi tarkoitti, että huolimaton tekijä vastatkoon kaikista tekonsa seurauksista.[95] Sen mukaisesti tekijä voidaan tuomita, vaikka seuraus varmasti olisi aiheutunut myös huolellisesta ja oikeudenmukaisesta toiminnasta. Riskin lisäämisen periaate johtaa tekijän vastuuseen kaikissa muissa tapauksissa, paitsi silloin, jos seuraus olisi varmasti aiheutunut myös oikeudenmukaisesta toiminnasta. Tätä vastaa ajatus, että muulloin on kyse tähän nähden riskin lisääntymisestä.

Huolellisuusnormin vastaisen toiminnan suhde syntyneeseen seuraukseen sisältää teemana monia jokseenkin klassisia rikosoikeuden ongelmia. Tällaisia kysymyksiä ovat esimerkiksi: Milloin on kyse huolimattomasta toiminnasta, milloin laiminlyönnistä? Selkeää sääntöä tähän tuntuu olevan vaikeaa esittää. Miten ongelma jakaantuu aineellis-oikeudelliseen ja prosessioikeudelliselliseen puoleensa? Vaaditaanko hypoteettiselta kausaalikululta täyttä varmuutta, jolloin epäselvässä tapauksessa soveltuu in dubio pro reo -sääntö, mikä johtaa aina syytetyn kannalta edulliseen lopputulokseen? Millaista todennäköisyyttä vahingon välttämiseen sitten edellytetään vaihtoehtoisen, huolellisen toiminnan osalta, jotta seuraus voidaan lukea (objektiivisesti) tekijän syyksi?

Asian kaikkia piirteitä ei tässä ole mahdollista eikä tarpeenkaan ryhtyä selvittämään. Roxin on käsitellyt artikkelissaan vuodelta 1962 (*Roxin* 1962a) varsin monia niistä. Oikeuskirjallisuudesta tutuista esimerkkitapauksista siinä esiintyvät pyöräilijätapaus,[96] apteekkaritapaus,[97] vuohenkarvatapaus[98] ja novokaiinitapaus.[99]

Roxinin riskin lisäämisen periaate on oikeastaan ajateltu juuri tällaisia erikoisia ongelmatapauksia varten. Sallitun riskin ylittävä vaarantaminen perustaa aina tekijän vastuun, ellei seuraus olisi varmasti aiheutunut myös huo-

---

[95] Kyseisen opin taustasta ja yhteydestä syyksilukemiseen ks. *Bindokat* 1977. Hän mainitsee kyseisen opin kannattajiksi Eberhart Schmidtin ja Spendelin. – Ks. myös *Roxin* 1962a, 430–431.

[96] BGHSt 11, 1–7.

[97] RGSt 15, 151–155.

[98] RGSt 63, 211–215.

[99] Päätös on julkaisematon, mutta silti tapaus esiintyy toistuvasti kirjallisuudessa.

lellisesta toiminnasta. Roxinin käsityksen mukaan suuri osa perinteisistä ongelmista tämäntapaisten »kiperien tapausten» kohdalla on johtunut siitä, ettei ole osattu sanoa, onko kyse huolimattomasta toiminnasta vai laiminlyönnistä.[100] Oikeuskäytäntö on horjunut johtaen toisinaan syytetyn vapautumiseen sillä perusteella, että »rikosoikeudellinen kausaliteetti puuttuu» (pyöräilijätapaus), toisinaan siksi, että kyseessä katsottiin olevan laiminlyönti, jonka kausaalisuudelta taas edellytetään »varmuutta lähenevää todennäköisyyttä».[101]

Riskin lisäämisen periaate johtaa varsin laajaan rangaistavuuteen, mikä onkin ollut pääkritiikkinä sitä vastaan.[102] Toisaalta periaatteen etuna on, että se voidaan luontevasti liittää teon ja laiminlyönnin erotteluun. Niinpä Roxinin mukaan on aina ensin selvitettävä, onko positiivisen teon ja seurauksen välillä kausaalisuhde, jolloin kausaalisuus toimii kriteerinä aktiivisen tekemisen ja laiminlyönnin erottamiseksi.[103] Esimerkkitapaukset ovat silloin kaikki tuottamuksellisia tekoja, ja niiden syyksilukemisongelma osoittautuu samanrakenteiseksi.

Roxinin kehittelemä riskinottoajattelu osoittaa sallitulle riskille sille kuuluvan paikan: huolellisuusnormin mukainen toiminta ei voi olla kiellettyä vaarantamista. Esimerkiksi vuohenkarvatapauksessa asianmukaisesta vuohenkarvojen desinfioinnista huolimatta jonkinasteinen tartuntavaara olisi ollut jäljellä. Silti tähän sallittuun riskiin vedoten ei voi olla luvallista luopua desinfioinnista. Lainsäätäjä voisi halutessaan kieltää vuohenkarvojen käsittelyn teollisuudessa kokonaan, jolloin tällainenkin vaarantaminen tulisi kielletyksi.[104]

Sallittu riski ilmaisee selvästikin samantyyppisen ajatuksen kuin ns. sosiaaliadekvanssi. Objektiivinen aikaansaatavuus, josta edellä on ollut puhetta, merkitsee vastuuseen joutumisen mahdollisuuden yleistä alarajaa. Se on puo-

---

[100] *Roxin* 1962a, 413–414. Aikaisemmin jopa Bundesgerichtshof (BGH) katsoi teon ja laiminlyönnin eron olevan ainoastaan moitittavuuden painopisteessä. Tuottamuksellisen teon ja laiminlyönnillä toteutetun rikoksen ero on tärkeä, koska vastuu laiminlyönnistä edellyttää vastuuasemaa.

[101] Ks. esim. *Jescheck* 1988, 560.

[102] Ks. esim. *Arthur Kaufmann* 1985, 273–283.

[103] Ks. esim. *Jescheck* 1988, 545–546; ongelmaa monimutkaistaa kuitenkin se, että nykyään asetetaan laiminlyönnin rangaistavuudelle myös samanarvoisuusvaatimus, eli laiminlyönnin tulee vastata (aktiivista) tekemistä. Ks. siitä *Jescheck* 1988, 568–569; *Nuutila* 1996, 249–314. Nuutila kehittelee tapahtumainkulun hallinnan kriteeriä teon ja laiminlyönnin yhdistävänä tekijänä.

[104] *Roxin* 1970, 138–139.

lestaan yhteydessä vaarantamiseen sillä tavoin, että jos esimerkiksi vuohenkarvatapauksessa desinfiointi osoittautuu täysin tehottomaksi, työntekijöiden tartuttaminen »laiminlyömällä desinfiointi» ei ole objektiivisesti aikaansaatavissa, koska se ei lisää sallittua riskiä.[105] Tästä Roxin vetää johtopäätöksen, että vaikka vuohenkarvatehtailijalla siinä tapauksessa olisi surmaamistahallisuus, häntä ei objektiivisen aikaansaatavuuden puuttuessa voitaisi rangaista kuin mahdollisesta kelvottomasta yrityksestä.[106]

Nähdäkseni tällainen ajatus, että tahallisen ja tuottamuksellisen teon taustalla nähdään yhteinen sallitun vaarantamisen kattava alue, on osin ongelmallinen. On nimittäin varsin luontevaa ajatella, että kansalaisille asetettavat huolellisuusvelvollisuudet poikkeavat toisistaan näissä rikoksentekomuodoissa.

Ajatellaanpa vaikka kuuluisaa pyöräilijätapausta. Tapausfaktat olivat seuraavat: Syytetty ohitti perävaunullisella kuorma-autolla (t. vast., »Lastzug») suoralla, 6 m leveällä tiellä hyvän näkyvyyden vallitessa samaan suuntaan ajaneen pyöräilijän. Ohitusetäisyys sivusuunnassa oli vain 75 cm, kun asianmukainen etäisyys olisi ollut 1–1,5 m. Pyöräilijä, jonka veren alkoholipitoisuus oli 1,96 promillea, horjahti ohituksen aikana sillä seurauksella, että hänen päänsä joutui ohittavan ajoneuvon takapyörän alle, mistä oli seurauksena välitön kuolema. BGHSt vapautti syytetyn kuolemantuottamussyytteestä tuomiten hänet ainoastaan sakkorangaistukseen StVO 1 ja 49 §:ien rikkomisesta. BGH perusti ratkaisunsa siihen käsitykseen, että onnettomuus olisi hyvin todennäköisesti sattunut myös velvollisuuksien mukaisesti ohitettaessa.

Roxinin riskin lisäämisen periaate olisi johtanut autoilijan vastuuseen myös pyöräilijän kuolemasta. Tapausfaktojen valossa ohitus ylitti sallitun riskin, koska on mahdollista, että onnettomuus olisi vältetty, mikäli olisi noudatettu asianmukaista ohitusetäisyyttä. Sallittu riski on ohittamista asianmukaiselta etäisyydeltä.

Ajatellaan, että autoilija olisi sattumoisin tiennyt pyöräilijän humalatilasta, tai esimerkiksi, että pyöräilijän ajotapa olisi paljastanut, ettei kaikki ollut kohdallaan. On ilmeistä, että ohittajalta vaadittava huolellisuus riippuu suuressa määrin teko-olosuhteista. Onkin luultavaa, ettei tuomioistuin olisi katsonut 1–1,5 m:n ohitusetäisyyttä enää riittäväksi, jos autoilijalla oli syytä olettaa pyöräilijän olevan tavallista suuremmassa vaarassa liikenteessä.

---

[105] Ks. esim. *Roxin* 1970, 140.

[106] Saksassa kelvotonkin yritys on tietyin edellytyksin periaatteessa rangaistava. Ks. StGB § 23.

Vaikka pyöräilijä olisi ajanut täysin moitteettomasti, mutta autoilija jostakin syystä sattumalta tiesi pyöräilijän vahvasta humalatilasta, ei hänellä enää olisi »oikeusjärjestyksen antamaa lupaa» ottaa pyöräilijän suhteen sitä riskiä, mikä muuten oli hänelle luvallista, puhumattakaan siitä, että autoilijalla olisi lisäksi surmaamistahallisuus. Sallitun riskin ajatusta ei ole tarpeen tulkita kääntäen sillä tavoin, että tuottamuksellisena rankaisematon vaarantaminen aina olisi ilman muuta sallittua.[107]

Roxinin eräänä ongelmana on ilmeisesti se, että hän olettaa sallitun riskinoton rajoista päättävät normit liian yleispäteviksi. Tämä huomio saattaa syyksilukemisopin yleisyyden epäilyksenalaiseksi. Jos näet objektiivinen ennakoitavuus tai objektiivinen toteutettavuus ei tarjoakaan syyksilukemisen yleisiä periaatteita, saatetaan joutua luopumaan yrityksestä kehittää yleistä oppia objektiivisesta syyksilukemisesta.

Tahallisissa rikoksissa seurauksen adekvaattisuuden puuttumiseen perustuva vastuunrajoitus on usein koettu ongelmalliseksi. Voisiko esimerkiksi tunnusmerkistön edellyttämä kausaalisuhde jäädä toteutumatta jonkun ampuessa toista surmaamisen aikomuksessa pitkän etäisyyden päästä aikomuksessaan onnistuen. Jos laukaus osuu ja tekee tehtävänsä, on vaikea kuvitella, että vastuunrajoitukseen voitaisiin päästä objektiivisen tunnusmerkistön alueella siitä syystä, että esimerkiksi seurauksen adekvaattisuus, teon vaarallisuus, seurauksen objektiivinen aikaansaatavuus, objektiivinen huolimattomuus tai sallitun riskin ylitys jää puuttumaan. Tähän tarvitaan toista näkökohtaa, josta seuraavaksi.

d) Normin suojelupiiri

Oppi normin suojelupiiriin eli tarkoitukseen perustettavasta vastuunrajoituksesta on peräisin siviilioikeudesta. Roxinin mukaan sen omaksuminen rikosoikeudessa on ollut vaivalloista sen vuoksi, että tällaisen puhtaan normatiivisen vastuunrajoituskriteerin sijoittaminen systematiikkaan on ollut vaikeaa niin kauan kuin on luultu olevan kyse vain kausaalisuusproblematiikasta.[108] Normin suojelupiirin tulkinta on objektiivisesta aikaansaatavuudesta riippumaton, sitä täydentävä syyksilukemisen apuväline.[109]

---

[107] Todellisuudessa Roxin vaatiikin tekijällä olleen erityistiedon huomioon ottamista, kun arvioidaan sitä, oliko teossa kyse kielletystä vaarantamisesta. Vaarantaminen arvioidaan objektiivis-jälkikäteisen ennusteen pohjalta, jossa havainnoijan tiedettävissä olevaan lisätään konkreettisella tekijällä ollut erityistieto. *Roxin* 1997, § 11 B I Rn 50. – Ks. ongelmasta myös *Nuutila* 1996, 429–430.

[108] *Roxin* 1970, 140.

[109] *Roxin* 1970, 140–141.

Tyypillinen esimerkki normin suojelupiirin vaikutuksesta itse normin tulkintaan on tilanne, jossa ajokortiton kuorma-autoilija ajaa jalankulkijan päälle rikkomatta liikennesääntöjä. Jos autoilija ei olisi ajanut lainkaan, ei onnettomuuttakaan olisi sattunut. Liikennesääntöjen mukainen ajaminen ei kuitenkaan ole kiellettyä vaarantamista.[110] Vastaavasti esimerkiksi nopeusrajoitusten tarkoituksena on kieltää riskinotto vain niiden vaikutusalueella.

Jescheckin mainitsemana on tullut tunnetuksi tapaus (RG 63, 392), jossa kaksi pyöräilijää ajoi ilman ajovaloja peräkkäin pimeässä, ja heistä etummainen törmäsi vastaantulevaan pyöräilijään. Onnettomuuden estämiseen olisi riittänyt, että takana ajavalla olisi ollut asianmukainen ajovalo. Silti hänen menettelynsä ei voi johtaa vastuuseen onnettomuudesta, koska velvoite ajovalojen käyttämiseen ei perustu siihen, että muut tielläliikkujat tulevat valaistuiksi.

Samaan tulokseen olisi mahdollista päätyä myös muilla perusteilla, eikä yleensä tämäntapaisissa tilanteissa kolmannen vastuuta pohdittane lainkaan. Roxinin käsityksen mukaan jälkimmäisen pyöräilijän menettely ilman muuta lisäsi myös edellä ajavan onnettomuusriskiä. Valojenkäyttövelvollisuuden suojelupiiri rajoittuu silti omaa ajoneuvoa koskeviin onnettomuusriskeihin.[111]

Edellistä mielenkiintoisempi tapausryhmä on käsillä, kun siirrytään käsittelemään vastuuta onnettomuuksien etäisvaikutuksista. Ajatellaan, että A on liikenteessä aiheuttanut huolimattomuudellaan B:n kuoleman, mistä kuultuaan B:n äiti saa shokin ja joutuu turvautumaan sairaalahoitoon. Harva varmasti ryhtyisi vakavasti pohtimaan mahdollisuutta rankaista A:ta myös B:n äidin vamman tuottamuksesta, vaikka seuraus sinänsä on ennakoitavissa. Liikennesääntöjen noudattamisen tarkoituksena ei kuitenkaan ole estää tämäntapaisia välillisiä seurauksia. On kriminaalipoliittisesti perusteltua rajata tekijän rikosoikeudellista vastuuta välillisistä tekojen seurauksista, vaikka siviilioikeudellinen vastuu voi olla tarpeen ulottaa tällaisiinkin vahinkoihin.[112]

Osuvalta tuntuu normin suojelupiiriin perustettava vastuunrajoitus joskus myös silloin, kun vahinkoseuraus on syntynyt vasta sen seurauksena, että yritys torjua uhkaavaa vahinkoa on epäonnistunut. Onko seuraus silloin luet-

[110] Vrt. *Wolter* 1981, 341 ss. Wolter toteaa tällaisessa tapauksessa vaaran realisoitumisen jäävän toteutumatta. Hänen käsityksensä mukaan seurauksessa ei ole realisoitunut kuorma-autoilijan ajokortittomuudesta aiheutunut, vaan jokin muu vaara. Normin suojelupiirinäkökohta auttaa erottamaan toisistaan seurauksen syntymisen suhteen relevantit ja irrelevantit vaarat.

[111] *Roxin* 1970, 141.

[112] *Roxin* 1970, 141–142.

tava alkuperäisen vaaran aiheuttajan syyksi? Esimerkkinä tällaisesta tilanteesta voidaan mainita asetelma, jossa uimavalvoja on laiminlyönyt tehtävänsä, lapsi on sen vuoksi joutunut vaaratilanteeseen, ja tämän pelastamista yrittävä kolmas hukkuu.

Ei voida kiistää, etteikö tuollaisen seurauksen syntymahdollisuus olisi ennakoitavissa. Roxinin mielestä olisi vahingollista, jos syntyneissä vaaratilanteissa avunpyynnöstä ja ehkä pelastustoimestakin luovuttaisiin mahdollisen lisävastuun pelossa. Samaten olisi kohtuutonta, että täysin hurjapäinenkin pelastustoimi luettaisiin epäonnistuttuaan alkuperäisestä vaaratilanteesta vastaavan henkilön syyksi. Järkevämpää on ajatella, että itsensä vaaraan saattaneet pelastushenkilöt vastaavat itse ottamistaan riskeistä. Näin tullaan takaisin jo mainittuun omavastuuperiaatteeseen.[113] Normin suojelupiiriä on sen mukaisesti tulkittava siten, etteivät sen piiriin kuulu mainitut ehdot täyttävät itse otetut riskit. Modernissa saksalaisessa oikeuskäytännössä on näkökohdalla merkitystä erityisesti eräissä huumausaineiden käyttöön liittyvissä tapauksissa, joissa yhteinen käyttö on johtanut toisen kuolemaan.

Roxin kiinnittää huomiota siihen, että normin suojelupiiriajatus on joustava, eikä ole estettä tulkita sitä tuottamuksellisissa rikoksissa tahallisista rikoksista poikkeavasti. Tässä suhteessa näkökohta eroaa edellisissä kohdissa käsitellystä objektiivisesta aikaansaatavuudesta, joka on aina rangaistavuuden edellytyksenä. Jos joku todella tarkoittaa surmata huonokuntoisen vanhuksen tappamalla hänen poikansa, tai jos joku tahallaan saattaa lapsen vaaraan, jotta lapsen isä saisi surmansa pelastustoimessa, voidaan teko kummassakin tapauksessa katsoa tahalliseksi surmaamiseksi. Rikosoikeudellinen teon käsite on tällä tavoin riippuvainen kriminaalipoliittisista arvostuksista, jotka poikkeavat toisistaan tahallisissa ja tuottamuksellisissa rikoksissa, ja samasta syystä rikosoikeudellinen teon käsite eroaa vahingonkorvausoikeudellisesta.[114]

4.2.3 Roxinin opin arviointia

Oppikirjassaan Roxin jakaa opin objektiivisesta syyksilukemisesta kolmeen kohtaan. Ensin on selvitettävä, oliko ylipäätään saatu aikaan kielletty riski.

---

[113] Ks. »oppia vastuualueista», *Wolter* 1981, 344 ss.

[114] Silti voi sanoa, ettei tämäkään ole suoranaisesti uutta esimerkiksi Honkasalon kausaalisuusoppiin verrattuna, sillä tällaiset näkökohdat voitaisiin periaatteessa ottaa huomioon seurauksen tunnusmerkistönmukaisuutta tulkittaessa. Ks. *Honkasalo* 1933, 51 ss.; *Honkasalo* 1965, 110. Ks. myös Wolterin varsin varovaista suhtautumista näkökohdan soveltumiseen, *Wolter* 1981, 343.

Seurausrikoksessa edellytetään, että kielletty riskinotto on realisoitunut syntyneessä seurauksessa. Lisäksi erillisenä kysymysryhmänä tulee selvitettäväksi, ulottuuko kyseinen rikostunnusmerkistö syntyneeseen seuraukseen. Perusrakenteeltaan Roxinin teoria tulee lähelle sitä, miten Nuutilakin on myöhemmin pääkysymykset jäsentänyt. Kielletyn riskin realisoitumisen sijaan Nuutila puhuu kielletyn riskinoton relevanssista. Samaan tapaan kuin Roxin, myös Nuutila erottaa tunnusmerkistön ulottuvuus -tarkastelun edellisestä. Tunnusmerkistön ulottuvuudessa taas esillä ovat – aivan kuten Roxinilla – eritoten ne tilanteet, joissa osallistutaan toisen itsensä vaarantamiseen.[115]

Koska Nuutila on vastikään käsitellyt perusteellisesti näitä kolmea näkökohtaa – ei kuitenkaan Roxinin tarkoittamalla tavalla osana tunnusmerkistönmukaisuusoppia, vaan teon huolimattomuuden osana – ei tässä ole tarpeen ryhtyä laajamittaisesti selvittämään samoja kysymyksiä vain siitä syystä, että esitys joissakin vähäisissä kysymyksissä voisi poiketa Nuutilan esityksestä. Tyydyn niin Roxinin – kuin myöhemmin Nuutilan – oppien osalta aivan pääkohtien arviointiin ja kehittelyyn siltä osin kuin se liittyy esitykseni tarpeisiin.

Roxin siis kuuluu selkeästi niihin kirjoittajiin, jotka työstävät riskinlisäämisnäkökohdalla operoivaa oppia objektiivisesta syyksilukemisesta. Tekijä on teollaan lisännyt riskiä seurauksen syntymisestä ja sellainen riski on ollut kielletty. Lisäksi kielletty riski on realisoitunut tunnusmerkistönmukaisessa seurauksessa. Roxinin mukaan sallittu riskinotto sulkee pois teon tunnusmerkistönmukaisuuden. Yleisimmät sallitun riskin perusteet tulevat tällä tasolla otetuiksi huomioon, kun taas osa sallitun riskin tapauksista kuuluu oikeuttamisperusteisiin. Hyöty-haitta-vertailun perusteella sallitut toiminnot, kuten tieliikenne, kuuluvat edelliseen ryhmään. Liikenteessä sääntöjen mukaan toimittaessa ei koskaan syyllistytä kiellettyyn riskinottoon, vaikka itse toteutettaisiinkin aivan hyödytöntä intressiä, kuten huviajelua.

Roxinin syyksilukemisopissa kiinnittää huomiota tiukka oppositioasenne suhteessa hypoteettisten kausaalikulkujen huomioon ottamiseen.[116] Vain hyvin harvoin tekijän voi vapauttaa vastuusta se, että jokin muu syy olisi yhtä lailla johtanut saman seurauksen syntyyn. Tämän näkökohdan merkityksen selvittämisessä olisi ollut eduksi, jos Roxin olisi käyttänyt hyväkseen selvemmin modernia kausaalisuusteoreettista keskustelua. Se hypoteettisuus, josta Roxin puhuu, on aivan muuta kuin kausaaliyhteyttä koskevan väitteen kontrafaktuaalinen elementti. On selvää, että hypoteettiset muut syyt eivät

[115] *Roxin* 1997, § 11 Rn 47–119; *Nuutila* 1996, 299–524.
[116] *Roxin* 1997, § 11 B I Rn 52–58.

voi vaikuttaa olennaisesti tekijän vastuuta supistavaan suuntaan. Sen sijaan tapahtumainkulun kausaalisista suhteista jää usein muuta epävarmuutta. Se tulee asianmukaisesti otettavaksi huomioon vasta kysymyksessä, joka koskee riskin realisoitumista syntyneessä seurauksessa.

Riskin realisoitumista koskevassa syyksilukemisvaatimuksessa Roxin tahtoo selkeästi erottaa kaksi tapaa puhua normin suojelutavoitteeseen palautuvasta perustelusta. Roxin näkee eron siinä, puhutaanko huolellisuusvelvollisuutta määrittävän normin tarkoituksesta vai suorastaan koko tunnusmerkistön suojelutavoitteesta.[117] Huolellisuusvelvoitetta koskeva normi määrittää Roxinin mukaan sallitun riskin alan, ja juuri huolellisuusvelvoitteen suojelutavoitteesta on kysymys. Konkreettinen tapahtumienkulku tulee saattaa suhteeseen huolellisuusvelvoitteen tavoitteen kanssa. Tämä on välttämätöntä siitä syystä, että huolellisuusvelvoite voi joskus tuottaa refleksinomaista suojaa oikeushyvälle, eli sellaistakin suojaa, jota sinänsä ei ole tarkoitettu annettavaksi. Esimerkiksi ajovalojen käyttövelvollisuus ei ole tarkoitettu kattamaan niitä tilanteita, joissa onnettomuus välttyisi sen vuoksi, että ajovalot olisivat valaisseet toisen ajoneuvon, kuten jo mainittiin. Tunnusmerkistön suojelutavoitteesta puhuminen taas liittyy tunnusmerkistön ulottuvuudessa käsiteltäviin tilanteisiin.[118]

Tämä erottelu on tärkeä, mutta samalla osoittaa yhden kriittisen kohdan Roxinin syyksilukemisopissa. Mitä Roxin oikeastaan tarkoittaa tällä yleisellä huolellisuusnormilla, jota on korjattava huolellisuusnormin tarkoitusta koskevalla konkretisoinnilla? Itse lähtisin siitä, että ei ole tarpeen konstruoida huolellisuusvelvollisuuksia sillä tavoin, että niistä edes olisi tarpeen puhua yleisinä normeina. Lopputulokseen tämä ei suuresti vaikuta. Huolellisuusvelvollisuus määritetään tapauskohtaisesti suhteuttaen teko ja tapahtumainkulku oikeusjärjestyksen asettamiin vaatimuksiin.

---

[117] Viime mainitusta on kyse tunnusmerkistön ulottuvuuteen palautuvissa syyksilukemisperusteissa. Erottelua voidaan havainnollista niin, että huolellisuusvelvoitteen tarkoituksen selvittämisessä on kyse oikeushyvien tarkoitettujen suojaamistapojen esille saamisesta. Huolellisuusvelvoitteita perustellaan tietyillä vahinkoon johtavien kausaalikulkujen mahdollisuuksilla. Tunnusmerkistön ulottuvuudessa taas kyse ei niinkään ole suojaamisen tavasta vaan siitä, saako jokin oikeushyvä ylimalkaan tietyn tunnusmerkistön mukaista suojaa. Esimerkiksi RL 21 luvun mukaisissa rikoksissa edellytetään toisen hengen ja terveyden vaarantamista. Itseen kohdistuvat teot jäävät sen tunnusmerkistöjen ulkopuolelle. Tästä periaatteesta voidaan johtaa tiettyjä »supistuksia» myös niihin suojaamisen tapoihin, joilla toiseen kohdistuvissa teoissa on tarkoitettu annettavan suojaa. Loppujen lopuksi tästäkin suunnasta tullaan suojan tapoja koskeviin kysymyksiin. Ks. esim. *Roxin* 1997, § 11 B I Rn 90–104.

[118] *Roxin* 1997, § 11 B I Rn 73–75.

Jos lähtökohtana ovat yleiset huolellisuusvelvoitteet, joita sitten supistetaan ottamalla huomioon huolellisuusvelvoitteiden tavoite ja tarkoituksenmukaisuus yksittäistapauksessa, olennaiseksi tulee yleisen velvoitteen ja yksittäistapauksellisen, sovelletun velvoitteen erottelu. Huolellisuusvelvoitteet määräytyvät yleisinä prima facie -velvoitteina. Soveltamistilanteessa saattaa kuitenkin ilmetä, ettei huolellisuusvelvoitetta ole tarkoitettu tiettyjä tekoja ja tapahtumainkuluja varten. Kyse olisi vain suojarefleksistä, suojan heijastusvaikutuksesta, joka tulee rajata tarkoitetun suojan ulkopuolelle. Yleiset huolellisuusvelvoitteet voidaan sen vuoksi ymmärtää tietynlaisiksi yleistetyiksi vaarantamiskielloiksi, joiden kiellon alaan prima facie kuuluu niin tarkoitettuja kuin tarkoittamattomiakin tilanteita. Yleisen huolellisuusvelvoitteen rikkominen samastuu tietyntasoiseen »on omiaan» -vaarantamiseen käyttäytymisnormia rikkomalla. Syyksilukemisen sääntönä seurauksen syyksilukemisen välitys konkreettisen, tavoitteisiinsa suhteutetun huolellisuusvelvoitteen rikkomisen kautta kertoo siitä, että yleisellä tasolla käyttäytymisnormin rikkominen ei vielä »ennakoi» seurauksen syyksilukemista. Tällainen rajoitus on siis myös Roxinin teoriassa, jossa riskin lisäämisen periaate tuntuisi monessa suhteessa toimivan vastuuta laajasti perustavasti.

Roxinin mallissa riskin lisäämisen tai korottamisen periaatetta ei käytetä yleisellä tasolla syyksilukemisperiaatteena, vaan tapauskohtaisesti sovellettuna. Tämä merkitsee sitä, että käyttäytymisnormin, kiellon mielekkyyttä kysytään, kun ex post kaikki tieto tapahtumainkulusta on saatavilla. Asiallisesti ottaen riskinlisäämisoppi vaatimuksineen riskin realisoitumisesta kielletyssä seurauksessa tukeutuu vahvasti ajatukseen kieltojen tarkoitusperistä.[119] Jää kuitenkin hieman epäselväksi, tarvitaanko riskinlisäämisoppia oikeastaan enää lainkaan. Eikö riitä, että soveltamistilanteessa selvitetään se, voidaanko käyttäytymiskiellolla perustella vastuuta myös syntyneestä seurauksesta? Tässä otetaan huomioon konkreettinen tilanne ja seuraukseen johtanut tapahtumainkulku. Riskinlisäämisoppi toimisi vain apuvälineenä kiellon tarkoituksen selvittämisessä lähinnä siinä suhteessa, että mikäli moitteettomasti toimittaessa vahinko olisi aivan yhtä lailla voinut sattua, seurauksen syyksilukeminen ei vastaa kiellon tarkoitusta. Normin tarkoituksen tulkinnassa ja soveltamisessa taas tullaan takaisin sellaiseen kausaalikulkujen vertailuun, jota Roxin toisaalla pyrkii torjumaan.

---

[119] Roxinin mukaan oppi normien tarkoituksista ei voi korvata riskinlisäämisoppia vaan ainoastaan täydentää sitä. Edellinen on »rakennettava» jälkimmäisen »sisään». *Roxin* 1997, § 11 B I Rn 89.

Kiellot siis kattavat tietyt tilanteet ja tapahtumienkulut. Mikäli jälkeenpäin ei voida varmuudella tietää, olisiko huolellisuusvelvoitteen täyttäminen estänyt seurauksen synnyn tai ainakin lisännyt mahdollisuuksia onnettomuuden välttämiseen, riskinlisäämisoppi perustelee melko laajan tekijän vastuun myös seurauksista. Tekijä ei saa hyväkseen in dubio pro reo -säännön tuomaa vapautusta näissä tilanteissa. Kieltonormin ajatellaan säilyttävän mielekkyytensä näissäkin tilanteissa, jos huolellisuusvelvoitteen täyttäminen olisi lisännyt mahdollisuuksia onnettomuuden välttämiseen.[120]

Korostamalla huolellisuusvelvoitteiden konkretisointia suhteessa tarkoitusperiinsä Roxin pystyy pitkälle poistamaan ne ongelmat, joita riskinlisäämisoppi seurauksen syyksilukemisoppina muuten merkitsisi. Normin tarkoitukset siirtävät tarkastelun konkreettisen teon tai laiminlyönnin tasolle, joten arvioitavaksi tulee kuitenkin konkreettinen vahinkoihin johtanut tapahtumainkulku. Riskinlisäämisoppia ei sen vuoksi voi syyttää siitä, että syyksilukemisessa operoitaisiin kausaalikulkujen suhteen tendenssimäisten yleistysten varassa.[121] Yleisluonteisella vaarantamisella ei sinänsä vielä voida perustella seurauksen syyksilukemista.[122]

4.2.4 Jareborg teon huolimattomuudesta

Jareborg kehittelee normatiivista syyksilukemisoppiaan tuottamusopin osana, mistä hän näkee selviä etuja. Huolimattomuuden käsitteellä on sijansa tavanomaisessa kielenkäytössä, ja se myös sallii perusteellisen argumentaation.[123] Teon huolimattomuuden vaatimus asetetaan kaikkia rikoksia koskevaksi. Näin ei oikeastaan ole enää kyse perinteisestä tuottamusopista: teon huolimattomuutta edellytetään myös tahallisissa rikoksissa.[124]

---

[120] Ks. *Roxin* 1997, § 11 B I Rn 76–81.

[121] Kuten edellä jo mainittiin, Jareborg korostaa sitä, että kausaaliyhteyksissä on kiinnitettävä huomiota myös geneettiseen mekanismiin, eli siihen tapaan, jolla kausaaliketju rakentuu pienistä osasista. Kausaaliketju pitää yksittäistapauksessa selvittää tällä tavoin, eikä sen sijaan teon ja seurauksen suoraan yhteen kytkevillä yleistyksillä. Ks. *Jareborg* 1984, 148–150; *Jareborg* 1995, 86.

[122] Yksi laajimmista riskinlisäämisopin kannattajien esittämistä vastuutulkinnoista on Ottolla. Hänen mukaansa riskinlisäämisopilla selvästikin voidaan korvata kausaalisuusvaatimus seurauksen syyksilukemisessa ja perustaa syyksilukeminen suoraan vaarantamiseen. Ks. *Otto* 1980, passim.

[123] *Jareborg* 1997, 439.

[124] *Jareborg* 1994, 37.

Seurausta ei Jareborgin mukaan tee huolimattomuudesta aiheutuneeksi vielä se, että tekijä on syyllistynyt kiellettyä riskinottoa sisältävään tekoon, ja että teko on aiheuttanut seurauksen. Näiden kahden seikan lisäksi edellytetään kontrolloidun teon sisältämän riskinoton olevan relevanttia kontrolloimattoman seurauksen syntymisen suhteen. Riskin tulee olla toteutunut seurauksessa. Faktisen kausaalikulun, joka johtaa teosta tai laiminlyönnistä seuraukseen, tulee olla esimerkki siitä riskinotosta, joka tekee toiminnan huolimattomaksi ja kielletyksi. Tapahtumainkulun tulee kuulua niiden tapahtumien luokkaan, joka tekevät kontrolloidusta teosta huolimattoman.[125]

Teon huolimattomuus edellyttää, että »kontrolloimaton seuraus ja syyyhteys kontrolloidun teon (tai laiminlyönnin) ja kontrolloimattoman seurauksen välillä mahtuu sellaisten tapahtumien joukkoon, joiden otaksuttava sattuminen muodosti hyvän perusteen luopua teon suorittamisesta (tai ryhtyä laiminlyötyyn tekoon).» Ensin on siis kysyttävä, miksi kontrolloitu teko on huolimaton, johon vastataan osoittamalla joukko otaksuttavia tapahtumainkulkuja. Esimerkiksi ohitettaessa pyöräilijöitä varomattomasti tullevat kysymykseen, paitsi tyypilliset ohituskolarit, myös pyöräilijöiden väistöliikkeistä eri osapuolille aiheutuneet vahingot. Sen sijaan otaksuttavien tapahtumakulkujen piiriin eivät ehkä kuuluisi pyöräilijän kuolema pelästymisen aikaansaamaan sydänkohtaukseen tms. Jos ei-toivottava (moitittava) seuraus on syntynyt, on kysyttävä, kuuluiko seuraukseen johtanut tapahtumakulku niiden otaksuttavien tapahtumakulkujen joukkoon, jotka muodostavat hyvän perusteen luopua teon tekemisestä.[126]

Jareborgin rikosopin kantava ajatus on, että rikoksen tulee aina sisältää kiellettyä (otillåten) riskinottoa. Kielletty riskinotto tulee kriteerinä hyvin lähelle Roxinin riskinlisäämisperiaatetta. Silti sen muotoilu poikkeaa terminologisesti Roxinin vastaavasta ja myös arvoperusta on osaksi erilainen. Jareborgin mukaan teko ei voi olla huolimaton, ellei se sisällä kiellettyä riskinottoa. Teon huolimattomuus (gärningsculpa), eräänlainen »objektiivinen, ulkoinen huolimattomuus», on kaikissa, niin tahallisissa kuin tuottamuksellisissakin rikoksissa teon oikeudenvastaisuuden edellytys. Teon huolimattomuus vastaa näin sittenkin varsin pitkälle saksalaisissa oppikirjoissa omaksuttua objektiivista syyksilukemista.[127]

---

[125] *Jareborg* 1994, 35.

[126] *Jareborg* 1984, 241.

[127] Ks. *Jareborg* 1984, 226. Ero on hyvin suhteellinen. Modernissa saksalaisessa rikosopissakin on kategorioita entistä vähemmän. Entisen kolmen peruskategorian – tunnusmerkistönmukaisuus, oikeudenvastaisuus, syyllisyys (neljäntenä ehkä teon käsite) –

Kiellettyä riskinottoa koskeva vaatimus eritellään Jareborgin opeissa kolmeen tilanteeseen (huolimaton teko, laiminlyönti, varotoimien laiminlyönti). Teko sisältää kiellettyä riskinottoa eli teko on huolimaton, jos 1) kontrolloidun teon suorittaminen sisältää riskin kontrolloimattoman seurauksen syntymisestä; ja 2) tämä riski on sellainen, että on hyviä perusteita luopua (= pitää luopua) teon suorittamisesta, jos tahdotaan välttää seurauksen syntyminen.[128]

Laiminlyönti taas voi olla riskinottona kiellettyä, jos tuohon laiminlyötyyn tekoon ryhtymistä olisi ollut vaadittava sen vuoksi, että seuraus voitaisiin välttää.[129]

Usein riskinotto on kiellettyä sen vuoksi, että tekoon ryhdytään kiinnittämättä samalla riittävästi huomiota mahdollisuuksiin varotoimin vähentää teosta johtuvia riskejä. Tällöin riskinoton kiellettyisyys perustetaan ennen muuta siihen, että vaadittavat turvatoimenpiteet on laiminlyöty.[130] Tämä tapaustyyppi on eräässä mielessä sekamuotoinen, sillä siinä tekoon liittyy varotoimenpiteiden laiminlyönti.

Määrittämällä kielletyn riskinoton raja määritetään samalla teon huolimattomuuden alueen alaraja. Jareborg toteaa, että vaikeinta on sen toteaminen, milloin mainitunlaiset hyvät perusteet ovat olemassa. Koska lainsäätäjä ei voi suorittaa tällaista rajankäyntiä loppuun asti, se on jätettävä tuomioistuinten tehtäväksi.[131] Perusteiden »hyvyyden» arviointi on arvostuskysymys, josta Jareborg käyttää myös nimitystä rangaistusarvoarvostelma (straffvärdebedömning).

Jareborgin mukaan tuomioistuimet ratkoessaan tuottamukseen liittyviä rajatapauksia rikoksissa, joissa kausaalisuusongelmia esiintyy – eritoten BrB 3 luku – tarkoittavat huolimattomuudella mainittua teon huolimattomuutta, eivät henkilöllistä tuottamuksellisuutta, joka perinteisesti ajatellen kuuluu

---

sijasta on joskus esitetty, että tavoiterationaalinen systeemi rakentuu ainoastaan vääryyden ja vastuullisuuden (eli syyllisyyden) kategorioille. Jareborgin rikoskäsite, jossa vastuu edellyttää teon oikeudenvastaisuutta ja tekijän henkilökohtaista vastuuta, tulee varsin lähelle tätä. Ks. esim. *Schünemann* 1984, 55–57. Yleisesti saksalaisessa rikoslainopissa pidetään edelleenkin kiinni tunnusmerkistönmukaisuuden ja oikeudenvastaisuuden erottelusta. Tunnusmerkistönmukaisuuden alaisuudessa käsitellään jo osa niistä tilanteista, joissa tekijän ottama riski ei ole kielletty.

[128] *Jareborg* 1984, 228; *Jareborg* 1994, 44.

[129] *Jareborg* 1984, 230–231; *Jareborg* 1994, 46–47.

[130] *Jareborg* 1984, 231–233; *Jareborg* 1994, 47–49. – Ks. myös jo *Jareborg* 1977, 17–19.

[131] *Jareborg* 1984, 246.

subjektiiviseen syyllisyyteen.[132] Jareborgillahan rikos rakentuu oikeudenvastaisesta teosta ja tekijän henkilökohtaisesta vastuusta, joista edellinen viittaa perinteisesti ajatellen rikoksen objektiiviseen, jälkimmäinen subjektiiviseen puoleen.

Jareborgin mukaan teko on kielletty eli oikeudenvastainen, jos 1) kyse on rangaistavaksi säädetystä teosta sen täyttäessä rikossäännöksessä annetun teonkuvauksen, 2) teon hallinnan vaatimus täyttyy teon huolimattomuutena, 3) teko kuuluu (Ruotsin) rikoslain soveltamisalaan, 4) eikä vallitse olosuhteita, jotka tekevät teon oikeudenmukaiseksi.[133]

Teon hallinnan vaatimuksen asettaminen merkitsee, että Jareborg pyrkii korostamaan teon huolimattomuus -oppinsa asemaa rikoslainopillisena peruskategoriana. Yläkäsitteenä teon huolimattomuudelle esitetään teon hallinnan vaatimus. Tuon hallinnan – hallittavuuden – tulee ulottua koko syyksiluettavaan tapahtumaketjuun.

Neljännessä ryhmässä tulee esille sellaisia vastuuta poissulkevia perusteita, joita voitaisiin kutsua oikeuttamisperusteiksi.[134] Kirjoitettujen poikkeussääntöjen lisäksi on olemassa kirjoittamattomia poikkeussääntöjä, joita käsitellään sosiaaliadekvanssin otsikolla.[135] Sosiaaliadekvanssi merkitsee teon katsomista oikeudenmukaiseksi kirjoittamattoman poikkeussäännön avulla, ilman lain suoranaista tukea.[136] Sosiaaliadekvanssi käsittää useita tilanteita, joista kantavuudeltaan ja tärkeydeltään yleisimmät liittyvät joko teon huolimattomuuden puuttumiseen tai loukatun suostumukseen.

Jareborg käsittelee sosiaaliadekvanssin yhteydessä teon huolimattomuudesta ja loukatun suostumuksesta erillisinä eräitä mm. urheiluun ja siihen rinnastettaviin toimintoihin sekä lääkinnällisiin toimenpiteisiin liittyviä sallitun ja kielletyn riskinoton rajatapauksia.[137] Ne eivät kuitenkaan tuo keskusteluun sinänsä uusia näkökohtia, vaan niissäkin on kyse hyväksyttävän käyttäytymisen rajojen standardisoinnista.

Samalla tavoin kuin modernissa saksalaisessa rikosoikeusdogmatiikassa kausaalisuusteoriat, erityisesti adekvaattisuusteoria, korvataan syyksilukemista

---

[132] *Jareborg* 1984, 226; *Jareborg* 1994, 37–38.

[133] *Jareborg* 1984, 67; *Jareborg* 1994, 22–25.

[134] *Jareborg* 1984, 67–68, 140–142; *Jareborg* 1994, 23.

[135] *Jareborg* 1994, 180–192; vrt. *Wolter* 1981, 350 ss., ja *Wolter* 1984, 117. Wolterin käsityksen mukaan vaaran lisäämisen periaate ja normin suojelupiirin ajatus ovat tekijän vastuuta rajoittavia, mutta samalla vääryyden perustavia oikeudellisia instituutteja, jotka ovat luonteeltaan kirjoittamattomia vääryystunnusmerkkejä.

[136] *Jareborg* 1984, 248–262.

[137] *Jareborg* 1994, 182–192.

käsittelevillä opeilla, teon huolimattomuus tekee seurauksen syntymiseltä edellytetyn adekvaattisuuden tarpeettomaksi yleisenä teon oikeudenvastaisuuden edellytyksenä.

Jareborg kritisoi adekvanssioppia teon huolimattomuus -vaatimusta valaisevalla tavalla. Ensinnäkin adekvanssioppi ei hyödytä tapauksissa, joissa aiheutunut seuraus on tavanomainen, mutta tekoa ei silti voi katsoa yhteiskunnassa kielletyksi. Tämä puoli asiasta koskee perinteisesti sosiaaliadekvanssina käsiteltäviä tapauksia. Toinen, merkittävämpi ongelma adekvanssiopissa on se, että tekojen ja seurausten kuvaustapa vaikuttaa siihen miten todennäköisyyksiä ja ennakoitavuuksia arvioidaan. Tämän vuoksi lopputulos on lähes mielivaltaisesti manipuloitavissa. Mitä yleisemmin seuraus kuvataan, sitä helpommin se näyttäytyy ennakoitavana.[138] Teon huolimattomuus -opissa ei käsitellä tällaisia yleistettyjä tekoja ja niiden ominaisuuksia, vaan konkreettisten tapahtumainkulkujen otaksuttavuutta.

Raja kielletyn ja sallitun (tai pikemminkin: rikosoikeudellisesti sääntelemättömän) käyttäytymisen välillä määritetään siis olennaisesti jo päätettäessä teon huolimattomuudesta. Yleiseltä kannalta katsottuna kyse on oikeudellisen ratkaisutoiminnan avulla tapahtuvasta hyväksyttävän käyttäytymisen rajojen standardisoinnista.[139] Viime kädessä ratkaisulinja on ohjeena kansalaisille siitä, mikä on kiellettyä käyttäytymistä, mikä ei. Standardit ovat empiiristen yleistysten luontoisia käsityksiä siitä, milloin teon huolimattomuuden perustavat hyvät syyt teosta luopumiseen ovat olemassa. Jareborg pitää niitä käytännössä oikeudellisina normeina. Tällaiset normit saattavat muuttua niiden tausta-arvostusten muuttumisen myötä. Usein käyttäytymisstandardeja saadaan rikoslain ulkopuolisista laeista sekä viranomaisten antamista ohjeista ja määräyksistä. Myös muunlaiset toimintatavat, ohjeet ja käytännöt voivat olla apuna kielletystä riskinotosta päätettäessä.[140]

Jareborgin mukaan sallitun ja kielletyn riskinoton rajaa määritettäessä voidaan siis usein turvautua myös olemassaolevaan normistoon. Erilaiset turvanormit ym. ovat »stardardikandidaatteja», joiden mukaisesti voidaan alustavasti suuntautua. Standardikandidaatit luovat presumtioita siitä, että niitä rikkova käyttäytyminen samalla on kiellettyä riskinottoa. Tuo presumointi on kuitenkin vasta alustavaa ja helposti kumottavissa, mikäli normin nou-

[138] Ks. *Jareborg* 1984, 250–251, 252; ks. myös jo *Honkasalo* 1965, 120–121 ja *Strahl* 1976, 73.

[139] *Jareborg* 1984, 233.

[140] *Jareborg* 1984, 233–236; *Jareborg* 1994, 51–54.

dattamisella ei olisi ollut kyseisessä tapauksessa relevanssia seurauksen synnyn kannalta.[141]

Jareborgin mukaan teon huolimattomuuden arviointi voi osoittautua hyvin vaikeaksi: kausaalisuusteorioiden merkityksen väheneminen ei tarkoita, että käytännön ratkaisutoiminta olisi tästä syystä tullut helpommaksi. Kysymyksen ratkaisua ei voida perustaa selviin normeihin. Jareborg toteaa teon huolimattomuudesta, että se on oikeudellisena instrumenttina »tylppä». Sen haittapuolena on heikko oikeusvarmuus ja mielivallan mahdollisuus, mutta etuna puolestaan joustavuus ja mahdollisuus sopeuttaa ratkaisut uusiin tarpeisiin ja arvostuksiin. Tuomioistuinten tehtäväksi jätetään tietoisesti rangaistusarvon arviointi, koska rangaistavan rajaa ei pystytä lainsäädännön tasolla kokonaan määrittämään.[142]

Kokonaisuutena ajatellen Jareborgin systematiikka muistuttaa paljon esimerkiksi Jescheckin tai Roxinin oppikirjassa esitettyä. Pyrkimys on yhteinen, sillä saksalaisessa rikoslainopissa korostetaan käsitteiden normativisointia, millä tarkoitetaan jokseenkin samaa kuin mitä Jareborg tavoittelee tekemällä teon rangaistavuuden riippuvaiseksi arvostusratkaisusta. Erona on se, että esimerkiksi Roxin korostaa toistuvasti kyseen olevan lainsäätäjän harkinnasta ja arvostuksista, kun taas Jareborg näkee tuon ratkaisun viime kädessä jäävän aina tuomioistuimen tasolla tapahtuvaksi. Jareborgin etuna saksalaisiin kirjoittajiin verrattuna on yksinkertaisempi terminologia. Etuna pitäisin myös sitä, että opissaan teon huolimattomuudesta Jareborg pystyy yhdistämään Roxinin kaksi hieman irrallisiksi jäävää periaatetta, riskin lisäämisen periaatteen ja normin suojelupiirin tulkinnan, yhden käsitteen, teon huolimattomuuden, alaisuuteen. Tämä taas on paljolti sen ansiota, että arvostusratkaisu siirretään yleiseltä tasolta konkreettisen tapauksen ja tapahtumainkulun tasolle. Siinä on nähdäkseni Jareborgin varsinainen edistysaskel. Toisaalta pelkästään konkreettisella tasolla ei milloinkaan ole mahdollista pysyä, sillä yksittäisratkaisun tulee aina ilmaista yleinen sääntö eli olla luomassa käyttäytymisstandardia. Siinä mielessä teon huolimattomuutta koskevassa ratkaisussa on mukana yleistävä elementti.

Jareborgin syyksilukemisopissa on vahvana puolena se, että kielletty riskinotto ja sen perusteena oleva normatiivinen arvio kielletystä vaarantami-

---

[141] *Jareborg* 1994, 51–53. – Näin ollen Jareborg tulee lähelle vastaavantyyppistä asetelmaa kuin Roxinilla tavattiin hänen käsitellessään yleistä huolellisuusvelvoitetta ja sen rikkomista. Normin tarkoituksella voitiin vielä korjata seurauksen syyksilukemista koskevaa ratkaisua, vaikka yleistä huolellisuusvelvoitetta olisi rikottu.

[142] *Jareborg* 1994, 67.

sesta määritetään suhteessa konkreettisten tapahtumainkulkujen mahdollisuuteen. Tuollaisten tapahtumainkulkujen otaksuttavuus voi vielä normatiivisesti joustaa sillä tavoin, että alempi todennäköisyys voi riittää, mikäli kyse on hyvin vakavista seurauksista.[143] Jareborgin ei ole siten lainkaan tarpeen puhua erikseen riskin lisäämisestä seurausten syyksilukemisen yhteydessä tai edes kielletyn riskinoton rajaa määritettäessä. Jareborg ikään kuin operoi konkreettisella vaaralla syyksilukemisopissaan, ja vieläpä määrittelee konkreettisenkin vaaran hyvin konkreettisesti.[144] Roxinin riskinlisäämisoppi taas pikemminkin perustuu teon yleisempään vaarallisuuteen, mitä kotimaisessa terminologiassa vastaisi abstrakti vaarantaminen. Todellisuudessa Jareborg kuitenkin tulee lähelle Roxinin kantaa sen vuoksi, että hän kuitenkin hyväksyy kielletyn riskinoton rajaa määrittäville standardikandidaateille huolimattomuuden presumoivan merkityksen.

Toinen tekijän vastuuta laajentavaan suuntaan osoittava seikka on se, että myös Jareborg pyrkii rajaamaan hypoteettisten kausaalikulkujen huomioon ottamista. Esimerkiksi pyöräilijätapauksessa Jareborg on valmis pitämään huolimattomasti pyöräilijän ohittanutta autoilijaa vastuullisena syntyneestä seurauksesta, vaikka periaatteessa sama seuraus olisi syntynyt juopunutta pyöräilijää oikeinkin ohitettaessa.[145]

Jareborgin rikosopissa teon huolimattomuus -vaatimus jää kuitenkin normatiivisesti melko avoimeksi. Tämä saattaisi johtua siitä, että normin tarkoituksilla ei operoida kovinkaan suoraan. Jää jossain määrin avoimeksi, mistä sallitun ja kielletyn riskinoton rajat oikeastaan saadaan, ellei tuomioistuinkäytännöstä itsestään.[146] Rikosvastuun rajat jäävät avoimiksi esimerkiksi suhteessa valtiosäännön tasoiseen perusoikeus- ja ihmisoikeusnormistoon. Jareborgilla normatiivinen riskinoton rajojen määrittely jää yleistä moraalista arvottamista muistuttavaan asetelmaan. Riskinoton kiellettyisyyttä konstituoivaa hyvien syiden argumentaatiomallia ei täsmennetä pidemmälle eikä suhteuteta esimerkiksi niihin oikeuksiin ja vapauksiin, joita rangaistuksin

[143] Ks. *Jareborg* 1994, 32. »Plausibiliteetin» teoriaa on kehitellyt tieteenfilosofiassa *Rescher* 1973, 98–131. Esim. todennäköisyysarvoisten väitelauseiden konjunktion todennäköisyys laskee, kun taas otaksuttavuus säilyy. Todennäköisyydellä ja otaksuttavuudella on muitakin toisistaan eroavia ominaisuuksia.

[144] *Jareborg* 1994, 31.

[145] *Jareborg* 1994, 64–65; *Jareborg* 1997, 453: »What would have happened if the driver had kept the required distance is totally irrelevant.»

[146] Ks. *Jareborg* 1994, 52, missä Jareborg mainitsee, ettei huolellisuusstandardien tarkoituksilla ole mitään välitöntä oikeudellista merkitystä. Ks. myös *mt.*, 64. Vrt. kuit. esim. *mt.*, 63, esimerkin 1 ratkaisuun.

sanktioiduilla käyttäytymismuodoilla rajoitetaan. On selvää, että toiminnan hyödyllisyys ja sosiaalinen arvo nostaa sitä kynnystä, milloin riskinottoa aletaan pitää kiellettynä. Tämäntyyppiset hyötynäkökohdat jäävät pitkälle kehittelemättä.[147]

Olennaisinta on, että sallitun ja kielletyn riskinoton rajan määrittävä normatiivinen aines ei tule varsinaisesti esille. Esimerkiksi sosiaaliadekvanssia koskevat säännöt Jareborg näkee poikkeussäännöiksi, joiden tehtävänä on lähinnä toimia jonkinlaisena turvallisuusventtiilinä sen sijaan, että hän pyrkisi selvittämään, mihin periaatteisiin tarve arvioida näitä tilanteita tavanomaisesta poikkeavasti oikeastaan palautuu. Jareborg näkee poikkeukseksi sen, minkä voisi myös nähdä periaatteen ilmaukseksi.[148] Jareborg nimenomaan haluaa jättää teon huolimattomuutta koskevan ratkaisun argumentatiivisesti avoimeksi, eli korostaa argumentatiivisuutta, mutta hän ei pyri täsmentämään sitä, mihin erilaisten asiaan ratkaisuun vaikuttavien argumenttien voima ja paino oikeastaan perustuu. Kiellettyä riskinottoa määrittävä argumentaatiomalli jää siinä mielessä formaaliksi, että se ei johda varsinaiseen teoriaan teon huolimattomuudesta. Teorian sijasta tarjotaan käsitteellinen argumentaatiomalli, jolla teon huolimattomuutta koskevat ratkaisut voidaan esittää, mutta jolla ratkaisujen hyväksyttävyyttä ei varsinaisesti voi mitata.

Jareborgin normatiivinen syyksilukemismalli jää niinikään hieman yksipuoliseksi siinä mielessä, että saksalaisten tunnusmerkistön ulottuvuudessa käsittelemiä ongelmaryhmiä pohditaan suhteellisen niukasti. Jareborg ei tahdo operoida normien tarkoituksilla. Luultavasti sen vuoksi jää erikseen kehittelemättä, millaisin periaattein tekijän vastuuta voidaan rajata, mikäli hän on esimerkiksi myötävaikuttanut toisen itsensävaarantamiseen. Jareborgin teon huolimattomuusmalli hahmottaa tekijän ja uhrin välisen suhteen niin voimakkaasti yhdensuuntaisena aiheutussuhteena, että tällaiset teemat eivät nouse kovin paljon esille. Siinä missä Roxin kehittää oppia tunnusmerkistön ulottuvuudesta, Jareborg operoi vielä lähinnä suoraan loukatun suostumusta koskevilla opeilla.

Jareborgin oppi teon huolimattomuudesta rakentuu selkeästi sen ajatuksen varaan, että rikostekoa voidaan analysoida yhtäältä tekijän näkökulmasta kiellettynä riskinottona ja toisaalta tekijän ja uhrin näkökulmasta kiellet-

[147] Ks. kuitenkin *Jareborg* 1994, 44, missä hyvien syiden vallitsemista koskevaa normatiivista ratkaisua luonnehditaan usein taustaltaan ideologiseksi ja kulttuuriseksi. Ks. myös *mt.*, 47–49, 56.

[148] Ks. esim. *Jareborg* 1994, 182–192.

tynä vaarantamisena. Jää hieman epäselväksi, minkä vuoksi oikeastaan on ylimalkaan tarpeen puhua *huolimattomuudesta* käyttäytymisnormin täsmentämisen ja määrittämisen yhteydessä. Kyse on sen määrittämisestä objektiivisin perustein, onko syyllistytty sellaiseen vaaralliseen ja vaarantavaan menettelyyn, joka on kiellettyä ja johon voidaan kytkeä tekijän vastuu myös syntyneistä seurauksista. Esimerkiksi yhteisen riskinoton tilanteessa Jareborg lähtee sitä, että kumpikin riskinottajista vastaa toiselle syntyneistä seurauksista. Uhrin itsemääräämisoikeudesta lähteviä rangaistavuutta rajoittavia periaatteita ei kehitellä samaan tapaan kuin saksalaisessa lainopissa. Jareborg ei näe tekijän vastuuta tällaisissa tilanteissa ongelmaksi.[149]

Luultavasti sen vuoksi, että sallitun ja kielletyn rajasta puhutaan teon huolimattomuutta koskevana ratkaisuna, vaarantamisrikoksille voidaan varata varsin vähän huomiota. Seurauksen syyksilukemisen kannalta relevantti kielletty riskinotto edellyttää yleensä konkreettista vaaraa seurauksen syntymisestä.[150] Konkreettisen ja abstraktin vaaran erottelun merkitys on ennen muuta siinä, että abstraktia vaaraa ei lainkaan voida käyttää sellaisena syyksilukemisperiaatteena, jonka välityksin olisi edettävissä konkreettisen vaaran tai vahinkoseurauksen syyksilukemiseen. Abstraktista vaarasta Jareborg puhuu riskinä, tarkoittaen sillä sellaista konkreettista vaaraa, josta eksistentiaalinen seurauksen syntymahdollisuus on poistettu.[151] Tilanteen hallinnan vaatimus heijastuu on omiaan -rikosten tulkintaan siten, että on omiaan -vaarantamisesta ei ole kysymys, mikäli tekijä on katsonut kykenevänsä estämään sen, että teosta saattaisi johtua tietty seuraus.

Roxinin ja Jareborgin teoriamallit tarjoavat hyvän lähtökohdan edelleen kehittelylle. Niin Roxinin kuin Jareborgin teorioiden tarkastelussa on käynyt selväksi, että oikeudellisilla arvostuksilla argumentointi ja ratkaisuun pyrkiminen on olennainen osa sisällöllisen rangaistavuuden rajojen määrittelyä. Roxinilla oikeudelliset arvostusperiaatteet tulevat normatiivisen syyksilukemisopin osaksi huolellisuusvelvoitteiden ja kokonaisten tunnusmerkistöjen suojelutarkoitusten kautta. Tunnusmerkistöjen soveltamista koskeva

[149] *Jareborg* 1994, 66–67.

[150] Konkreettisen vaaran ja kielletyn riskinoton suhteesta ks. *Jareborg* 1994, 49–51.

[151] *Jareborg* 1994, 32. Jareborg välttää sinänsä puhumasta abstraktista vaarasta, ja tarkastelee erikseen tiettyjä tilanteita, joissa on arvioitava vaaraa konkreettista vaaraa yleisemmältä kannalta. Ks. *Jareborg* 1995, 106–113, jossa kuitenkin pyritään aina tarkastelemaan konkreettisen teon vaarallisuutta. On omiaan -vaarantamista arvioidaan oikeuskäytännössä lähinnä riskinottona ilman, että asetetaan edes vahingon tapahtumisen otaksuttavuus-vaatimusta.

argumentointi kuitenkin välillä väistyy sen vuoksi, että Roxin niin voimakkaasti korostaa riskinlisäämisperiaatettaan. Juuri normien tarkoitusten käyttö tulkinta-apuna kuitenkin varmistaa sen, ettei riskinlisäämisoppi – järkevästi tulkittuna – johda oikeusjärjestyksen periaatteiden vastaiseen rikosoikeudellisen vastuun laajenemiseen. Tässä työssä em. teorioiden aineksia voidaan hyödyntää lähinnä vaarantamisrikosten lainopin kehittelyssä.

Saksalaista normatiivista syyksilukemisoppia vaivaa kuitenkin sen kehittely osana yleistä rikosvastuuopin teoriaa, mistä syystä oppi tulee sidotuksi osin sellaisiin lähtökohtiin, jotka ovat pohjoismaiselle ajattelulle vieraita. Erityisesti tämä liittyy yleisten huolellisuusvelvoitteiden ymmärtämiseen melko jäykästi. Tästä voisi seurata tekijän vastuuta laajentavaa kehitystä. Vaikka objektiivisen syyksilukemisopin taustalla vaikuttavat periaatteet ovat hyvin esillä, ja sitä kautta ratkaisun argumentatiivinen avoimuus korostuu, esillä on myös toiseen suuntaan vaikuttavia tekijöitä. Saksalaisen teorianmuodostuksen erityinen ansio puolestaan on, että ratkaisujen kytkentä normien tarkoitusten kautta taustaperiaatteisiin tulee selkeästi esille. Tämä on tärkeää, jos ajatellaan ns. kriittisen oikeuspositivismin ohjelmaa ja sovelluksia.

Myös Jareborgin teoriasta on ammennettavissa paljonkin hyviä vaikutteita. Terminologisesti se on luontevampi ja kotimaista perinnettä lähempänä, vaikkakaan ei kaikilta osin aivan tyydyttävä. Jareborgin teoria teon huolimattomuudesta ei ole sisällöllisessä mielessä oikeudelliselta kannalta kovin pitkälle kehitelty, mutta hän on esimerkiksi saksalaisia kirjoittajia pidemmällä tarkkanäköisissä käsitteiden keskinäissuhteita koskevissa »rakenneanalyyseissään». Jareborg nimenomaan paikantaa käsitteenmäärittelyillään sen normatiivisen kentän, jolla oikeudelliset ratkaisut on tehtävä. Hänen mieltymyksensä konkreettisuuteen ja tapauskohtaisuuteen yleispiirteiden ja yleistysten kustannuksella jopa kertoo siitä, että ulkonainenkin teon kiellettyisyys ja oikeudenvastaisuus voi heijastella sellaisia arvostuksia, jotka varsinaisesti tulevat vastaan syyllisyysvaatimuksia tulkittaessa. Jareborg ei tarvitse – toisin kuin Roxin – normien tarkoituksia teon huolimattomuutta koskevien ratkaisujen sitomiseen konkreettisten tapahtumienkulkujen arvosteluun. Jareborgin teorian formaalisuus ja niukkuus sisällöllisten periaatteiden kehittelyssä osoittaa taas tarpeen edetä tähän suuntaan.

4.2.5 Kotimaisia kehittelyitä

Kotimaisessa rikosoikeustieteessä on viime aikoina kehitelty korostetun normatiivisia syyksilukemisoppeja ja vaikutteita on otettu niin saksalaisesta kuin pohjoismaisestakin lainopillisesta kirjallisuudesta. Oppikirjatasolla ensimmäi-

set tällaiset kehitelmät ovat Frände[152] ja Nuutilan[153] teokset. Kummankin terminologinen ratkaisu on puhua kielletystä riskinotosta ja teon huolimattomuudesta.

Frände teon huolimattomuutta koskeva oppi muistuttaa monessa suhteessa Jareborgin kehittelemää. Selvimpiä eroja lienee se, että Frände – toisin kuin Jareborg – erottelee teon tunnusmerkistönmukaisuuden ja oikeudenvastaisuuden. Teon huolimattomuus asetetaan jo tunnusmerkistönmukaisuuden edellytykseksi.[154] Teon huolimattomuudesta puhutaan otaksuttavuuden sijasta subjektiivisen todennäköisyyden termein. Seurauksen riski määritellään ex ante -näkökulmasta. Vaikka todennäköisyyttä arvioidaan subjektiivisesti, se tehdään kuitenkin standardihenkilön eikä todellisen tekijän näkökulmasta. Siinä missä Jareborgille ratkaiseva kysymys asettuu teon kieltävien hyvien syiden vallitsemista koskevaksi, Frände näkee tuon harkintaratkaisun periaatteiden punnintaratkaisuna. Tässä mielessä Fränden mallikin on varsin avoin argumentaatiomalli. Toisaalta Frände sulkee tuota malliaan sillä, että laintasoiset rikosoikeudellisesti sanktioidut turvamääräykset saavat prima facie melko vahvan painoarvon seuraustenkin syyksilukemisen kannalta. Tarvitaan merkittävää perusteluarsenaalia teon huolimattomuutta koskevan oletuksen kumoamiseksi.[155]

Frände ei tee kovin selkeää eroa kielletyn riskinoton ja kielletyn riskin (relevantin) realisoitumisen välillä. Myöskään teon huolimattomuuden ja konkreettisen vaaran suhde ei tule täysin selväksi. Frände nimittäin katsoo teon huolimattomuuden olevan käsillä esimerkiksi, jos sairaanhoitaja A ottaa lääkekaapista lääkeampullin, jonka sisällön B on vaihtanut, ja antaa sen potilaalle.[156] Kyse on tyypillisestä piilevän vaarallisuuden tilanteesta. Jareborg sen sijaan katsoo ratkaisevaksi sen, olisiko tavanomaisella tavalla huolellinen sairaanhoitaja voinut havaita tilanteessa epäilyttäviä seikkoja. Teon huolimattomuus ei siis olisi välttämättä käsillä.[157]

Fränden mallissa teon huolimattomuusopin sovellusalueeksi tulevat vahinkoseurausta edellyttävät rikostunnusmerkistöt. Jos esimerkiksi lainsäätäjä kriminalisoi konkreettisen, vakavan vaarantamisen (kuten RL 21:13:ssa),

[152] *Frände* 1994, 103–115.
[153] *Nuutila* 1995, 74–88.
[154] *Frände* 1994, 103–104.
[155] *Frände* 1994, 106–108.
[156] *Frände* 1994, 199.
[157] Frände päätyy sulkemaan pois sairaanhoitajan vastuun sillä perusteella, ettei tällä ehkä ollut tilaisuutta huomata kyseistä vaihtumista.

Frände ei aseta erillistä teon huolimattomuuden vaatimusta. Vasta oikeuttamisperusteiden yhteydessä voi tällaisia näkökohtia tulla esille. Myöskään tekorikoksissa kuten rattijuopumus tai perätön lausuma opille ei jää soveltamisalaa.[158]

Teon huolimattomuuden soveltamisalan mainitunlainen rajaus on nähdäkseni kritiikille altis. On nimittäin muistettava, että opilla kielletystä riskinotosta määritetään normatiivisesti sallitun ja kielletyn rajaa. Aivan samalla tavoin kuin tekijän vastuuta seurauksesta ei vielä voida perustella sillä, että hän on aiheuttanut seurauksen, ei vaarantaminenkaan perustele vastuuta, ellei vaarantamista ole tavalla tai toisella normatiivisesti kvalifioitu. Rangaistava konkreettinen vaarantaminen on erotettava muusta konkreettisesta vaarantamisesta. Ei ole syytä olettaa, että konkreettisen vaarantamisen rangaistavuuden kynnys olisi olosuhteista ja esimerkiksi seurauksen laadusta riippumatta yhdellä kriteerillä määriteltävissä. Myös esimerkiksi kysymyksellä itsen tai toisen vaarantamisesta on aivan vastaava merkitys konkreettisessa vaarantamisrikoksessa kuin vahinkoseurausta edellyttävässä rikoksessa. On tarpeen edellyttää kiellettyä riskinottoa myös konkreettiselta vaarantamiselta. Muussa tapauksessa ei esimerkiksi piilevän vaarallisuuden tilanteissa päästäisi tässä vaiheessa tyydyttävään vastuunrajaukseen.[159]

Jareborgista poiketen Frände argumentoi melko pitkälle – ja hieman kaavamaisesti – vastuuta rajaavaan suuntaan tietoisen riskinoton ja uhrin omavastuun periaatteella.[160] Myös normin tarkoituksille jää muutoinkin tilaa soveltamisalan rajauksessa. Kielletyn riskinoton relevanssia seurauksen synnyn kannalta Frände luultavasti arvioisi hieman yleisemmältä kannalta kuin Jareborg tai Roxin. Frände kritisoi ajatusta hypoteettisesta kokeesta sen suhteen, olisiko huolellinen toiminta estänyt seurauksen synnyn. Hän nimenomaan korostaa sitä, että riskiä arvioidaan aina ex ante, ennen kuin tapahtumista tiedetään mitään. Vaikuttaa siltä, että tämän vuoksi normien tarkoituksilla argumentoinnin tarve korostuu.[161]

---

[158] *Frände* 1994, 105.

[159] Vastaavantyyppistä kritiikkiä, ks. myös *Nuutila* 1996, 292–293. – Toinen asia on, että selkeää toimintanormia vastaan rikottaessa, kuten tavallisessa rattijuopumuksessa, erilliselle teon huolimattomuusopille ei varsinaisesti jää tilaa. Tuon normin tulkinnasta erillistä korjausta ei tarvita. – On myös huomattava, että Frände ei jätä sosiaaliadekvanssille erillistä soveltamisalaa.

[160] Kritiikistä ks. esim. *Nuutila* 1996, 468–474, missä korostetaan suojeluvastuun usein merkitsevän sitä, että muukin kuin itsensä vaarantava voi olla seurauksista vastuussa. Toisaalta vastuuasemaopille suositellaan toistaiseksi suppeaa tulkintaa.

[161] Ks. *Frände* 1994, 114–116.

Nuutila on epäilemättä kehitellyt Suomessa pisimmälle ajatusta kielletystä riskinotosta. Jo varhemmassa oppikirjassa[162] on selvitelty opin pääpiirteet, joita myöhemmässä väitöskirjatutkimuksessa seikkaperäisesti kehitellään. Nuutilan peruskonseptiota voi sanoa yhdistelmäksi saksalaisia ja pohjoismaisia vaikutteita. Terminologisesti oppirakennelma tulee lähelle Jareborgin omaksumaa (kielletty riski, kielletyn riskinoton relevanssi), mutta toisaalta sisällöllisessä suhteessa Nuutila kehittelee oppiaan selvästi saksalaisessa kirjallisuudessa esillä olleiden tapausasetelmien suuntaisesti. Jo oppikirjassa työstetään esimerkiksi sallitun riskin määrittäviä periaatteita varsin pitkälle. Erityisesti hyöty-haitta -vertailun ymmärretään viime kädessä määrittävän riskinoton sallittavuutta.[163] Sallitun riskin alaisuudessa käsitellään mm. tieliikenteen luottamusperiaatetta, perusteltua työnjakoa ja yhteistä riskinottoa. Kielletyn riskinoton relevanssin yhteydessä esillä on vastaavasti joukko hieman irrallisiksi jääviä tyyppitapauksia.[164]

Se, mikä oppikirjassa vielä on hieman jäsentymättömässä muodossa, saa sitten hyvin systemaattisen esityksen väitöskirjassa. Nuutila ilmoittaa pyrkivänsä tulkintajuridisiin tavoitteisiin eikä kehittelevänsä teon huolimattomuuden yleisiä perusteita. Hän pyrkii »jäsentämään käytyä keskustelua, erottamaan ongelmakohtia omiksi ryhmikseen ja täsmentämään sitä, mistä kiistakysymyksissä on konkreettisesti ollut kysymys».[165]

Nuutilan opissa teon huolimattomuus ymmärretään osaksi vaatimusta teon tunnusmerkistönmukaisuudesta. Rikoksen on aina oltava kiellettyä riskinottoa, oli kyse millaisesta kriminalisoinnista hyvänsä. Kielletyn riskinoton relevanssi ja tunnusmerkistön ulottuvuus sen sijaan koskevat vain loukkaamisrikoksia.[166]

Seurauksista vastaamisen edellytyksiä on Nuutilan mukaan viisi: syy-yhteys, adekvaattisuus eli seurauksen objektiivinen ennakoitavuus, kielletty riskinotto, kielletyn riskinoton relevanssi ja tunnusmerkistön ulottuvuus. Jää hieman epäselväksi, minkä vuoksi Nuutila haluaa ottaa adekvaattisuusvaatimuksen tällä tavoin teon huolimattomuus -vaatimuksen esikysymykseksi.

---

[162] *Nuutila* 1995. Uudempi: *Nuutila* 1997.

[163] *Nuutila* 1995, 79. – Yhtä hyvin voisi toki sanoa, että hyötyjen ja haittojen lisäksi oikeudelliset argumentit tulee ottaa huomioon; näitä voi luonnollisesti suhteuttaa myös niihin neljään kriteeriin, joita Nuutila esittää hyöty-haitta-punninnan kriteereiksi.

[164] *Nuutila* 1995, 80–88.

[165] *Nuutila* 1996, 276.

[166] *Nuutila* 1996, 275–276. Huom. kuitenkin, että Nuutila todellisuudessa soveltaa jälkimmäisiä periaatteita vahinkoseurauksen ohella konkreettiseen vaaraseuraukseen; *mt.*, 293–294. Ks. myös kriittisiä huomautuksia *Frände* 1997, 219–221.

Ongelma on yhtäältä siinä, että adekvaattisuusvaatimusta vastaavat vastuukriteerit tulevat todellisuudessa käsitellyiksi tyhjentävästi teon huolimattomuusopissa. Toisaalta taas ongelman voi nähdä siinä, että rikosvastuu saattaa sittenkin ulottua sellaistenkin seurausten aiheuttamiseen, joihin johtava tapahtumainkulku ei ole ollut kovinkaan ennakoitava.[167]

Kiellettyä riskinottoa koskeva Nuutilan mittava esitys valottaa sitä, millaisin operaatioin ja erotteluin Jareborgin hyvät syyt -problematiikasta on päästävissä eteenpäin. Ennen kaikkea sallitun riskin konstruktio, jossa otetaan huomioon toiminnan sosiaalinen hyöty ja muu merkitys, rajaa »ulkoapäin» olennaisesti kielletyn riskin alaa. Nuutila työstää tuossa sallitun riskin opin »ydintä», hyöty-haitta -vertailua, neljän kriteerin avulla. Niitä ovat toiminnan sosiaalinen merkitys eli hyödyllisyys, uhattujen oikeushyvien painoarvo, vahinkoseurauksen todennäköisyys ja tekijän tosiasialliset mahdollisuudet varotoimiin. Hyöty-haitta -punninta on tarkoitettu korvaamaan perinteisen bonus pater familias -standardin.[168]

Sallittua riskiä koskeva keskustelu on kotimaisessa rikoslainopissa vasta alkamassa, ja Nuutilan jäsennys täsmentää selvästi tuon lainopillisen instituution asemaa. Nuutilalle sallittu riski on suoraan teon tunnusmerkistönmukaisuuden poissulkeva peruste. Periaatteessa samantyyppisiä näkökohtia voisi tulla esiin myös oikeuttamisperusteiden yhteydessä, vaikkapa pakkotilaa koskien. Myös pakkotilan yhteydessä joudutaan suorittamaan intressivertailua ja täsmentämään siten oikeudenmukaisen ja oikeudenvastaisen pakkotilan raja. On selvä etu, että useissa tilanteissa sallitun riskin konstruktion avulla voidaan välttää teon katsominen tunnusmerkistönmukaiseksi.

Tiettyjä haittoja tai vaaroja sallitulla riskillä operoimiseen kuitenkin myös liittyy.[169] Olisikin edelleen selvitettävä sitä, seuraako hyöty-haitta -vertailun utilitaristisesta luonteesta oikeudellisten arvojen ja intressien syrjäytymistä. Ei ole aivan selvää, minkä vuoksi kielletyn riskinoton rajan rikosoikeudessa

---

[167] On selvästikin etua kehitellä adekvaattisuusoppien sijasta normatiivisia oppeja kielletystä riskinotosta. Kysymykset saadaan vastaamaan paremmin kulloisenkin juridisen ongelman normatiivista arvosteluperustaa, niin että rikosoikeusjärjestelmän teleologiseen taustaan kiinnitetään enemmän huomiota. *Nuutila* 1996, 277.

[168] Ks. *Nuutila* 1996, 324–333.

[169] Kritiikistä ks. esim. jo *Kienapfel* 1966, 9–10 ja passim. Hänen mukaansa sallitussa riskissä ei kyse ole itsenäisestä oikeusajatuksesta ylipäätään, vaan jonkinlaisesta yleislausekkeesta, joka ei ole konkretisoitavissa muuten kuin korkeintaan esimerkkejä osoittamalla. Hän rinnastaa sallitun riskin ja sosiaaliadekvanssin, ja katsoo kritiikkinsä ulottuvan molempiin.

määrittävä »hyvät syyt» rakentuisi näin puhtaasti vahingonkorvausoikeutta muistuttavalla tavalla yleisten hyöty-haitta -näkökohtien varaan. Toisaalta on mahdollista, että huomioon otettaviin kriteereihin saadaan mukaan riittävällä tavalla myös ratkaisun piiriin vaikuttavat oikeudelliset arvostukset. Esimerkiksi vahinkoseurauksen todennäköisyyttä koskeva vaatimus tuo mukaan uhrinäkökulman. Aivan samoin tosiasiallisilla mahdollisuuksilla varotoimiin on merkitystä sen kysymyksen ratkaisuun, mihin varotoimiin on ollut velvollisuus ryhtyä. Sallitun ja kielletyn riskinoton rajaa määritettäessä joka tapauksessa myös päätetään siitä, mitä oikeuksia ihmisillä on, tai vielä selvemmin: mitä oikeuksia heillä ei ainakaan ole.

Konstruoimalla huolellisuusvelvoitteita eri tilanteissa voidaan samalla hahmottaa sitä, millaisten vahinkojen torjumiseksi tuollaiset velvoitteet tulee asettaa. Ei olisi välttämätöntä korostaa näin suuresti menettelyn eroa niissä tapauksissa, joissa lakiin on kirjattu huolellisuusvelvoitteita, ja niissä, joissa sen tasoisia normeja ei ole. Saattaisi olla ajateltavissa, että normien tarkoituksilla operoitaisiin jo päätettäessä siitä, mikä on kiellettyä riskinottoa, eikä vasta seurauksen syyksilukemisen yhteydessä.

Sallitun riskin korostunut asema voi aiheuttaa epävarmuutta myös toisella tavalla. Jareborgin mallissa teon huolimattomuus samastuu kiellettyyn riskinottoon. Teon huolimattomuus voi puuttua esimerkiksi sosiaaliadekvanssin vuoksi, mitä taas pidetään kirjoittamattomana poikkeussääntönä (oikeuttamisperusteena). Olisin valmis hyväksymään sallitun riskin kääntämisen suoraan tunnusmerkistönmukaisuutta koskevaksi kysymykseksi ainakin niissä tilanteissa, joissa muuten jouduttaisiin epäluontevaan oikeuttamistarkasteluun. Edellytykseksi on asetettava, että sallitun riskin opin sisällöstä päästään yksimielisyyteen. On kuitenkin kysyttävä, miten ajatus sallitusta riskistä voidaan suhteuttaa ajatukseen vähäisen huolimattomuuden rankaisemattomuudesta. Mikäli vähäinen huolimattomuus voi viitata paitsi tekijän myös teon huolimattomuuteen, saattaa lopputuloksena olla rankaisemattoman alan kaventuminen enemmän kuin on ollut tarkoituksena. Näin voi käydä, jos ensin tarkastellaan riskinoton sallittavuutta hyöty-haitta-vertailun valossa, ja sen jälkeen vielä erikseen teon ja tekijän huolimattomuuden vähäisyyttä.[170]

Luonnollisesti kriminalisointiperiaatteiden avulla on syytä määrittää, mikä harkitaan rangaistavan alaksi. Parasta olisi, jos lainsäätäjä toteuttaisi johdonmukaisesti kriminalisointiperiaatteita lainsäädännössä. Vähäisen huolimattomuuden dekriminalisoinnin selkeänä etuna olisi muiden seikkojen ohella, että

[170] Nuutila lienee viimeksi mainitun vaihtoehdon kannalla. Ks. *Nuutila* 1996, 608–612.

kysymystä seurauksen syyksilukemisesta ei nousisi lainkaan niissä tilanteissa, joissa huolellisuusvelvoitetta on ainoastaan hienokseltaan rikottu.[171]

Tällaisella moniportaisuudella on sellainen – sinänsä ehkä vähäinen – haittapuoli, että silloin tuomioistuinratkaisuista ei voi enää suoraan päätellä, onko arvioitavaa menettelyä sinänsä pidetty asianmukaisena vai virheellisenä, elleivät tuomioistuimet ryhdy erottelemaan erikseen kielletyn riskinoton ja rangaistavan huolimattomuuden alarajaa. Erityisesti ongelma koskee sitä tilannetta, että kyse olisi kielletystä riskinotosta, mutta rankaisemattomasta huolimattomuudesta. Kun ottaa huomioon vielä sen, että rikosoikeudessa rangaistavan huolimattomuuden kynnyksen on jo muutenkin selitetty olevan korkeampi kuin vahingonkorvausoikeudessa, voi järjestelmä monine kynnyksineen tuntua vaikeasti hallittavalta.[172]

Nuutilan oppi teon huolimattomuudesta on erittäin kattava. Hyvin merkittävä kehitelmä siinä koskee tuottamuksellisen myötävaikutuksen rangaistavuutta toisen rikokseen. Nuutila kehittää, ennen muuta Frischin laajoihin kehitelmiin perustuen, »simuloiduksi osallisuusopiksi» kutsumaansa osallisuusopillista laajennusta näitä tilanteita silmällä pitäen. Mainitussa jaksossa tulee hyvin esille teon ja laiminlyönnin erottelun suhteellisuus. Frischin tapaan rangaistavuuden rajoja koskevat kysymykset määritetään eri tilanteissa sen mukaan, missä vaiheessa oikeushyvien suojelun intressi on perusteena kiellon ilmentämän toimintavapauden rajoitukselle.[173]

Nuutilan oppi teon huolimattomuudesta perustuu samantyyppiseen arvioon modernin rikosoikeuden nykytilasta ja tausta-arvoista kuin oma tutkimukseni. Funktionalistisimmat ja preventiosuuntautuneimmat tulkinnat rikosoikeuden tarkoitusperistä pyritään välttämään siten, että rikosoikeuden hyvinvointivaltiolliset tavoitteet asetetaan oikeusvaltiollisiin puitteisiin. Hyvinvointivaltiollisuus näkyy eritoten oikeusjärjestyksen ja sosiaalisen elämän tuottamien roolien heijastumisena vastuujaon kysymyksiin kasvaneita tai tunnustettuja oikeushyvien suojan tarpeita vastaavasti. Eräässä mielessä sosiaalisen työnjaon eriytyminen lisää kiellettyä riskinottoa koskevan problematiikan kantavuutta sen vuoksi, että ihmiset joutuvat luottamaan toisten toimintaan yhä useammassa suhteessa. Nuutilan jäsennyksessä esimerkiksi uhrin

---

[171] Esimerkiksi Roxinin esittämän tyyppisessä seurauksen syyksilukemisen opissa voi olla hankalaa päästä samaan tulokseen riskin lisäämisen periaatteen tai normien tarkoituksien tulkinnankaan avulla.

[172] Yksi vaihtoehto olisi ajatella tuon eron muodostuvan juuri siitä, että vahingonkorvausoikeudessa vähäisempi huolimattomuus voi saada aikaan korvausvastuun.

[173] *Nuutila* 1996, 347–375.

asema ei tule selitetyksi yksinomaan liberalistisen omavastuuopin mukaisesti, vaan uhrin toiminta ja suojan tarpeet nähdään osana rikosta, tekijän ja uhrin laajempaa vuorovaikutusta. Nuutila käsittelee rikosvastuun laajuutta oikeudenmukaisen ja tarkoituksenmukaisen riskinjaon kysymyksenä. Tämä näkökulma värittää erityisesti kielletyn riskin relevanssia eli toteutumista ja tunnusmerkistön ulottuvuutta.[174] Yksi selkeimmistä hyvinvointivaltiollisista kehityspiirteistä on myös laiminlyöntivastuun merkityksen laajeneminen, kun vastuuasemaa voidaan perustella yhä useammassa tapauksessa.[175]

Kielletyn riskinoton relevanssia koskevassa esityksessä Nuutila tukeutuu voimakkaasti normien tarkoituksiin tekijän vastuuta »riskinjaon» kannalta rajoitettaessa. Roxinin – ja Burgstallerin – tapaan erotellaan huolellisuusvelvoitteiden suojelutavoitteet ja itse tunnusmerkistöjen tarkoitukset (ulottuvuudet).[176] Roxin erotteli selkeästi toisistaan vaatimuksen riskin lisäämisestä ja sitä täydentävästä huolellisuusvelvoitteiden tarkoitukseen perustuvasta vastuunrajauksesta.

Nuutila ei selvästikään tee vastaavaa erottelua yhtä tiukasti, vaan eräällä tapaa pyrkii tulkitsemaan koko riskinlisäämisperiaatteen sen kriminaalipoliittisten suojafunktioiden avulla.[177] Olennaista on, että huolellisuusvelvoitteiden tavoitteena on vaarojen eikä yksittäisten vahinkojen minimointi. Se, että yksittäinen vahinkoseuraus joskus syntyy myös huolellisesti toimittaessa, ei tee huolellisuusvelvoitetta tarkoituksettomaksi. Nuutilan mukaan huolellisuusvelvoite osoittautuu yksittäistapauksessa in concreto tarkoituksettomaksi vasta, jos »vahinkoseurauksen sattuminen olisi ollut osapuilleen yhtä todennäköistä tai jopa todennäköisempää huolellisesti toimittaessa kuin huolellisuusvelvoitetta rikottaessa». Nuutila hylkää perinteisemmän, riskinlisäämisopille vaihtoehtoisen käsityksen velvollisuudenvastaisuuden kausaalisuudesta, joka periaatteessa antaisi vastaajalle in dubio pro reo -säännön vuoksi sen edun, että hän ei vastaa, ellei voida varmistautua siitä, että huolellisesti toimittaessa vahingolta olisi vältytty. Nuutila ymmärtää riskinkorotusteorian siinä muodossa, että kielletty riski on ollut relevanttia vahinkoseu-

[174] *Nuutila* 1996, 399–403, 486–487 ja monin kohdin.

[175] Nuutila käsitteleekin laiminlyöntivastuuta monin kohdin, esim. *mt.*, 230–271. Schünemann suhtautuu, kuten mainittiin, kielteisesti saksalaisen oikeuskäytännön tendenssiin laajentaa tulkinnallisesti vastuuasemassa olevien piiriä. Hän kehittää kriteerinsä (tapahtumainkulun hallinta) rajaamaan vastuuasemaa niin, että laiminlyönnissä säilyy riittävä vastaavuus aktiivisella tekemiseen. Ks. *Schünemann* 1995, 62–82.

[176] *Nuutila* 1996, 408–419, 458–461.

[177] Vrt. kuit. *mt.*, 455.

rauksen synnylle, jos »huolimaton toiminta, joka on aiheuttanut vahinkoseurauksen, on korottanut olennaisesti seurauksen sattumisen riskiä verrattaessa sitä huolelliseen toimintaan».[178]

Nuutila ei kuitenkaan hyväksy sitä – Roxinin kantaa – että riskinkorotusopilla sivuutettaisiin kokonaan in dubio pro reo -säännön sisältönä oleva velvollisuus näyttää toteen aineellisen oikeuden rikosvastuun edellytysten käsillä olo. Myös riskinkorotus on oikeudenkäynnissä osoitettava, pelkkä riskinkorotuksen mahdollisuus ei ole riittävää.[179]

---

[178] *Nuutila* 1996, 436–440 (lainaukset 438–439 ja 440). – Huomattakoon, että määritelmässä edellytetään riskin lisäämiseltä olennaisuutta. Selvittämättä jää, mikä yhteys tällä on siihen, milloin huolimattomuutta on pidettävä vähäisenä. Ks. myös *mt.*, 454, jossa olennaisuusvaatimusta perustellaan kriminaalipoliittisin syin.

[179] *Nuutila* 1996, 442–444. – Epävarsinaiset laiminlyöntirikokset sulkeutuvat myös riskinkorotusopin soveltamisalan ulkopuolelle, *mt.*, 445; riskinkorotus on selvitettävä mahdollisimman konkreettisesti tapauksen olosuhteiden perusteella, *mt.*, 451–454.

III LUKU

SYYKSILUKEMINEN VAARANTAMISRIKOKSISSA

1. Johdanto

Kausaalisuutta koskevassa luvussa havaittiin kausaalisuuden ja vaaran käsitteiden läheinen yhteys. Normatiivisissa syyksilukemisopeissa kausaalikulkuja arvostellaan sen mukaan, miten rikosoikeudelliset toimintanormit niitä – vaarantamiskieltoina – kattavat. Kausaalisuus rikosoikeudellisen vastuun ongelmana liittyy kuitenkin erityisesti sellaisiin rikoksiin, joissa edellytetään tunnusmerkistössä kuvatun vahinkoseurauksen ilmenemistä. Vaarantamisrikokset ovat modernissa rikosoikeudessa merkitykseltään kasvava poikkeus ja laajennus vahinkoseurauksen ilmenemistä edellyttävistä rikoksista. Rikosoikeudessa ei tästä syystä selvitä ainoastaan yhdentyyppisellä syyksilukemisen rakenteella. Monelta osin se teoria, jota edellisessä luvussa on käsitelty, on riittämätöntä, kun pohditaan rangaistavuuden kytkemistä vaaralliseen tekoon tai vahinkoseurauksen sijasta konkreettisen vaaratilanteen syntyyn.

Koska vaarantamiskriminalisoinnit liittyvät yleensä kysymykseen käyttäytymisnormien rikosoikeudellisesta sanktioinnista, tässä työssä on valittu se tapa, että vaarantamisrikosten syyksilukemista ei tarkastella rikoslain erityisestä osasta irrallaan, vaan yhteydessä tiettyihin esimerkkiasetelmiin. Vaarantamisrikosten yleisiä syyksilukemisongelmia konkretisoidaan tiettyjen rikostyyppien osalta. Tarkastelun kohteena on erityisesti rattijuopumuskriminalisointi ja sen ne ominaisuudet, jotka ovat kiinnostavia vaarantamisrikosten yleisten syyksilukemiskysymysten kannalta.

Toisessa jaksossa puolestaan käsitellään yleisvaaran käsitteeseen liittyviä teoreettisia kysymyksiä vastaavasti yhteydessä RL 34 luvun säännösten tulkintaongelmiin. Yleisvaaraa koskevat kysymykset eroavat rattijuopumukseen liittyvistä siinä, että yleisvaaralliset rikokset merkitsevät käytännössä

jo perustasolla kvalifioidun tunnusmerkistön soveltamista. Kyse ei siis yleensä ole rangaistavuuden alarajan määrittämisestä. Yleiseen vaaraan sisältyy kuitenkin teoreettisena konstruktiona ongelmia, jotka valaisevat kysymystä vaaran abstrahoinnista ylipäätään.

Kolmannessa jaksossa suhteutetaan vaarantamisrikosoikeuden syntyä eräisiin modernin oikeuden yleisempiin kehityspiirteisiin. Vaarantamisrikosten alkuperän voi ainakin osaksi nähdä politiaoikeudessa, joka usein rajataan varsinaisen rikosoikeuden ulkopuolelle. Tämä on yhteydessä myös vaarantamisrikosten legitimoinnin erityisiin ongelmiin. Vaarantamiskriminalisointien merkityksen kasvuun liittyy myös muita, syvällisesti oikeuskulttuurisempia piirteitä. Vaaran nousu syyksilukemisopeissa keskeiseen asemaa ilmentää osaltaan myös kokemusperäisten kriteerien korostumista syyksilukemisopeissa. Rikos- ja rikosprosessioikeuden kehitystä suhteutetaan myös toisiinsa. Tällaisen taustan valottaminen on puolestaan välttämätöntä, jotta viimeisessä luvussa voidaan käsitellä modernin rikosoikeuden legitimaatio-ongelmia ja ottaa niihin kantaa.

2. Esimerkki 1: Rattijuopumus

2.1 Rattijuopumuksen vaarallisuudesta

Useimpien muiden maiden tapaan Suomessakin liikennejuopumusrikosta koskevat lainsäännökset nojautuvat keskeisesti ajoneuvon kuljettajan ajonaikaiseen tai sen jälkeiseen verenalkoholipitoisuuteen tai alkoholin määrään uloshengitysilmassa. Juopumuksen katsotaan usein olevan yhteydessä veren alkoholipitoisuuteen niin, että veren alkoholipitoisuus tavalla tai toisella korreloi juopumuksen asteen kanssa. Rikosoikeudelliselta kannalta tuntuisi siis mielekkäältä kytkeä liikennejuopumustunnusmerkistöt suoraan verenalkoholimääriä osoittaviin promillerajoihin. Tämä on ollut kansainvälisesti katsoen selkeä kriminaalipoliittinen suuntaus viime vuosikymmeninä.[1]

Lääketieteellisen tai sosiologisen tiedon käyttäminen kriminaalipoliittisessa argumentaatiossa ei kuitenkaan ole aivan ongelmatonta. Nykytutkimus mutkistaa kuvaa siitä, että liikennejuopumuksen ilmentämä vaarallisuus olisi pelkistettävissä yhteen mitattavissa olevaan muuttujaan. Alkoholin naut-

[1] Promillerajaan siirtymisen jälkeen julkinen debatti on – mm. Tanskassa – siirtynyt käsittelemään kysymystä oikeasta promillerajasta. *Greve* 1979, 157.

timisen yhteys liikenneturvallisuuden vaarantamiseen onkin monimutkainen kysymys, eikä asiaa voi pitää kaikilta osiltaan tutkimuksilla selvitettynä.

Suuri osa alkoholin vaikutusta liikennekäyttäytymiseen koskevasta tutkimuksesta on ollut käyttäytymistieteellistä. Mm. simulaattoritutkimuksin on pyritty osoittamaan, missä määrin alkoholin nauttiminen heikentää jonkun henkilön kykyjä verrattuna siihen, mitä ne olisivat olleet, ellei alkoholia olisi nautittu. Jo suhteellisen alhaisilla alkoholimäärillä on havaittu olevan vähäisiä vaikutuksia käyttäytymiseen. Henkilöiden väliset erot ovat kuitenkin olleet suuria. Erot ovat vaihdelleet myös sen mukaan, minkä tyyppisestä kuljettamistehtävästä on ollut kyse (pysäköinti, ajo alhaisella nopeudella, ajo tavanomaisella nopeudella...). Helpommissa tehtävissä alkoholin vaikutus on tullut näkyviin myöhemmin kuin vaativammissa. Noin 1.0 promillen tuntumassa – joitakin eniten alkoholin käyttöön tottuneitä lukuunottamatta – kaikkien henkilöiden kaikkien kykyjen on todettu heikentyneen, tottumattomimpien alkoholinkäyttäjien jo selvästi tätä aikaisemmin.[2]

Tutkimuksissa on käytetty niin yhden muuttujan seurantaa kuin monimuuttuja-analyysiäkin. Monimuuttuja-analyysiä käytettäessä alkoholin vaikutus käyttäytymiseen on havaittu alhaisemmilla veren alkoholipitoisuuksilla kuin yhtä muuttujaa seurattaessa, jopa n. 0,3 promillesta alkaen.[3] Tutkimustieto on antanut monessa maassa aiheen laskea liikennejuopumuksen promillerajaa aikaisempaa alemmaksi.[4]

Mitenkään yksiselitteistä ei ole se, millä tavoin käyttäytymistieteellisesti tutkittu selvin päin tehdyn ja alkoholin vaikutuksen alaisena tehdyn suori-

---

[2] *Impaired Driving* 1985, 64–65, missä esitellään amerikkalaisen tutkimusraportin yhteenvetoa (Jones, R.K., and Joscelyn, K.B., Alcohol and Highway Safety 1978: A Review of the State of Knowledge. National Highway Traffic Safety Administration technical report no. DOT-HS-803-714).

[3] *Impaired Driving* 1985, 63–65.

[4] *Impaired Driving* 1985, 65. Kanadassa pohdittiin 1980-luvulla rajan laskemista 0,8:sta 0,5 promilleen. Donelsonin yhdessä Beirnessin kanssa tekemän tutkimuksen mukaan tutkimustulokset eivät voimakkaasti puoltaneet laskua, koska rangaistavien piiriin tulisi monia sellaisia henkilöitä, joiden ei voitu osoittaa olevan käyttäytymistieteellisessä mielessä alkoholin vaikutuksen alaisia. Tanskassa käytiin vastaavaa keskustelua 0,5:n promillerajaan siirtymisestä jo 1970-luvulla. Greve – joka on selvästi kriittinen näihin vaatimuksiin nähden – huomauttaa, että promillerajaa määritettäessä tulisi ottaa huomioon se ryhmä, jonka ajoon lähinnä pyritään vaikuttamaan, eli runsaasti alkoholia kuluttavien ryhmä. »Det kriminalpolitisk relevante gennemsnitsresultat ligger således væsentligt over det videnskabeligt relevante gennemsnit...» *Greve* 1979, 149; *Greve – Lodberg* 1987, 81. Myös *HE:ssä* 110/1975 II vp., 8, korostetaan yhtenä tavoitteena niiden rattijuopumusten vähentämistä, joissa kuljettajan veren alkoholipitoisuus on korkea.

tuksen ero on käännettävissä koskemaan kykyä ajaa turvallisesti. Koetilanteet ovat olleet olennaisesti yksinkertaisempia kuin ajaminen käytännön elämässä. Lisäksi käyttäytymistieteellisissä tutkimuksissa on selvitetty nimenomaan alkoholin vaikutuksen alaisuudesta syntyvää eroa; ts. eron osoittaminen on ollut tutkimuksen tarkoituksena. Tämä voisi vaikuttaa siihen suuntaan, että tutkimustulokset ovat ylitulkitsevia.[5]

Donelsonin mukaan edellä sanotunlaiset tutkimukset eivät anna riittävää perustaa arvioida alkoholin nauttimisen vaikutusta henkilön kykyyn ajaa turvallisesti. Olisikin erikseen tutkittava erityisesti alhaisten promillemäärien osalta juuri tätä kysymystä. Käyttäytymistieteellisen tutkimuksen ja tilastotieteellisen onnettomuuksista olevan tiedon välille jää tavallaan aukko: on vaikea selittää sitä, miksi onnettomuuksia sattuu niin vähän alkoholin vaikutuksen alaisena oleville. Tutkimuksia ei liene paljonkaan siitä, miten alkoholin nauttiminen vaikuttaa asennoitumiseen liikenteessä. Korkean riskin erityisryhmistä (nuoret, satunnaisesti juovat, alkoholistit, kokemattomat ajajat) ei ole kunnollisia käyttäytymistieteellisiäkään erityistutkimuksia. Ei ole myöskään tutkittu erikseen sitä, millaisia kykyjä erilaiset ajoneuvot vaativat kuljettajalta.[6] Erikseen tutkimatta on myös se, missä määrin kuljettaja saattaisi pystyä erityisellä huolellisuudellaan ja varovaisuudellaan kompensoimaan alkoholin vaikutuksesta johtuvaa kykyjen heikentymistä. Olennaista olisi lisäksi tietää mm. siitä, miten mainitunlainen kykyjen heikentyminen vaikuttaa silloin, kun joudutaan suhteellisen harvinaislaatuisiin ajajasta itsestään johtumattomiin vaaratilanteisiin.[7]

Laboratoriotutkimuksin on selvitetty alkoholin nauttimisen vaikutusta psykomotorisiin kykyihin, mm. havaintokykyyn ja koordinaatiokykyyn. Laboratoriokokeet ovat kohdistuneet yksittäisiin ominaisuuksiin, eikä niiden tuloksia sen vuoksi ole ongelmatonta kytkeä liikennekäyttäytymiseen tai onnettomuusalttiuteen.[8] Laboratoriokokeiden tulokset saavat kuitenkin tukea niiden kanssa samansuuntaisista simulaattori- ja kenttäkokeiden tuloksista.[9]

Alkoholin ajotaitoa heikentävät vaikutukset on jaettu spesifeihin ja yleisiin. Turvallinen ajaminen muodostuu havaintojenteon, ratkaisujen ja suori-

---

[5] *Impaired Driving* 1985, 66–67. – Mitä vaativampaa liikennetilannetta päästään tutkimaan, sitä alhaisemmilla promillemäärillä alkoholin vaikutus ajokäyttäytymiseen on osoitettavissa; viimeaikainen tutkimustieto tuntuisi viittaavan tähän suuntaan.

[6] *Impaired Driving* 1985, 69–70.

[7] *Impaired Driving* 1985, 113.

[8] *Mäki* 1981, 79.

[9] *Mäki* 1981, 85.

tusten ketjusta, jossa osat ovat vuorovaikutuksessa. Alkoholi vaikuttaa sekä osiin että vuorovaikutukseen.[10]

Spesifit vaikutukset ovat eri toimintoihin kohdistuvia vaikutuksia. Havaintokyvyn heikentyminen ilmenee mm. virheellisten reaktioiden lisääntymisenä. Alkoholi vaikuttaa ratkaisuihin mm. vähentämällä itsekontrollia. Myös subjektiivinen riski koetaan alkoholin vuoksi todellista pienemmäksi. Toimintoja heikentävät vaikutukset ilmenevät erityisesti motorisissa suorituksissa.[11]

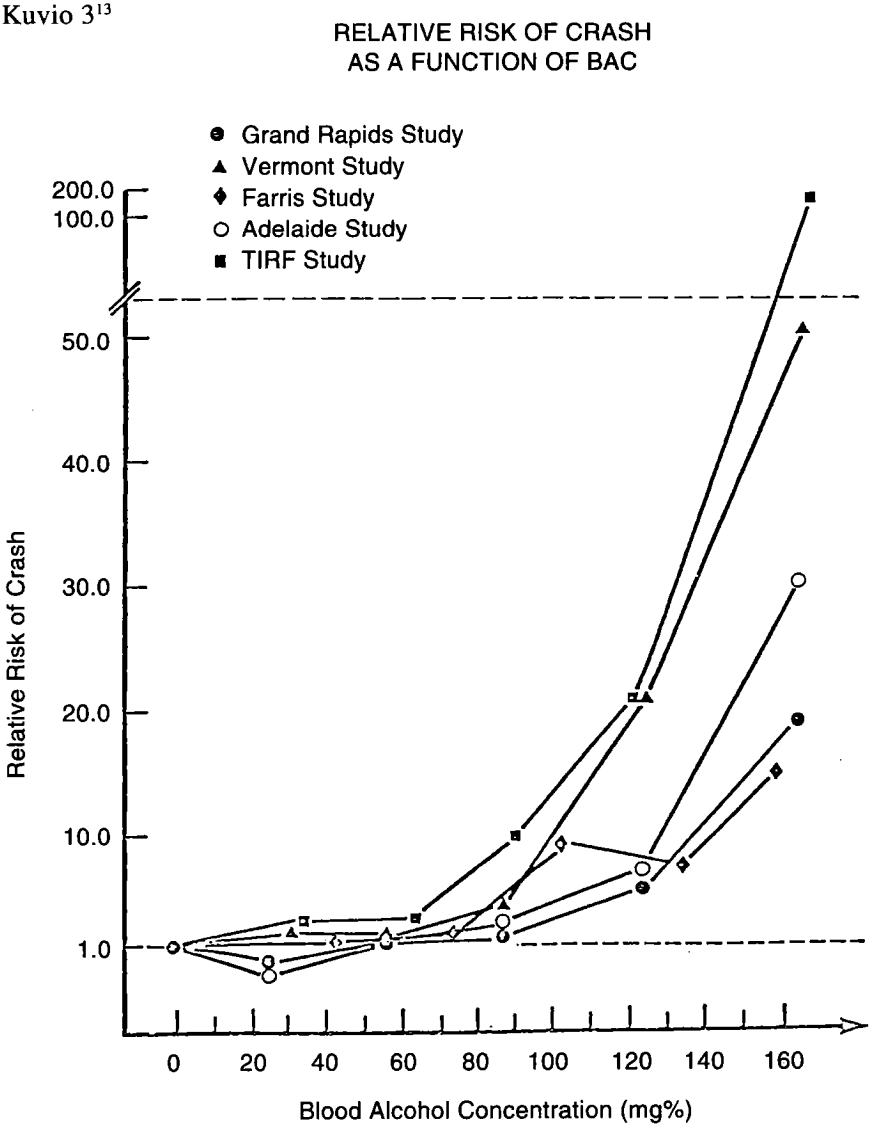
Yleiset vaikutukset ilmenevät ketjun osien yhteistoiminnan häiriöinä. Tämä tulee erityisesti näkyviin, kun ajotehtävissä vaaditaan useiden asioiden yhtäaikaista tarkkaamista ja suoritusta. Yksittäisten testisuoritusten heikkeneminen ei korreloi onnettomuuskriteeriin, mutta Martti Mäen mukaan »testien, jotka vaativat kokonaistoiminnon hallitsemista, alhaiset suorituspisteet ovat kiinteässä yhteydessä onnettomuustodennäköisyyteen».[12]

Kolmas etenemissuunta asian tarkastelussa on ollut kriminologinen ja tilastotieteellinen. On pyritty mm. selvittämään alkoholinkäytössä – ja muissakin suhteissa – eroja niiden välillä, jotka ovat joutuneet onnettomuuteen, verrattuna niihin, jotka eivät ole. Tästä on saatu myös suhteellisia todennäköisyysarvoja, jotka kertovat siitä, mikä on tietyn promillemäärän mukainen riski joutua kuolemaan johtavaan tai kuolemaan johtamattomaan liikenneonnettomuuteen verrattuna kuljettajaan, joka ei ole nauttinut alkoholia. Arvioitavana on siis vain suhteellinen riski, ei absoluuttinen. Tämäkään ei vastaa suoraan siihen kysymykseen, miten alkoholin nauttiminen vaikuttaa kykyyn ajaa turvallisesti; ei vaikka tällaisia tietoja yhdisteltäisiin käyttäytymistieteellisesti saatuihin tietoihin.

Kuviossa 3 on koottu yhteen viiden, sinänsä jo vanhemman tutkimuksen tulokset. Tulokset poikkeavat jonkin verran toisistaan, mutta karkeasti otettuna ne ovat samansuuntaisia. Ne kaikki osoittavat sitä, että vasta noin 0,6 promillea korkeammilla arvoilla voidaan yleensä puhua onnettomuusriskin olennaisesta kohoamisesta. 0,8 promillen kohdalla korkeimmat arvot osoittavat vielä alle kymmenkertaiseksi kohonnutta onnettomuusriskiä. 1,2 promillen kohdalla taas tutkimustulosten keskiarvo osoittaa jo yli 10-kertaista onnettomuusriskiä. 1,5 promillen kohdalla arviot vaihtelevat välillä n. 10–15–200 -kertainen.

[10] *Mäki* 1981, 85–86.
[11] *Mäki* 1981, 86.
[12] *Mäki* 1981, 86.

Kuvio 3[13]



[13] Lähde: *Impaired Driving* 1985, 72 (alkuperäinen lähde: Mayhew 1983; Mayhew, D.R.: Alcohol, age, and risk of accident involvement. Paper presented at the Ninth International Conference on Alcohol, Drugs, and Traffic Safety, 14–18 November 1983, San Juan, Puerto Rico). Vastaavantyyppinen yhteenvetokaavio on julkaistu myös *Prop.* 1989/90:2, 21.

On pidettävä mielessä se, että se riskiarvo, johon nähden suhteellinen riski kohoaa, on absoluuttiseksi määritettynä hyvin alhainen. Absoluuttinen riski voi vaihdella eri maissa ja eri aikoina. Vastaavasti maiden välillä on eroja sen suhteen, kuinka paljon alkoholin vaikutuksenalaisena olevia kuljettajia on liikenteessä.[14] Yksi arvio on, että kuolemaan johtavaan onnettomuuteen joudutaan osalliseksi noin yhdellä ajomatkalla kolmesta miljoonasta.[15] Näin ollen vielä riskin ollessa 200-kertainenkin, merkitsisi se sitä, että tällaisia onnettomuuksia sattuu vasta yksi 15 000 ajokertaa kohden.[16]

Niissä yhdysvaltalaisissa tutkimuksissa, joissa on pyritty selvittämään alkoholin vaikutusta todella tapahtuneissa onnettomuuksissa, se seikka, että yleisin promillerajana on ollut 1,0, on voinut vaikuttaa siihen, että alhaisilla promillemäärillä alkoholin osuus on jäänyt kunnolla selvittämättä. Yksi ongelma kuvion tiedoissa on se, että siinä ei tehdä mitään eroja erilaisten väestöryhmien erilaisiin riskeihin. Kuljettajaryhmissä on kuitenkin selviä eroja sen suhteen, millaiseksi riski muodostuu ryhmän sisällä. Yksi erottelu on tehtävissä sen mukaan, miten tottuneesta alkoholin käyttäjästä on kyse. Tällaisten ryhmien riskieroja on kuvattu seuraavassa kuviossa 4.[17]

Kuviosta on helposti nähtävissä, että suhteellisen riskin erot ovat suuret eri ryhmien välillä. Tottuneet alkoholinkäyttäjät näyttäisivät olevan alhaisimmilla promillemäärillä muita jopa hieman turvallisempia kuljettajia. Oman ilmoituksensa mukaan päivittäin alkoholia nauttivien ryhmässä suhteellinen riski nousee samaksi kuin vertailuryhmän riski vasta noin 0,85 promillen tasolla, kun taas alkoholiin tottumattomien onnettomuusriski on jo lähtötasolla korkeampi kuin vertailuryhmän riskitaso. Tämän kuvion mukaan alkoho-

---

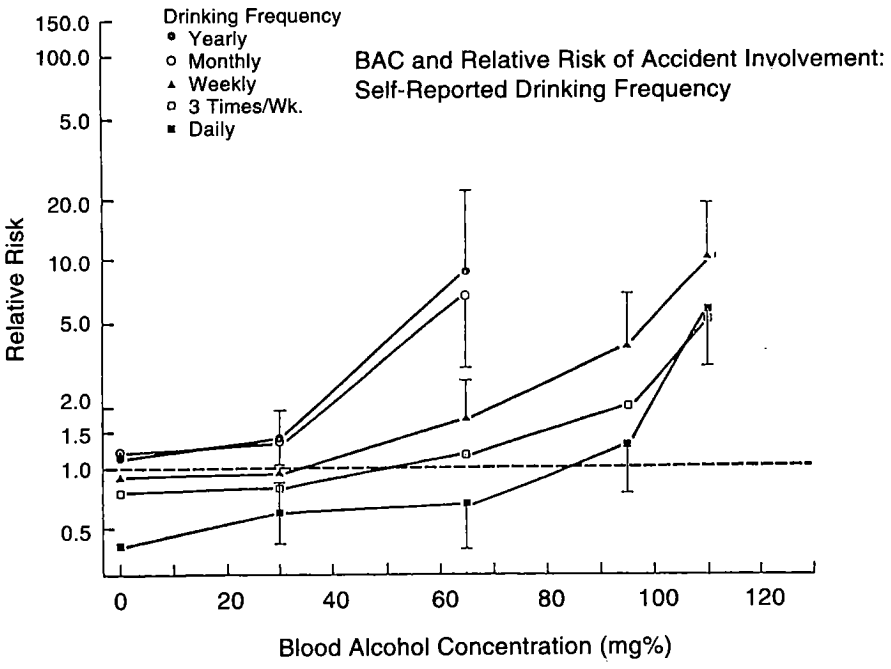
[14] Pohjoismaiset luvut ovat jo 1970-luvulla olleet ratkaisevasti alempia kuin Yhdysvalloissa tai Kanadassa; jopa vain kymmenesosan näistä. *Andenaes* 1988, 51 viitteineen. Yhdysvalloissa alun alkaen hyvin korkeat luvut ovat laskeneet olennaisesti 1980-luvulle tultaessa, ja samalla alkoholia nauttineiden osallisten osuus kuolemaan johtavissa liikenneonnettomuuksissa on merkittävästi laskenut. *Ross* 1992, 39.

[15] *Impaired Driving* 1985, 75.

[16] Tässä mielessä *HE* 110/1975 II vp., 7, oleva seuraava lausuma on ilmeisen tarkoitushakuinen: »Suomessa kuolemaan johtaneita liikenneonnettomuuksia tutkittaessa on... havaittu, että yli 1,5 promillen humalatila merkitsee huomattavan korkeaa vakavan liikenneonnettomuuden todennäköisyyttä.» Todennäköisyys on korkea vain suhteellisesti. H.L. Ross mainitsee USA:n oloihin pohjaavan tutkimuksensa perusteella, että liikenneonnettomuuden riski tuolla promillearvolla olisi noin luokkaa 1/100. *Pajuoja – Ross* 1988, 451.

[17] Lähde: *Impaired Driving* 1985, 73 (Alkuperäinen lähde: Borkenstein, R.F.; Crowther, R.F.; Shumate, R.R.; Zeil, W.G.; and Zylman, R. (1964), The Role of the Drinking Driver in Traffic Accidents. Indiana University: Department of Police Administration).

Kuvio 4



liin vähiten tottuneiden suhteellinen riski nousee viisinkertaiseksi jo noin 0,5–0,6 promillen kohdalla, kun taas vastaava riskiarvo saadaan tottuneiden käyttäjien kohdalla vasta n. 1,1 promillen kohdalla.

Tutkijoiden piirissä lienee kohtalaisen suuri yksimielisyys siitä, että verenalkoholipitoisuus on joka tapauksessa keskeinen tekijä selitettäessä tiettyjen kuljettajaryhmien kohonnutta onnettomuusriskiä. Se ei kuitenkaan ole ainoa tekijä: on aineistoa, joka viittaa siihen, että niin henkilön luonteenpiirteet kuin toisaalta sosiaaliset olosuhteetkin vaikuttavat onnettomuusalttiuden suuruuteen. Tällainen typologinen tarkastelutapa ei kuitenkaan ole edennyt kovin pitkälle, vaikkakin se on antanut vihjeitä siitä, millaisia muut vaikuttavat tekijät voisivat olla. Yhtenä tärkeänä mahdollisuutena on pidetty sitä, että alkoholin nauttiminen voi joillakin ryhmillä vaikuttaa psykologisten ja tilannekohtaisten stressitekijöiden kautta liikennekäyttäytymiseen. Tämä voisi selittää sitä, miksi jotkut ryhmät pystyvät ajamaan toisia turvallisemmin myös

alkoholin vaikutuksen alaisena.[18] Toisaalta saattaa siis olla ryhmiä, joiden onnettomuusriskin kohoaminen on olennaisesti muita dramaattisempaa:[19]

> »... it is apparent that reduction of data to study the relationship between alcohol and accident risk tends to oversimplify an extremely complex phenomenon. It is apparent that crash risk varies dramatically, not only as a function of BAC, but also as a function of myriad other factors. Fatal crash risk (as a function of BAC) differs across the spectrum of young, middle-aged, and ageing drivers; infrequent drinkers and »alcoholic» drivers; drivers of different types and classes of vehicles; inexperienced and experienced drivers, to name but a few.»

Toinen tutkimustapa on pyrkiä tarkastelemaan suoraan sitä, miten usein alkoholilla on osuutta liikenneonnettomuuksissa. Kanadan osalta on esitetty seuraava summittainen arvio siitä, miten suuressa osassa onnettomuuksista jollakin osapuolella on veren alkoholipitoisuus ollut 0,8 promillea tai suurempi:

- 50 %:ssa kuolemaan johtaneista onnettomuuksista;
- 25–30 %:ssa onnettomuuksista, jotka johtaneet loukkaantumiseen; ja
- 5–10 %:ssa ainoastaan omaisuusvahinkoihin johtaneista liikenneonnettomuuksista.[20]

Joissakin tutkimuksissa on myös arvioitu sitä, paljonko liikenneonnettomuudet vähenisivät, jos oletettaisiin, että kukaan ei ajaisi alkoholia nauttineena. Kanadan osalta luvut olisivat seuraavat:

- 24 % kuolemaan johtaneista onnettomuuksista;
- 8–16 % henkilövahinkoihin johtaneista onnettomuuksista; ja
- 5–7 % omaisuusvahinkoihin johtaneista onnettomuuksista.[21]

---

[18] *Impaired Driving* 1985, 106–108. – Myös H.L. Ross on sillä kannalla, että vaikka verenalkoholipitoisuuden määrä on selvässä yhteydessä liikenneriskien kohoamiseen, moitittavuusarviossa olisi oikeampaa kuitenkin tarkastella asioita yksilöllisesti. Yhtä vähän kuin ylinopeusjutuissa voi juopuneena ajamisessa kytkeä vaarallisuuden ja moitittavuuden arvioinnin vain yhteen kriteeriin. *Ross* 1992, 48–50.

[19] *Impaired Driving* 1985, 75.

[20] Näiden lukujen korkeus selittynee osittain sillä, että Kanadassa myös alkoholia nauttineiden kuljettajien osuus koko liikenteestä on varsin korkea. Hyvin usein on lisäksi toistettu se varoitus, ettei tällainen tilastotieto oikeuta päättelemään alkoholin aiheuttaneen nuo onnettomuudet.

[21] *Impaired Driving* 1985, 92. Tämä edustaa sitä maksimihyötyä, joka olisi saatavissa täydellisen tehokkailla vastatoimenpiteillä.

Edellä esitetyt tiedot perustuvat tutkimuksiin, jotka on tehty pääosin jo 1960- ja -70-luvuilla. Silti yleiskuva asiasta ei ole muuttunut tämän jälkeen. Uusimmissa käyttäytymistieteellisissä tutkimuksissa ilmeisestikin riskit on arvioitu kauttaaltaan jonkin verran suuremmiksi. H. Lawrence Rossin mukaan viimeisimpien tutkimusten mukaan 0,5 promillea veressä kaksinkertaistaa kuolemaan johtavan onnettomuuden riskin, 1,0 promillea lisää sen kymmenkertaiseksi, ja vähintään 1,5 promillen kohdalla riski on 600-kertainen. Näitä lukuja tukevat hänen mukaansa yhtä hyvin onnettomuustilastoista tehty epidemiologinen tutkimus (Zador, 1989) kuin laboratorio- ja kliiniset tutkimukset (Moskowitz ja Robinson, 1988) alkoholin vaikutuksesta ajokykyihin. Vastaavasti on voitu osoittaa (Moscowitz ja Burns) joidenkin ajokykyyn vaikuttavien ominaisuuksien heikkenevän jo aivan alhaisimmilla veren alkoholipitoisuuksilla. Ross itse pitää 0,4 promillea sellaisena merkittävänä rajana, jonka jälkeen ongelma-alue alkaa. Rossin mukaan on syytä kiinnittää huomiota myös alhaisilla verenalkoholiarvoilla liikkuviin kuljettajiin, koska heitä on vastaavasti enemmän: alhaisista riskeistään huolimatta he vaikuttavat silti onnettomuustilastoihin.[22]

Tilanne Suomessa on kaikkiaan ollut parempi kuin esimerkiksi Kanadassa tai USA:ssa. Suomen vuoden 1977 lainuudistuksessa, jossa rattijuopumussäännökset siirrettiin rikoslakiin ja jossa säädettiin selvästä promillerajasta (nykyisinkin säännökseen kirjattu 0,5 promillea), tähdättiin sekä rangaistustason lievenemiseen että kiinnijäämisriskin lisäämiseen erityisesti rutiinikontrolleja tihentämällä. Kun puhalluskokeita asteittain on lisätty, alkoholia nauttineiden kuljettajien osuus liikenteessä on paremminkin vähentynyt kuin lisääntynyt. Viime vuosina muutokset ovat olleet varsin vähäisiä. Uudellamaalla rattijuopumukseen syyllistyneiden osuus kaikista kuljettajista oli vuonna 1996 0,25 %, törkeään rattijuopumukseen syyllistyneiden osuus 0,05 % ja »alkoholia maistelleiden» osuus oli 0,45 %.[23]

Rattijuopumusonnettomuuksissa kuoli Suomessa vuonna 1995 83 henkilöä. 51 tapauksessa kuolonuhrina oli rattijuoppo itse. Lisäksi vuoden aikana kuoli 20 rattijuopon matkustajaa ja 12 sivullista. Sivullisten kuolonuhrien määrä on ollut vuosittain n. 10 % uhrien kokonaismäärästä. Rattijuopumusonnettomuuksissa loukkaantui samana vuonna 1042 henkeä. Tästä jou-

[22] *Ross* 1992, 6, 18–23 (21): »... the fact that a drunk driving countermeasure impinges on moderate drinkers is not a reason to reject it, but rather an additional reason to adopt it.» Ross pitää erityisen harhaanjohtavana mielikuvia, joita on yritetty luoda vahvimmin päihtyneistä eli vaarallisista ja synnillisistä »tappajajuopoista».

[23] Ks. *Rikollisuustilanne* 1995 – 1996, 58, taulukko 7.

kosta rattijuoppojen itsensä osuus oli 51 %, heidän matkustajiensa osuus 31 % ja sivullisten osuus 19 %. Loukkaantuneiden ryhmässä sivullisten osuus on ollut vuosittain suurempi kuin kuolleiden ryhmässä.[24]

Joissain erityistilanteissa rattijuopumuksen merkitys voi olla hyvin suuri. Kun esimerkiksi nuorten (13–25-vuotiaiden) kuljettajien vuosina 1992–96 aiheuttamia kovavauhtisia, kuolemaan johtaneita onnettomuuksia tutkittiin, havaittiin niistä alkoholitapauksia olleen 66,4 %. Alaikäisten aiheuttamat kovavauhtiset onnettomuudet olivat yhtä lukuunottamatta alkoholitapauksia.[25]

Rattijuopumussääntelyn »skandinaaviselle mallille» on ollut Andenæsin mukaan tunnusomaista, että 1) teon rangaistavuus on kytketty yksinkertaisesti suoraan tiettyyn promillerajaan edellyttämättä enempiä todisteita juopumuksesta tai ajokykyjen heikentymisestä; 2) lainvalvonnan tasolla on laajasti harjoitettu epäiltyjen kuljettajien testaamista puhallus- ja verikokein; ja 3) ankarat rangaistukset (mm. vankeuden käyttö) sekä ajo-oikeuden väliaikainen tai pysyvä menettäminen.[26] Skandinavian maat ovat olleet edelläkävijöitä kiinteän promillerajan asettamisessa;[27] Norjassa se tapahtui jo 1936, Ruotsissa 1957, ja Tanskassa sekä Suomessa 1976 säädetyillä laeilla. Tämän jälkeen Norjassa, Ruotsissa ja Suomessa rajana oli 0,5 promillea, Tanskassa 0,8.[28] Norjassa 1986 valmistuneessa komiteanmietinnössä otettiin Ruotsin ja Suomen kokemukset paljolti malliksi siitä, mihin sielläkin tulisi pyrkiä.[29]

Johs. Andenæsin mukaan promillerajoihin yleisesti kohdistettu vastaväite, että koska ihmiset reagoivat alkoholiin eri tavoin, ei ole oikein mitata heitä samalla mitalla, ei ole pätevä. Vaikka hänen mukaansa sama koskee myös ylinopeutta, ei vastaväite häntä vakuuta.[30] Andenæs puolustaakin promillerajaa pitäen sitä yleisprevention kannalta edullisena. Hän korostaa myös kiinnijäämisriskin merkitystä. Yleispreventiiviset syyt perustelevat sellaistenkin

[24] *Rikollisuustilanne* 1995–1996, 61, taulukko 9.

[25] *Liikenneministeriö* 1998, 7–8, 16–19, 26–28.

[26] *Andenaes* 1988, 43.

[27] Pohjoismaiden sääntelyn kehityksestä ks. esim. maakohtaisia raportteja *Waaben ym.* 1978, 1–33.

[28] Ks. seuraavassa jaksossa olevaa kuvausta muiden Pohjoismaiden järjestelmistä.

[29] *Andenaes* 1988, 59–61; *NOU* 1987:11, 40–41.

[30] *Andenaes* 1988, 61–62, kirjoittaa: »The point is that alcohol consumption above certain level for most people reduces their ability to drive safely; that this effect increases very strongly with increased BAC; and that BAC levels therefore give an objective indication of reduced fitness for driving, whereas clinical examinations or other evidence of the influence of the alcohol consumption is of a very subjective nature.»

henkilöiden rankaisemista, joiden yksilöllisen ajosuorituksen ei olennaisesti voitaisi osoittaa heikentyneen. Rutiinipuhallutuksessa kiinni jäävien kuljettajien kohdalla näin yleensä onkin.

Empiirisen tutkimuksen tulokset muokkaavat kriminaalipolitiikan välityksellä rikosoikeudellista käsitteistöä. Yleispreventioon tähtäävässä rikosoikeusajattelussa riskeistä olevat tutkimustulokset voivat kääntyä edellyttämään valittavalta rikosoikeudelliselta sääntelytekniikalta yksilöllisistä riskiarvioista luopumista ja säänneltävän käyttäytymisen tarkastelemista yleisenä tyyppinä. Jos liikennejuopumussäännöksessä kiinnitetään huomiota ainoastaan promillerajaan, säännös on vaarantamisen sääntelyn mielessä presumoitua vaaraa edellyttävä. Silloin tyyppiajattelu on yleisimmillään. Periaatteessa lainsäätäjä voi edetä tätä linjaa niin alhaiseen promillerajaan kuin katsotaan aiheelliseksi, koska teoreettisesti tavoitteena voi olla täydellisesti alkoholin nauttimisesta »vapautettu» tieliikenne.

Alimmillakin promillemäärillä voidaan esittää se argumentti, että tällainen kielto on tarpeen tuon kokonaistavoitteen osoittamiseksi sekä siitä syystä, että täyskielto on tapa luoda »turvallisuusvyöhyke» niiden tekotyyppien väliin, jotka ovat vielä sallittuja, ja niiden, jotka jo alkavat olla selvästi riskeiltään kohonneita.[31]

Tekijän syyllisyys tällaisen kriminalisoinnin rikkomisessa on syyllisyyttä liikenneturvallisuustavoitteen saavuttamisen kannalta välttämättömän käyttäytymisnormin rikkomisena. Teon vaarallisuus välittyy ikään kuin koko järjestelmän ja sen kokonaistavoitteiden kautta, ja on vasta siten nähtävissä. Tekijän yksilöllinen syyllisyys onkin lähinnä sitä, että hän on tietoinen norminrikkomuksestaan. Rikottu velvollisuus on luonteeltaan »solidaarisuusvelvollisuus» muita kohtaan. Väliä ei ole sillä, olisiko ko. henkilö voinut itse turvallisesti rikkoa normia, koska joku muu olisi saattanut tehdä sen vaarallisesti. Lisäksi periaatteessa vähäisinkin poikkeama tavoitteeseen johtavasta teknisesta normista voidaan tulkita jo tuon tavoitteen vaarantamiseksi.

Alan Donelson, joka on kriittinen sen suhteen, että lainsäätäjä kriminalisoisi alhaisella promillerajatekniikalla ajon alkoholia nauttineena, ottaa esille kysymyksen promillerajan käytön justifikaatiosta:[32]

> »Per se statutes [so. promillerajoihin tukeutuvat lait, KN] make it an offense simply to have, under the circumstances described, a BAC exceeding the specified limit. Nevertheless, implicit in per se statutes is

[31] Eräissä entiseen Itä-Eurooppaan kuuluneissa maissa täyskielto eli 0,0:n promilleraja on ollutkin voimassa. Näin esimerkiksi DDR:ssä. *Greve* 1979, 160.

[32] *Donelson* 1988, 10.

the intrinsic link between the specified limit and alcohol impairment of the ability to drive. Without this link, per se statutes would have little meaning and no inherent justification. Proposals to lower present BAC limits must be evaluated in terms of the strength of association between any new limit and behavior-based criteria.»

Donelsonin mukaan on selvää, että jos promilleraja asetetaan 0,8:aan tai sen alle, tulee rangaistavaksi jo sellaisia henkilöitä, joiden kyvyn ajoneuvon turvalliseen kuljettamiseen ei voida osoittaa olleen heikentyneen. Kyse onkin siis siitä, miten suuri prosenttiosuus jollakin promillerajavälillä (esimerkiksi 0,5–0,8 promillea) on sellaisia, joiden kyky ajoneuvon turvalliseen kuljettamiseen on heikentynyt. Donelsonin mukaan nykytiedon mukaan tällä välillä on vielä monia henkilöitä, joiden sanottu kyky ei ole todettavissa olevalla tavalla heikentynyt.[33]

Donelsonin kritiikistä huolimatta voitaneen lähteä siitä, että empiirinen tieto tukee riittävästi Suomen nykyistä rattijuopumussääntelyä, jossa moottoriajoneuvoja kuljetettaessa rangaistavuus kytketään promillerajaan ja sitä vastaavaan uloshengitysilman ahkoholipitoisuuteen. Lainsäätäjällä on valta ja hyvät perusteet valita tällainen sääntelytekniikka siitä liikenneturvallisuudelle koituvien etujen vuoksi, eikä tätä nykyään ainakaan Suomessa kiistettäne. Se yksilöllinen syyllisyys, jota tällaisen sääntelyn soveltaminen edellyttää, muuntuu. Tekijän ei edellytetä tuntevan ajokykynsä heikentymistä, vaan tieto alkoholi nauttimisesta riittää. Toinen asia kuitenkin on, miten tällaisen kriminalisoinnin soveltamisessa voidaan ottaa huomioon sääntelyn kaavamaisuus. Siitä myöhemmin jäljempänä.

2.2 Rattijuopumuskriminalisoinneista eräissä maissa

Seuraavassa tyydytään antamaan tietoja lähinnä muista Pohjoismaista – Islantia lukuunottamatta – ja Saksasta. Rajausta perustellaan sillä, ettei vertailun laajentamiseen ole aihetta, kun rattijuopumusrikoksia tässä tutkimuksessa käsitellään vain esimerkkinä vaarantamisrikoksista.[34]

2.2.1 Pohjoismaat

Ruotsissa omaksutun tieliikenteen rattijuopumussääntelyn erikoisuus on ennen muuta hyvin alhainen promilleraja, 0,2. Tuohon rajaan siirryttiin liiken-

[33] *Donelson* 1988, 12.

[34] Suppea kansainvälinen vertailu sisältyy *HE:een* 32/1997 vp., 6–9.

nerikoksia koskevan lain (Lag om straff för vissa trafikbrott; 1951:649) 4 §:n muutoksella (L 1990:149); entinen raja oli 0,5 promillea. Hoflund korostaa sitä, ettei tuomioistuimen tule lainkohtaa soveltaessaan millään tavalla pyrkiä arvioimaan kuljettajan ajokuntoisuutta. Hänen mukaansa sääntö »perustuu presumtiolle, että mainitut arvot yleisesti ottaen indikoivat sitä, ettei ajaminen ole liikenneturvallisuuden näkökulmasta turvallista».[35]

Ruotsin hallituksen esityksessä (*Prop.* 1989/90:2) esitettiin promillerajan asettamista 0,3:een. Vilkkaan keskustelun jälkeen rajaa alennettiin lakivaliokunnan mietinnössä vielä 0,2:een, missä muodossa lainmuutos hyväksyttiin.[36] Lakivaliokunta perusteli promillerajan asettamista juuri tähän sillä, että promillerajaa ei tule asettaa keskimääräiskuljettajaa silmällä pitäen, vaan sellaisia ryhmiä ajatellen, jotka ovat tottumattomia alkoholin käyttöön. Näitä ovat erityisesti nuoret. Toisena perusteena rajan laskemiselle oli se, että on otettava huomioon alkoholin nauttimisen vaikutus ei pelkästään rutiinisuorituksiin, vaan myös vaativammissa tehtävissä.[37]

Rattijuopumuksen perusrikoksesta on säädetty selkeästi promillerajatekniikalla. Säännöksessä (lain 4.2) on vaihtoehtoisena tekotapana nimettyjen ajoneuvojen kuljettaminen siinä määrin alkoholipitoisten juomien tai muiden aineiden vaikutuksen alaisena, että voidaan olettaa, ettei kuljettaja pysty turvallisesti kuljettamaan ajoneuvoa. Tämä säännös on tarpeellinen mm. siitä syystä, että Ruotsissa tuomioistuimet ovat suhtautuneet hyvin pidättyvästi mahdollisuuteen tuomita tekijä promillerajan mukaan silloin, kun mitään teknistä mittaustulosta ei ole arvion perustana. Toisaalta säännöksen soveltamisalaan kuuluvat aineiden yhteisvaikutustilanteet.[38]

Kolme perustetta on erityisesti otettava huomioon, kun arvioidaan sitä, onko rattijuopumus törkeä (lain 4a §). Ne ovat 1) promilleraja (verestä 1,0 ‰, uloshengitysilmasta 0,50 mg/l), 2) kuljettaja on muutoin ollut huomattavasti (avsevärt) alkoholin tai muun aineen vaikutuksen alaisena, tai 3) ajoneu-

---

[35] *Hoflund* 1995, 69.

[36] Lakivaliokunnan mietinnöstä käy ilmi, että jopa täysraittiuden vaatimus oli esillä vakavasti otettavana mahdollisuutena liikennevaliokunnan ollessa sillä kannalla. Lakivaliokunta piti ehdotusta kuitenkin liian pitkälle menevänä. Sen mukaan kriminalisoinnilla ei tulisi tähdätä siinä määrin epäsuoriin kasvatuksellisiin ym. vaikutuksiin kuin mitä nollaraja merkitsisi; liikenneturvallisuusargumentti ei sen mukaan perustele näin laajaa uuskriminalisointia. *JuU2* 1989/90, 13–14.

[37] *JuU2* 1989/90, 18. Kriminalisoinnin alaraja määritetään »heikoimpien» tekijäryhmien mukaan. Ks. esimerkistä myös *von Hirsch* 1996, 263–264.

[38] *Hoflund* 1995, 69–74.

von kuljettamisesta on ollut tuntuvaa (påtaglig) vaaraa liikenneturvallisuudelle.

2)-kohdan peruste liittyy alkoholin ja muun aineen yhteisvaikutustilanteisiin, mutta lainkohdan tarkoittama alkoholin vaikutuksen alaisuus voi periaatteessa olla todettavissa myös, kun 1)-kohdan promilleraja alittuu. Säännöstä on tarkoitus soveltaa melko suppeasti ja vain niissä tilanteissa, joissa vaikutuksen asteesta on vakuuttavaa näyttöä.[39]

3)-kohdan vaarantamisperusteen luonteesta on erilaisia käsityksiä. Kielellisesti se tarkoittaa konkreettista vaaraa, mutta sen on toisinaan tulkittu tarkoittavan vain abstraktia vaaraa.

Olennaista on joka tapauksessa, että rattijuopumuksen törkeyden arviointi perustuu kokonaisarvosteluun, jossa kukin peruste samoin kuin muutkin teon olosuhteet otetaan huomioon.[40] Törkeän rattijuopumuksen promillekriteerin täyttyessä vain niukasti voi teon vähäinen vaarallisuus perustella tuomion tavallisesta rattijuopumuksesta. Vastaavasti huomattavan vaarallinen ajotapa voi tehdä teon törkeäksi jo selvästi ennen tuon promillekriteerin täyttymistä.[41] Ajotapaan liittyvän vaarantamisen ohella myös kuljettajan erityisen vastuullinen tehtävä tulee otettavaksi huomioon tässä arvostelussa, samoin kuin ajoneuvossa mahdollisesti olevat tekniset puutteet. Ruotsin esitöiden mukaan tavanomainen varomattomuus liikenteessä ei ilman muuta kvalifioi rattijuopumusta törkeäksi. Näissä tilanteissa tekijää rankaistaan molemmista rikoksista. Jos taas rattijuoppo on esimerkiksi aiheuttanut onnettomuuden, voitaisiin vaarallisuus ottaa huomioon rattijuopumuksen kvalifioivana perusteena ja katsoa varomattomuuden liikenteessä sisältyvän siihen.[42]

Ruotsin rattijuopumussääntelyssä kiinnittää huomiota törkeän rattijuopumuksen törkeysarvostelun olennaisesti toisenlainen hahmottaminen kuin Suomen oikeudessa. Törkeysarvostelu on Ruotsissa suhteellisen selvästi kokonaisarvostelua. Ruotsi on tässä suhteessa lähempänä Tanskaa, jossa liiken-

[39] *Hoflund* 1995, 74.

[40] *Wickström* 1993, 275–276.

[41] Tätä koskevasta ratkaisusta ks. esim. HD 1993:127 (ään.). Vastaajan menettelyä ei pidetty törkeänä rattijuopumuksena, vaikka hänen ajon jälkeinen promillearvonsa oli 0,87 ja vaikka hän oli osaksi asuinalueella ajaen ylittänyt olennaisesti sallitun ajonopeuden. HD perusteli ratkaisua mm. liikenteen vähäisyydellä. Perusteluiden mukaan mikä tahansa varomattomuutena liikenteessä rangaistava menettely ei johda rattijuopumuksen pitämiseen törkeänä. Ks. *NJA* 1993, 718–722. Vuoden 1990 uudistuksessa laajennettiin mahdollisuutta pitää rattijuopumusta törkeänä muulla kuin promilleperusteella.

[42] *Prop.* 1989/90:2, 49–50; *Hoflund* 1995, 75–76.

teen vaarantaminen on vastaavalla tavalla vaihtoehtoinen teon törkeäksi kvalifioiva peruste.

Rattijuopumus on Ruotsissa ollut poliittisesti keskeinen teema. Vuoden 1990 lainuudistusta seurasi toinen v. 1994, kun törkeän rattijuopumuksen raja alennettiin 1,0 promilleen. Lainuudistuksen pohjana oli parlamentaarisen komitean SOU-mietintö (1992:131), jossa ehdotettiin koko joukkoa muitakin ankarampaan suuntaan osoittavia lainuudistuksia rattijuopumuksen sääntelyssä.[43] Niistä olennaisimpia oli törkeän rattijuopumuksen luonnehdinta ns. artsbrott-rikokseksi, josta tulee säännönmukaisesti seurata ehdoton vankeusrangaistus.[44] Edellisen, vuoden 1990 lainuudistuksen jälkeen rangaistuskäytäntö oli olennaisesti lieventynyt, mihin kaivattiin muutosta.[45] Törkeän rattijuopumuksen rangaistusasteikon ylärajaa ehdotettiin korotettavaksi vuodesta kahteen vuoteen. Tuottamuksellisten seurausrikosten rangaistusasteikkoja ehdotettiin myös korotettavaksi silloin, kun tuottamuksellinen seurausrikos esiintyy yhdessä rattijuopumuksen kanssa.[46] Törkeän kuoleman- ja vammantuottamuksen rangaistusasteikon ylärajaa korotettiin. Törkeyden kokonaisarvostelussa säädettiin erityisesti otettavaksi huomioon se, oliko tekoon syyllistytty moottoriajoneuvoa alkoholin tai muun päihteen vaikutuksen alaisena kuljetettaessa.[47]

SOU-mietinnössä perusteet törkeän rattijuopumuksen rajan alentamiselle ilmentävät toisentyyppistä tausta-ajattelua kuin Suomen vastaavassa uudistuksessa. Alentamista perustellaan sekä liikenneturvallisuusnäkökohdilla että erityispreventiivisillä hoitonäkökohdilla. Muutoin kuin selvin päin olevia kuljettajia luonnehditaan suureksi vaaraksi liikenneturvallisuudelle. Turvallisuusargumentilla perustellaan sitä, että törkeän rattijuopumuksen rajaa tulisi alentaa. »Jo huomattavasti alemmilla alkoholipitoisuuksilla ajokyky heikkenee merkittävästi.»[48]

---

[43] Ehdotuksista ks. myös *Hoflund* 1995, 13–19.

[44] *Hoflund* 1995, 98: »Grova rattfylleribrott bör inte endast i viss utsträckning utan generellt anses vara av den arten att påföljden normalt bör bestämmas till fängelse.»

[45] *SOU* 1992:131, 53–62.

[46] *SOU* 1992:131, 107–111.

[47] Ks. tästä *Hoflund* 1995, 26; *Wickström* 1993, 288–289. – Suomessa tehtiin vuonna 1996 lakialoite (*Lakialoite 34/1996 vp.*, ed. Myllyniemi ym.), jossa mm. esitettiin RL 21:9:ään lisättäväksi uusi momentti. Siinä olisi säädetty vuoden minimirangaistus kuolemantuottamuksesta, mikäli aiheuttaja samalla on syyllistynyt törkeään rattijuopumukseen. Esitys raukesi. Ks. esityksen kritiikistä *Lappi-Seppälä* 1996, 280–306.

[48] Ks. argumentaatiosta *SOU* 1992:131, 86–90. Alkoholin vaikutusta käyttäytymiseen on selvitetty yleisesti, mutta selvästi myös alkoholipolitiikan tulevaisuudennäkymät ovat

Olennaisempaa kuitenkin on se perustelu, jolla 1,0 promillen rajaan on päädytty. Liikenneturvallisuusargumenttien lisäksi rajan valintaan on vaikuttanut se, että tämän tasoiset promillemäärät »indikoivat henkilöllä olevan alkoholiongelman». Sen vuoksi on perusteltua valita tämä raja, jotta hoito (behandling) ja seuraamusjärjestelmään kuuluvat muut apu- sekä tukitoimet voidaan ottaa käyttöön jo tässä vaiheessa.[49] Hallituksen esityksessä korostetaan suoranaisten liikenneturvallisuusperusteluiden ohella sitä, että rajan laskulla vastataan yhteiskunnasta tuleviin vaatimuksiin liikenteen raittiudesta ja osoitetaan teon vakavuutta.[49a]

Ruotsin esimerkkiä voinee tulkita sillä tavoin, että hoitoideologinen argumentti on tullut vaikuttamaan siihen, miten rikoksen vahingollisuus, vaarallisuus ja syyllisyys (rangaistusarvo) määräytyy. Hoitomahdollisuuksien huomioon ottamisesta rajanvedossa oli maininta jo komitean toimeksiannossa.[50] Rattijuopumuksen vaarallisuuden ymmärretään mietinnössä näkyvän myös siinä, että hoitamattomana alkoholiongelma helposti johtaa rikoksen uusimiseen. Alkoholiongelmaiset pyritään valikoimaan törkeän rattijuopumuksen rajan avulla hoitotoimenpiteiden kohteiksi, ja hoitoa voidaan yhdistää joko ehdottomaan vankeusrangaistukseen tai suojeluvalvonta-seuraamukseen erityismääräyksin taikka sopimushoitona. »Lajityypillistä» vankeusrangaistusta tarvitaan erityispreventiivisistä syistä hoitovelvoitteiden taustatueksi, ja samalla palvellaan yleispreventiivisiä tarkoitusperiä osoittamalla törkeän rattijuopumuksen vakavuutta ja hylättävyyttä.[51]

Suomessa ei ole vastaavalla tavalla pyritty tehostamaan päihdeongelmaisten rattijuopumukseen syyllistyneiden hoito-ohjelmia ohjaamalla rangaistuslajivalintaa kuvatuin tavoin. Suomen yksinkertaisemmassa seuraamusjärjestelmässä – josta puuttuu mahdollisuus »skyddstillsyn»-seuraamukseen – yhdyskuntapalveluseuraamus on ollut ehdottoman vankeusrangaistuksen vaihtoehtona yleinen niissä rattijuopumusrikoksissa, joissa ehdotonta vankeutta on ollut tarpeen käyttää. Yhdyskuntapalveluun on voitu kytkeä enintään vii-

---

osa liikenneturvallisuuden kehityksen uhkakuvia. Mietinnössä painotetaan mm. sitä, että Euroopan integraatiokehitys voi suosia rattijuopumusrikollisuutta, mikäli alkoholin kulutus sen johdosta lisääntyy. Ks. mainintoja *mt.*, 88–89, 97.

[49] *SOU* 1992:131, 15, 90–93.

[49a] *Prop.* 1993/94:44, 24–27.

[50] *SOU* 1992:131, 32.

[51] *SOU* 1992:131, 75–81, 96–99. Hoitoideologinen argumentti saa luonnollisesti lisää painoa, jos hoidollisin toimenpitein voidaan vaikuttaa rattijuopumusrikoksen taustalla olevaan päihdeongelmaan.

den tunnin päihdehuoltopaketti,[52] joka lienee Ruotsin päihdehuolto-ohjelmia olennaisesti vähemmän intensiivinen.

Rattijuoppojen hoitoonohjaus on silti ollut Suomessa kasvavan huomion kohteena 1980-luvulta alkaen.[53] Rattijuoppojen hoitoonohjaustyöryhmä esitti vuonna 1988 mm. ajokortin antamiseen ja palauttamiseen liittyvien lääkärintarkastusten kehittämistä sellaisiksi, että myös mahdollinen päihdeongelma ja sen vaikutus ajokykyyn tulisi siinä esille.[54] Työryhmä ehdotti myös ajokortin antamista eräissä tilanteissa sellaisin ehdoin, että henkilön tulee määräajoin tai määrätyn ajan kuluttua esittää uusi lääkärintodistus ajokykyisyydestään.[55] Nykyiset säännökset mahdollistavat jo osittain tällaisen valvonnan. AjokorttiA 9 §:ssä (2/96) säädetään kuljettajien terveysvaatimuksista, saman asetuksen 16 §:ssä ajo-oikeutta koskevista erityisehdoista ja TLL 73 §:ssa (676/90) ajo-oikeuden haltijan terveydentilan valvonnasta. Valtioneuvoston periaatepäätöksessä 28.8.1997 tieliikenteen turvallisuuden parantamisesta mainitaan (kohta 15) rattijuoppojen hoitoonohjaus- ja yhdyskuntapalvelujärjestelmän kehittäminen yhteistyössä eri ministeriöiden kesken.[56]

Norjassa on omaksuttu 0,5:n promilleraja. Muissa suhteissa sääntelyssä on tiettyjä eroja Suomeen nähden. Tieliikennelain (vegtrafikkloven, 1965:4) 22 §:n mukaan kukaan ei saa kuljettaa tai yrittää kuljettaa ajoneuvoa ollessaan alkoholin tai muun huumaavan aineen vaikutuksen alainen. Jos kuljettajan veren alkoholipitoisuus ylittää 0,5 promillea tai hänen elimistössään olevan alkoholin määrä saattaa johtaa tällaiseen pitoisuuteen taikka korkeampaan alkoholipitoisuuteen uloshengitysilmassa kuin 0,25 mg litraa kohden,[57] häntä on säännöksessä olevan stipulaation mukaan aina pidettävä tieliikennelain tarkoittamassa mielessä alkoholin vaikutuksen alaisena. Säännöksessä todetaan niinikään, ettei rikoksentekijän erehtyminen alkoholipitoisuudesta vapauta häntä rangaistuksesta. Kuljettajaa myös kielletään nauttimasta alko-

---

[52] L yhdyskuntapalvelusta (1055/96) 1.2 §.

[53] Ks. esim. *Rajalin* 1988, 46–113, *Heinonen* 1991. Tutkimus-, kehittämis- ja kokeilutoimintaa on ollut niin liikenneministeriön kuin sosiaali- ja terveysministeriön hallinnonaloilla.

[54] Ruotsissa toteutettiin 1991 lainuudistus, jossa ajokorttiluvan takaisin saamisen ehdoksi rattijuoppoustuomion jälkeen asetettiin asiantuntijalausunto (ns. laajennettu soveltuvuusharkinta). Uusi asiantuntijalausunto tulee vielä tämän jälkeen toimittaa säädetyssä määräajassa. *Wickström* 1993, 290–291.

[55] *Työryhmämuistio* 1988:11, 41–45.

[56] *VN:n periaatepäätös* 28.8.1997.

[57] Tämän mahdollistava muutos säännökseen tuli lainmuutoksella 24.6.1988 nr. 66. Ehdotuksista ks. *NOU* 1987:11, 100–108. Pääasiassa säännös on vuonna 1981 voimaantulleessa asussa.

holia tai muuta päihdyttävää tai huumaavaa ainetta kuuden tunnin aikana ajon päättymisestä, mikäli kuljettaja ymmärtää tai hänen pitäisi ymmärtää, että hänen ajonsa saattaa johtaa poliisitutkimuksiin. Tällä kiellolla estetään jälkinautintaväitteiden menestyksellistä esittämistä.[58]

Norjassa ei ole erikseen säädetty törkeästä tekomuodosta. Kuitenkin teon törkeys tulee arvosteltavaksi rangaistusta mitattaessa. Rangaistussäännös on lain 31 §:ssä, jossa rangaistukset on porrastettu sen mukaan, oliko tuomittavan promillemäärä alle 1,0 promillea, 1,0–1,5 promillea vai yli 1,5 promillea. Törkeysporrastus – ja sitä kautta rangaistuksen mittaaminen – on siis sidottu melko tarkkaan juuri promillekriteeriin. Vuoden 1988 lainuudistuksessa tähdättiin törkeysporrastuksen selvempään eriyttämiseen. Ennen uudistusta kaikissa lain 22 §:n mukaisissa rikoksissa noudatettiin periaatteessa samaa rangaistussäännöstä. Nykyisin lievimmässä tekomuodossa on rangaistusuhkana sakko tai ehdollinen vankeus. Uusimisesta voi seurata ehdotonta vankeutta.[59]

Vegtrafikklov 21 §:ssä säädetään kuljettajan yleisistä velvollisuuksista. Siinä kielletään ajoneuvon kuljettaminen tai sen yrittäminen, kun kuljettaja on siinä tilassa, ettei hänen katsota kykenevän kuljettamaan ajoneuvoa turvallisesti. Alkoholin nauttiminen voi olla tässäkin syynä kyvyn puuttumiseen. Tuon säännöksen rikkomisesta rangaistaan tavallisena liikennerikkomuksena. Säännöstä sovelletaan lähinnä moottorittomien ajoneuvojen kuljettamiseen.

Tanskassa promillerajana on perustunnusmerkistössä 0,80 promillea (færdsellov nr. 287 af 10. juni 1976 § 53, stk. 3; promillekørsel), ankarammin rangaistavassa tekomuodossa 1,20 promillea (fl § 53, stk. 1; spirituskørsel). Näitä täydentää vielä fl § 53, stk. 2:n säännös, jonka mukaan »spirituskørselinä» on rangaistavaa moottoriajoneuvon kuljettaminen tai sen yrittäminen myös muutoin, mikäli kuljettaja on nauttinut siinä määrin alkoholia, että hän ei pysty kuljettamaan ajoneuvoa turvallisesti. Greven mukaan tämän säännöksen soveltaminen on kokonaan irrotettu promillekytkennästä. Siitä huolimatta olisi hänen mukaansa pidettävä mielessä se, että varhemman vastaavan lainkohdan tulkinnassa – vaikka kriminalisoinnin ala oli laajempi – edellytettiin yleensä 1,0:n ylittävää promillemäärää. Arvioitaessa sitä, onko kuljettaja kyennyt kuljettamaan ajoneuvoa turvallisesti, otetaan erityisesti huomioon se, onko ajosta aiheutunut vaaraa toisille, ja ainakin osaksi myös se, onko siitä ollut vaaraa itselle.[60]

[58] *HE:ssä* 110/1975 II vp., 9, todetaan, ettei vastaavaa erityistä rangaistussäännöstä ole pidetty meillä tarpeellisena.

[59] Ks. *Torgersen – Engstrøm* 1988, 769–773.

[60] *Greve* 1979, 164; *Greve – Lodberg* 1987, 98–99.

EU:ssa harjoitetun liikenneturvallisuuspolitiikan piirissä on ollut esillä myös yhteisen promillerajan käyttöönotto EU:n jäsenvaltioissa. Yleisin promilleraja EU:n jäsenmaissa on 0,8 promillea. Jo 1988 EY:n komissio esitti, että rangaistavuuden alarajan tulisi olla jäsenvaltioissa korkeintaan 0,5 promillea (mg/ml verta). Ministerineuvosto ei kuitenkaan ole tehnyt asiassa tarvittavia päätöksiä.[61]

2.2.2 Saksa

Saksalainen liikennejuopumuksen sääntelymalli on pohjoismaista mallia perinteisempi. Perinteisyys ilmenee erityisesti rikoslakiin otetussa sääntelyssä, mitä taas täydentää järjestysrikkomusoikeuden puolella oleva promillerajaan kiinnittyvä sääntely.

StGB 316.1.1:ssä (Trunkenheit im Verkehr) ei ole omaksuttu lainkaan promillerajaratkaisua, vaan ratkaisevana tunnusmerkistötekijänä on se, ettei kuljettaja ole siinä tilassa, että hän pystyy kuljettamaan ajoneuvoa varmasti (»... nicht in der Lage ist, das Fahrzeug sicher zu führen...»). Tämä on saksalaisen käsityksen mukaan ns. abstraktia vaarantamista edellyttävä rikos. Teon yleinen vaarallisuus on säännöksen antamisen taustalla.[62]

Abstrakti vaarallisuus ei tarkoita kuitenkaan täysin yleistettyä tekotyypin vaarallisuutta, vaan edellyttää yksittäistapauksellisen toteamisen. Ajoon kelpaamattomuus (Fahruntüchtigkeit) voi olla joko rajallista tai absoluuttista. Molemmat ovat rangaistavia. Rajallista ajoon kelpaamattomuutta arvioitaessa arvion kohteena on se, oliko ko. kuljettajan yleinen suorituskyky siinä määrin heikentynyt, että hän ei olisi pystynyt kuljettamaan ajoneuvoaan turvallisesti pitkähköä matkaa ja myös eteen tulevissa vaikeissa liikennetilanteissa. Arviota ei perusteta yksinomaan promillemäärään, mutta jo 0,3 promillen veren alkoholipitoisuusarvoilla saatetaan havaita mm. huomiokyvyn, tilantajun ja reaktiokyvyn häiriintymistä.[63]

Saksalaisen käsityksen mukaan alhaisetkin veren alkoholipitoisuudet merkitsevät kaikkia kuljettajia yhdessä koskevien tilastollisten keskiarvojen mukaan toimintojen heikentymistä. Kuitenkin oikeuskäytännön mukaan ehdottomasta ajoon kelpaamattomuudesta on kyse vasta korkeammilla veren

---

[61] Ks. *SOU* 1992:131, 73. – EU:n komissio on 12.7.1995 hyväksynyt yhteistä liikennepolitiikkaa koskevan toimintaohjelman ajanjaksoksi 1995–2000. Siihen ei kuitenkaan sisälly liikennejuopumusta koskevia ehdotuksia. Ks. *EU:n tiedote* 1995, 48–52.

[62] *Jagusch – Hentschel* 1995, 1330.

[63] *Jagusch – Hentschel* 1995, 1333.

alkoholipitoisuuksilla. Saksalaisen kannan mukaan »todistusraja-arvona» on tässä suhteessa vähintään 1,1 promillen veren alkoholipitoisuus.[64] Tuo rajaarvo on muodostettu perusarvosta, joka on 1,0 promillea, ja erilaisten mittausvirheiden eliminoimiseksi asetetusta turvallisuuslisästä, joka on 0,1 promillea. Koska promillerajaa ei ole asetettu lainsäännöksessä tunnusmerkistötekijäksi, vaan se on ainoastaan näyttöön liittyvä kysymys, saatetaan oikeuskäytännössä myös muuttaa tuon rajan tulkintaa, niinkuin jo on tapahtunutkin. Varhemman tulkinnan mukaan absoluuttisen ajoon kelpaamattomuuden katsottiin olevan käsillä vasta 1,3 promillen kohdalla.[64a]

Ajatus on siis se, että rajallista ajoon kelpaamattomuutta ei voida osoittaa pelkästään yleistysten perusteella, vaan heikentynyt kyky ajoneuvon kuljettamiseen on voitava todeta kussakin tapauksessa erikseen. Arvioitavana on kuljettajan suorituskyky kokonaisuutena siten, että niin henkis-sielullisen kuin ruumiillisenkin suorituskyvyn lasku tulee otetuksi huomioon. Tämä heijastanee myös sitä käsitystä, että eroja alkoholin aikaansaamissa vaikutuksissa voi olla esimerkiksi sen mukaan, onko kyse nousu- vai laskuhumalasta. Ajokelpoisuuden rajoittuneisuutta arvioitaessa suoranaisen suorituskyvyn laskun lisäksi otetaan huomioon kokonaispersoonallisuuteen alkoholista johtuvat muutokset sekä tästä johtuva muihin kohdistuvien vaarojen lisääntyminen.[65]

Vasta 1,1 promillen verenalkoholipitoisuuksilla voidaan suoraan lähteä siitä, että promillemäärä on osoituksena ajokunnon heikkenemisestä riittävällä tavalla. Niissä tapauksissa, joissa promillemäärä jää tätä alemmaksi, voidaan puhua myös – hieman epätäsmällisesti – suhteellisesta ajoon kelpaamattomuudesta. Suhteellinen ajoon kelpaamattomuus tarkoittaa näytön kannalta sitä, että tuo seikka on osoitettavissa pelkästään indisiotodisteilla. Kyse ei ole suhteellisuudesta muussa kuin siinä mielessä, että suhteellinen ajoon kelpaamattomuus näytetään oikeusprosessissa eri tavalla, ts. promillemäärän ohella tarvitaan muuta näyttöä. Mitä alhaisemmasta promillemäärästä on kyse, sen vakuuttavampaa näyttöä muista seikoista on oikeuskäytännössä vaadittu. Tekijä voidaan vastaavasti tuomita jopa ilman verikoetta – ja tietoa promillemäärästä – jos osoitetaan muuten hänen olleen ilmeisen juovuksissa, ja voidaan todeta hänen nauttineen ennen ajamista huomattavasti alkoholia. Indisiona suhteellisesta ajoon kelpaamattomuudesta voi oikeuskäytännön mukaan olla esim. varomaton, ilmeisen kevytmielinen ajota-

[64] *Jagusch – Hentschel* 1995, 1334–1335.
[64a] *Schönke – Schröder* 1991, § 316 4a.
[65] *Jagusch – Hentschel* 1995, 1333.

pa, sulkuviivan sääntöjenvastainen ylittäminen tai nopea ajo pää painuksissa. Voimakas väsymys voi niinikään olla osoituksena samasta seikasta.[66]

Yksilöllisen syyllisyyden periaatteen huomioon ottamisesta kertoo se, että 316 (2) §:ssa on säädetty teko rangaistavaksi myös tuottamuksellisena.[67] Muussa tapauksessa tekijän tahallisuuden tulisi kattaa käsitys ajokelpoisuuden heikkenemisestä, mitä voisi olla hankala osoittaa. Joissakin tapauksissa liikennejuopumussäännösten sijaan tekijä voi tulla rangaistavaksi »Vollrausch»-säännöksen nojalla (StGB 323a).

Saksan StGB:n mukaan ajoneuvolla liikenteeseen osallistuminen voi olla rangaistavaa myös konkreettisena vaarantamisrikoksena. StGB 315c § koskee liikenteen vaarantamista. Tuon pykälän (1)1.-kohdassa on vastaavantyyppinen säännös kuin edellä ajoneuvon kuljettamisesta. Sitä voidaan soveltaa, mikäli kuljettaja esim. alkoholin nauttimisen vuoksi ei ole siinä kunnossa, että pystyy kuljettamaan ajoneuvoa turvallisesti. Edellisen lisäksi edellytetään nyt toisen hengen tai terveyden (Leib oder Leben) tai arvoltaan merkittävän toiselle kuuluvan omaisuuden vaarantamista.

Saksalaisessa lainopissa ja oikeuskäytännössä konkreettisen vaaran vaatimusta on tulkittu varsin tiukasti. Yksi luonnehdinta liikennerikosoikeudelliselta kannalta on seuraava: vaara uhkaa, jos sellaiset voimat, joihin enää ei voida vaikuttaa, uhkaavat välittömästi saada vahingon aikaan, ja vain sattumasta on kiinni, tai jonkin toisen henkilön erityisen väistämistaidon ansiota on, että vahingolta vältytään.[68]

Edellä esiteltyä sääntelymallia täydentää 20.7.1973 lisätty StVG 24 a §. Tuon säännöksen perusteluista käy ilmi, että aikaisempi, edellisen kahden lainkohdan varaan rakentunut sääntely ei ollut kriminaalipoliittiselta kannalta tyydyttävä, koska se suorastaan rohkaisi ajoneuvon kuljettajia koettelemaan rangaistavuuden rajoja.

Lainkohdassa säädetään järjestysrikkomuksena rangaistavaksi moottoriajoneuvon kuljettaminen tieliikenteessä kuljettajan verenalkoholipitoisuuden ollessa 0,8 promillea tai enemmän tai hänellä kehossaan sellainen alkoholimäärä, joka johtaa vastaavaan verenalkoholipitoisuuteen. Järjestysrikkomuksesta tuomitseminen ei ole kytketty lainkaan tekijän yksilöllisen ajokunnon arviointiin, vaan tässä on lainsäädäntöteknisesti kyse puhtaasti presumoidun vaarallisuuden konstruktiosta, eli lainsäätäjä on harkinnut tekotyypin ylei-

[66] *Jagusch – Hentschel* 1995, 1337–1338.

[67] Tuottamuksellisuudesta erityisesti mitä tulee tekijän velvollisuuteen tuntea oma ajokuntonsa, ks. *Hentschel – Born* 1992, 129–135.

[68] *Jagusch – Hentschel* 1995, 1306, 1313–1315.

sen vaarallisuuden olevan käsillä tuon promillemäärän täyttyessä. Promillerajan asettamista tähän kohtaan perustellaan sillä, että kuolemaan johtavan liikenneonnettomuuden suhteellinen tilastollinen todennäköisyys on ulkomaisten tutkimusten mukaan 0,8 promillen[69] arvolla 4,42-kertainen siihen verrattuna, että kuljettajat olisivat liikenteessä täysin ilman alkoholia. Lainsäätäjä on pitänyt tätä sopivana »vaararaja-arvona». Useimpien kuljettajien kyky ajoneuvon kuljettamiseen turvallisesti on tätä alemmillakin arvoilla jo heikentynyt. Mittausvirheiden vuoksi turvallisuusmarginaaliksi valittu 0,15 on sen sijaan jo otettu huomioon raja-arvoa määrättäessä.[70]

Kyseinen järjestysrikkomussäännös, otsikoltaan »Säännösten vastainen alkoholin nauttimisen jälkeen tapahtuva moottoriajoneuvojen kuljettaminen», sulkee lainsäädännöllisesti sellaisen aukon, joka aiemmin oli jäänyt. Säännös ei sinänsä vaikuta aikaisempien säännösten soveltamiseen; jos epäillyn kuljettajan ajoon kelpaavuuden voidaan osoittaa riittävällä tavalla heikentyneen, sovelletaan edelleenkin aikaisemmin voimaantulleita säännöksiä. Kyse on lisäsääntelystä, jonka perusteluna on liikenne- ja kriminaalipoliittinen tarve tukea alkoholirikossäännösten tavoitteiden toteutumista. Tämä vaarantamisrikostunnusmerkistö on toisaalta haluttu säätää järjestysrikkomukseksi ja hallinto-oikeudelliseksi, koska kyse on teoista, joiden »vääryyssisältö» on vähäinen.[71] Rangaistavuus kattaa myös tuottamuksellisen tekomuodon. Sakkomaksun yläraja on tahallisessa rikkomuksessa 3.000 DM, tuottamuksellisessa 1.500 DM.

Saksalaisesta ratkaisusta näkyy selvästi se ero, mikä on promillerajaan kiinnitetyn järjestysrikkomuksen ja varsinaisten rikoslakirikosten välillä. Järjestysrikkomuksessakin on pidetty kiinni syyllisyysvaatimuksesta (tahallisuus tai tuottamus). Tekijän on täytynyt joko olla tietoinen rajalle yltävästä pro-

---

[69] Mainittu 0,8 promillen raja on Euroopassa varsin yleinen. Se on käytössä mm. Belgiassa, Espanjassa, Ranskassa ja Isossa-Britanniassa.

[70] *Jagusch – Hentschel* 1995, 233–234. – Eri maiden lainsäädännössä on eroja tässä suhteessa. Useissa maissa virheriskiarvoa koskeva vähennys tehdään mittaustuloksesta. On myös huomattava, että eri maiden promillerajat eivät ole suoraan vertailukelpoisia. Pohjoismaissa promillemäärä tarkoittaa alkoholin painon ja veren painon suhdetta. Tietyissä maissa taas arvona on alkoholin painon suhde veren tilavuuteen. 1 ml verta painaa 1,055 gr. – Suomessa veren alkoholipitoisuus lasketaan kaavasta: lausunnossa ilmoitettu alkoholipitoisuus (‰) = määritetty näytteen pitoisuus (‰) x 0,94 – 0,02 (‰). Virheriskiarvosta ei ole säädetty laissa, koska se riippuu analyysimenetelmästä ja käytettävistä laitteista; sama koskee uloshengitysilmasta tehtävää mittausta. *HE* 18/1992 vp., 5. – Tanskassa vähennettävä arvo on 0,1 ‰ ja vastaavasti 0,15 ‰, mikäli mittaustulos ylittää 0,3 ‰; *Greve – Lodberg* 1987, 95.

[71] *Jagusch – Hentschel* 1995, 234.

millemäärästä tai ainakin »ottaa se lukuun». Saksalaisen ns. positiivisen tahtoteorian mukaisen tahallisuuskäsityksen mukaan myös tietoinen välinpitämättömyys tuon seikan suhteen konstituoi tahallisuuden. Rikoksen rangaistavuus myös tuottamuksellisena kuitenkin johtaa siihen, että 0,8 promillen kohdalla tietoisen tuottamuksen vaatimus yleensä täyttyy, ellei alkoholin nauttiminen sitten ole tapahtunut itse sitä huomaamatta.[72] Järjestysrikkomuksen olennainen ero StGB 316 §:ään on juuri siinä, että yksilöllisen ajokunnon selvittämistä ei lainkaan vaadita.

2.3 Rattijuopumuskriminalisointi vaarantamisrikoksena

Eduskunta toteutti Suomessa 1994 monet asiantuntijat yllättäneen lainmuutoksen (L 655/94). Törkeän rattijuopumuksen (RL 23:2) promilleraja (1,5) laskettiin 1,2 promilleen säännöksen muuten pysyessä entisellään.[73] Vesiliikennejuopumuksessa promillerajaa alennettiin 1,5:stä 1,0:aan. Alkoholin nauttimisen toteaminen tehtiin kaikissa RL 23 luvun liikennejuopumusrikoksissa mahdolliseksi ns. tarkkuusalkometrin avulla suoraan hengitysilmasta.

Rikoslakiprojektin liikennerikoksia koskevassa ehdotuksessa, jonka johtoryhmä oli kesäkuussa 1994 luovuttanut oikeusministeriölle, ehdotettiin törkeässä rattijuopumuksessa palattavaksi 1,5 promillen rajaan. Jatkovalmistelussa päädyttiin kuitenkin antamaan liikennerikoksia koskenut hallituksen esitys sen sisältöisenä, ettei törkeän rattijuopumuksen promillerajaan ehdotettu muutosta.[74]

Liikennerikoslainsäädännön uudistamista koskeva lakiesitys (HE 32/1997 vp.) on eduskunnan käsiteltävänä. Rattijuopumussäännöksiin ehdotetut muutokset ovat periaatteelliselta kannalta vähäisiä.[75] Yleislinjan mukaisesti liikennejuopumusta moottorittomalla ajoneuvolla koskeva säännös siirtyisi RL 23 lukuun samoin kuin mm. nykyisen TLL:n liikenteen vaarantamista koskevat kriminalisoinnit. Liikennerikosoikeuden kannalta merkittävintä ehdotuksessa on liikenteen vaarantamisen törkeän tekomuodon nykyistä olennaisesti yksityiskohtaisempi sääntely. Teon törkeäksi kvalifioivat perusteet on

---

[72] *Jagusch – Hentschel* 1995, 236–237.

[73] *HE* 18/1992 vp. Eduskuntakeskustelusta ks. *Lappi-Seppälä* 1994a, 42–45. Lakivaliokunta oli mietinnössään (*LaVM* 9/1994 vp.) päätynyt puoltamaan rajan säilyttämistä entisellään, mutta täysistunto asettui hallituksen esityksen kannalle.

[74] *HE* 32/1997 vp.

[75] *HE* 32/1997 vp., 19. Huumaantuneena ajamista koskevaan tunnusmerkistöön ehdotetaan lisäystä siitä, että suorituskyvyn tulee olla »tehtävän vaatimaa» eli liittyä moottorikäyttöisen ajoneuvon kuljettamiseen.

lueteltu esimerkinomaisesti ehdotetussa RL 23:2:ssa (törkeä liikenneturvallisuuden vaarantaminen).[76]

Keskustelu rattijuopumussäännösten uudistamisesta on kosketellut ehkä liiankin yksinomaisesti puhtaan kriminaalipoliittiseksi kysymykseksi käsitettyä promillerajojen määrittelyä. Rattijuopumussäännösten uudistustyössä ja kriminaalipoliittisessa – usein silti varsin »moraaliväritteisessä»[76a] – keskustelussa on kiinnitetty runsaasti huomiota promillerajoihin. Julkisessa keskustelussa ei liene vaadittu rattijuopumuksen sääntelyn uudelleenarviointia muilta osin eikä varsinkaan paluuta vanhaan »alkoholin vaikutuksen alaisuus» -kriteeriin.[77]

Rattijuopumuksen rikosoikeudelliseen sääntelyyn liittyy kuitenkin monia muitakin periaatteellisia kysymyksiä. Näihin paneutumalla on mahdollista avata periaatteellisempaa keskustelua siitä, mihin rattijuopumussääntelyllä pyritään, mikä tekee rattijuopumuksen muihin liikennerikoksiin nähden erityistapaukseksi, ja millaisiin seikkoihin rattijuopumustekojen törkeysarvionnissa voidaan tai on aihetta kiinnittää huomiota. Rattijuopumusrikoksia tarkastellaan esimerkkinä vaarantamisrikoksista. Niihin liittyy vaarantamisrikoksina kiinnostavia piirteitä mm. sen vuoksi, että rattijuopumuksesta ilmiönä on valtavasti tietoa ja tutkimusta. Lisäksi rattijuopumuksen sääntely on kiinnostavasti muuttunut perusteiltaan viime vuosikymmeninä, kun se on ollut voimakkaan kriminaalipoliittisen huomion kohteena.

2.3.1 Vaarantamista koskeva vaatimus tunnusmerkistötekijänä

Nykyisin liikennejuopumusrikosten perustunnusmerkistönä olevassa rattijuopumuksessa (RL 23:1; L 655/94) ei ole ilmaistu mitään teon vaarallisuutta koskevaa vaatimusta. Suomessa selväpiirteinen promillerajatekniikka toteutettiin vuonna 1976 (L 960/76). Rajaksi määrättiin moottorikäyttöisen ajoneuvon kuljettamisessa 0,5 promillea. Aiempi kriminalisointi sääti rangaistavaksi moottoriajoneuvon kuljettamisen alkoholin vaikutuksen alaisena. Käytännössä rangaistavuuden raja oli melko korkealla: alle 1,0 promillen humala johti harvoin rangaistukseen, eikä 1,5 promillen humalakaan välttämättä merkinnyt alkoholin vaikutuksen alaisuuden täyttymistä.[78]

---

[76] Kysymys oli esillä jo nykyisen TLL:n säätämisen yhteydessä. Esimerkkiluettelo pudotettiin kuitenkin pois hallituksen esityksestä. Ks. esim. *Kantola* 1979, 19–21; *HE* 74/1979 vp., 23–24.

[76a] Ks. esim. *Lappi-Seppälä* 1994b, 750.

[77] *Liikennejuopumus* 1985, 80.

[78] Reino Ellilä piti vanhaa kriminalisointitapaa ehdotettua promillerajatekniikkaa parempana. Syynä lienee ollut se, että Ellilä näki rattijuopumuksessa joka tapauksessa ole-

Vuoden 1976 uudistusta perusteltiin sillä, että suuri osa liikenneturvallisuutta vaarantavasta juopumuksesta jäi rikosoikeudellisen järjestelmän ulkopuolelle ja rangaistuksetta.[79] Lainuudistuksessa laajennettiin rangaistavan käyttäytymisen alaa.[80] Promillerajojen todettiin »soveltuvan hyvin liikennerikosoikeudessa omaksuttuun vaarantamisajatteluun», jonka mukaan »liikennettä varten on pyrittävä luomaan mahdollisimman selkeät säännöt sellaisen liikennekäyttäytymisen kieltämiseksi, joka keskimääräisarvion perusteella heikentää liikenneturvallisuutta»[81]. Esitöiden mukaan rattijuopumuksesta pitää rangaista, kuten ylinopeudesta, jo pelkästään liikenneonnettomuuden riskin lisääntymisen vuoksi ja riippumatta siitä, onko kuljettaja esimerkiksi henkilökohtaisten ominaisuuksiensa vuoksi välttänyt vahingon tai vaaratilanteen. Promillerajat todetaan myös hyväksi keinoksi porrastaa rangaistukset oikeudenmukaisesti.[82] Promillerajatekniikalla toteutettu kriminalisointi onkin sinänsä legaliteettiperiaatteen kannalta tyydyttävä, koska rangaistavuuden kriteeri on siinä mitä täsmällisin.[83]

Kriminalisointia, jossa vaarallisuus on vain kriminalisoinnin peruste, on tapana kutsua presumoidulle vaaralle rakentuvaksi.[84] Presumoitu vaara liit-

---

van kyse sen arvioinnista, oliko tekijä »alkoholin vaikutuksen alaisena». Koska ajokyvyn heikentyminen ei ollut yksinomaan määritettävissä veren alkoholipitoisuuden perusteella, oli »oikeusturvallisuuden kannalta» parempi pysyä vanhassa mallissa. Komiteanmietinnön 1973:2 johdosta Ellilä lausuu olevan syytä huomauttaa: »...että Suomen tilaston mukaan tutkittujen liikennejuoppojen verenalkoholi ylivoimaisesti enimmissä tapauksissa ylittää niin korkean arvon kuin 1,2 promillea ja että rattijuoppoudesta epäillyn on Suomen lain mukaan pakko alistua verenalkoholikokeeseen ja että 0,5 promillemäärä verenalkoholia ei empiirisesti tilastollisesti ole huomattavasti vähentänyt ajokykyä.» *Ellilä* 1974, 122–126 (126).

[79] *HE* 110/1975 II vp., 8.

[80] Tämä seikka on hyvin merkittävä tulkittaessa rattijuopumusrikollisuudessa tapahtuneita muutoksia. Alkometrien käyttöönotto helpotti kontrollin lisäämistä. 1980-luvun alusta lähtien vuosittaisten puhallutusten määrä on lisääntynyt tasaisesti, vaihdellen 1991–1993 jo 1,5 miljoonan molemmin puolin. Ks. *Rikollisuustilanne* 1995–1996, 65. Mainitussa julkaisussa (55–65) on runsaasti tilastoaineistoa liikennejuopumusrikoksista ja niiden kontrollista Suomessa.

[81] *HE* 110/1975 II vp., 8.

[82] *Ibid.*

[83] *Frände* 1994a, 28.

[84] Ks. *Koskinen* 1984, 1121–1124 viitteineen; Ks. myös jo Forsmanin luonnehdintaa presumoidusta vaarasta sittemmin kumotun murhapolttosäännöksen kommentaarissa; *Forsman* 1896, 889. *Frände* 1994a, 27–28, soveltaa »turvallisuusmallia» on omiaan -rikoksiin. Nuo rikokset loukkaavat vähintäänkin välillisesti turvallisuutta oikeushyvänä. Sen sijaan ns. presumoidulle vaaralle rakentuvia rikoksia Frände ei pidä omana lainrikkomus-

tyy tapaan ymmärtää abstraktisti vaarallisten rikosten taustaselitys. Abstraktia vaaraa on Saksassa lähestytty kahden teorian kautta. Ns. tyyppiteoriaan nojaava käsitys abstraktisti vaarallisen teon tyypistä ei sinänsä ole merkinnyt sitä, että vaara presumoitaisiin tapauskohtaisesti. Sen mukaan on aina selvitettävä, kuuluuko kyseinen teko siihen tyyppiin, jota rikostunnusmerkistöllä on tarkoitus säännellä. Toinen teoria on presumtioteoria, jonka mukaan abstraktin vaaran kriminalisoinneilla luodaan vaarallisuutta koskevia presumtioita, jotka ovat joko kumottavissa tai kumoamattomia. Presumtiivinen taustaselitys on syyllisyysperiaatteen kannalta kaikkiaan arveluttava, mistä syystä sen on usein katsottu soveltuvan vain sellaisiin rikosvastuun kysymyksiin, joita syyllisyysperiaate ei kontrolloi, kuten objektiivisiin rangaistavuuden edellytyksiin. Presumtiot voidaan jakaa vielä sen mukaan, presumoidaanko vain teon yleinen vaarallisuus-ominaisuus, vai myöskin sen vaarallisuus suhteessa tietynlaiseen oikeushyvän vaarantumisseuraukseen.[85] Vaarallisuuspresumtioon liittyy vastaava syyllisyyspresumtio.

Presumoidulle vaaralle rakentuvat rikosteon kuvaukset ovat niukkoja.[86] Tietty käyttäytyminen sinänsä on säädetty rangaistavaksi. Rattijuopumus näyttäisi olevan puhtaasti tekorikos, jossa käyttäytymisestä ei ole tarpeen osoittaa minkäänlaisia haitallisia seurauksia. Lainsäätäjä on tuomioistuimia sitovasti ratkaissut kysymyksen rattijuopumuksen vaarallisuudesta. Tuomioistuimen tehtäväksi jää vain tunnusmerkistössä mainittujen tosiseikkojen toteaminen. Presumoitu vaara on fiktio. Fiktionakin se on tarpeellinen, koska ilman sitä nämä kriminalisoinnit eivät saisi selitystään ja oikeutustaan oikeushyvien suojaamisesta.

---

tyyppinään. Tästä syystä ns. presumoidun vaaran tilanteet sulkeutuvat hänen vaarantamisdogmatiikkansa ulkopuolelle. Nuo rikokset luokitellaan loukkaamisrikoksiksi; *Frände* 1994, 73. Ks. myös Jareborgin kriittisiä huomautuksia presumoitua vaaraa edellyttävistä rikoksista. Niissä oikeuspoliittinen tavoite liittyy tekotyypin jonkin asteiseen vaarallisuuteen suojattavan intressin kannalta. Hän pitää selvänä, ettei vastanäytöllä teon vaarattomuudesta voida oikeudenkäynnissä kumota oletusta teon lainvastaisuudesta. Tämä rikosryhmä on hänen mukaansa systemaattiselta kannalta epäkiinnostava ja mahdoton rajoittaa. *Jareborg* 1995, 117.

[85] Ks. yleisesti *Graul* 1989, 140–231.

[86] Tässä suhteessa ne muistuttavat viime vuosisadoilta tuttuja politiarikoksia, jotka usein olivat ns. formaalideliktejä. Formaalideliktissä ei tosin välttämättä asetettu lainkaan edes syyllisyysvaatimusta. Ks. esim. *Binding* 1916, 1181–1187. – Rattijuopumus ei kuitenkaan ole politiarikos, mikäli politiarikoksella tarkoitetaan RL 5:3.4:ssa sanottuja rikoksia, joiden osalta avunanto ei ole rangaistavaa. Oikeuskäytännöstä ks. Kouvolan HO (D:R78/507; a: 26.10.1978), Helsingin HO (D:R1984/2375; a: 12.2.1985).

Vaarapresumtio-ajatus ei kuitenkaan ole aivan ongelmaton. Jos edellytetään harjoitetulta kriminaalipolitiikalta rationaalisuutta, on tällaisenkin kiellon ja sen sanktioinnin oltava mielekäs. Vaikka lainsäätäjä voisikin vapaasti päättää tällaisen kriminalisointitekniikan käytöstä, ei tekojen vaarallisuus sinänsä kuulu lainsäätäjän vaikutusmahdollisuuksien piiriin. Oikeushyvien suojelua toteuttamaan tähtäävässä rikosoikeuden järjestelmässä presumoidulle vaaralle rakentuvat kriminalisoinnit ovat lähtökohtaisesti epäilyttäviä. Ne näyttävät poikkeuksilta sen suhteen, että rikoksilta edellytetään vahingollisuutta ja vaarallisuutta. Presumoituisuus luo sen harhan, että paitsi tekojen määrällistä esiintymistä, myös niiden vaarallisuutta voitaisiin suoraan lainsäädännöllisesti »säädellä».[87]

Jos rikostunnusmerkistössä ei ole lainkaan asetettu teon vaarallisuuden vaatimusta, vaarallisuus jää vain lainsäätäjän perusteeksi sääntelyn toteuttamiselle. Presumtio saattaa tarkoittaa, ettei prosessissa voida kumota oletusta vastanäytöllä. Presumoitu vaara on siis – vaarantamisdogmatiikan kannalta – vaarallisuudesta luotu legaalinen presumtio. Siinä tapauksessa se on enemmänkin dogmi kuin presumtio. Presumtio voi olla vastanäytöllä kumottavissa tai kumoamaton. Oikeuskirjallisuudessa kannat tähän kysymykseen monesti hajoavat.[88] Esimerkiksi Cramer pitää osaa abstraktisti vaarallisista rikoksista sellaisina, joissa lainkäyttäjä voi arvioida vaarallisuuden. Joissakin tapauksissa teon vaarallisuus voidaan sulkea pois. Esimerkkinä on ensi katsomalta yksiselitteisesti presumoidulle vaaralle rakentuva tuhopoltto (StGB 306 §), jota ei ole tarpeen pitää rangaistavana, jos tekijä on täysin varmistunut siitä, että teosta ei aiheudu vaaraa kenellekään. Teon kokemusperäisen vaarallisuuden on tullut sulkeutua yksittäistapauksessa pois. Rikostunnusmerkistö siis luetaan ikään kuin siinä olisi »on omiaan» -vaatimus. Tämä menettely perustuu ratio legisin tulkintaan.[89]

---

[87] Koskinen hyväksynee sinänsä sen, että lainsäätäjä voi luoda – kuten Honkasalo sanoisi – tällaisia »kumoamattomia presumtiooneja». *Koskinen* 1984, 1122. Tällä kannalla myös jo Forsman, joka ymmärsi tällaisten legaalisten presumtioiden voivan yksittäistapauksessa johtaa arveluttavaan ankaruuteen, mutta piti silti kiinni kannasta, että presumoitu vaara on lainsäätäjän edellyttämää vaaraa. *Forsman* 1896, 894.

[88] Ks. ed. *Graul* 1989, jossa esitellään saksalaisessa kirjallisuudessa esitettyjä kantoja. Saksalaisessa kirjallisuudessa usein puhutaan presumoidusta vaarasta abstraktina.

[89] *Schönke – Schröder* 1991, §§ 306 ff. Vorbem 3a. Ks. siitä jo *Schröder* 1969, 16. Jakobs katsoo vastaavasti, että säännös tulisi lukea siten kuin siinä olisi kirjoittamaton huolimattomuus -tunnusmerkki. *Jakobs* 1991, 6 Rn 89. Frisch pitää teleologista reduktiota mahdollisena, mutta parempi hänen mukaansa olisi, että lainsäätäjä itse mahdollistaisi tapauskohtaisemman vaara-arvion. *Frisch* 1993, 92–93.

Presumtion uskottavuus voisi joskus lakata aivan yleisesti. Ajatellaan vaikka, että rattijuopumuksen promillerajaa laskettaisiin vielä selvästi, esimerkiksi 0,1 promilleen.[90] Tällainen kriminalisointi voisi olla vaikeasti sovitettavissa osaksi yksilönvapauksia kunnioittavaa oikeusjärjestystä. Rikosoikeudessa legaaliset presumtiot voivat muodostua ongelmaksi myös syyllisyysperiaatteen kannalta. Syyllisyysperiaate edellyttää yksittäistapauksellista syyllisyysarviointia. Syyllisyysperiaatteen kunnioittaminen on helpompaa, jos rikoksen tunnusmerkistö muodostetaan siten, että teon ulkoista puolta voidaan tarkastella myös yksilöllisiltä piirteiltään.

Sellainen vaarallisuus, joka ei olisi liitettävissä yksittäisen teon ominaisuudeksi, olisi kriminalisoinnin osana ongelmallinen. Silloin syyllisyysmoitteen sisältönä oleva väärä käyttäytyminen ei enää ilmennä niitä piirteitä, joihin syyllisyysmoite perustuu. Tämä ongelma tulee esille jo yleisesti abstraktin vaarantamisen kriminalisointien yhteydessä, mutta on erityisen hankala silloin, kun vaara jää vain presumoiduksi.[91] Ehdotonta rangaistavuutta voidaan silti poikkeustapauksissa perustella erityisillä syillä. Esimerkiksi rattijuopumuksessa voi olla tarpeen tukea oppimisprosessia ehdottomalla kiellolla. Kiellon ehdottomuus saattaisi olla tärkeää myös, jotta kielto muistetaan juopuneena. Toisaalta tätä tavoitetta ei välttämättä vielä vaarantaisi se, että joissakin tilanteissa sallittaisiin poikkeuksia.

Vaarapresumtio voidaan tulkita rikosprosessioikeudelliseksi säännöksi, joka sääntelee sitä, mistä jutussa on esitettävä näyttöä. Syyttäjän ei tarvitse näyttää toteen mitään teon vaarallisuudesta, jos vaara on presumoitua. Syyllisyysperiaatteen kannalta olennaiseksi seikaksi tulee se, miten rikosprosessissa suhtauduttaisiin vastanäyttöön, jota esitetään joko teon yleisistä vaarallisuusominaisuuksista tai erityisesti sen yksittäistapauksellisesta vaarattomuudesta. Vasta jos vastanäyttö on kiellettyä, voidaan puhua »kumoamattomasta presumtioonista».[92] Näin vaarallisuusarvostelu on suljettu peruuttamat-

[90] Ruotsissa rajana on siis 0,2 promillea.

[91] *Koskinen* 1984, 1123, on katsonut presumoitua vaaraa edellyttävät rikokset vaarantamisrikoksiksi, ja muutenkin pitänyt – realistisesti – niin de lege lata kuin de lege ferenda presumoitua vaaraa edellyttävää kriminalisointia yhtenä mahdollisena kriminalisointitekniikkana. Ks. myös hänen kritiikkiään pisimmälle vietyä vaarantamisajattelua kohtaan, *mt.*, 1135–1140.

[92] *Honkasalo* 1933, 183. – Koskinen mainitsee RL 23:1:n esimerkiksi »kumoamattoman presumtioonin» tekniikasta. Lainkäyttäjältä ei edellytetä minkäänlaista vaarallisuusarviointia, vaan sen tehtävä rajoittuu tunnusmerkistön mukaisen teon »toteamiseen». *Koskinen* 1984, 1122. Rattijuopumussäännöksen esitöissä (*HE* 110/1975 II vp, 8) on asetettu tällainen presumtio: »Autoilijaa, joka ylittää suurimman sallitun ajonopeuden, rangais-

tomasti lainsäätäjän ratkaistavaksi.[93] Tällainen malli synnyttäisi kuitenkin tietyn ristiriidan, kun tuomioistuin joutuisi tietoisesti sulkemaan silmänsä tapausten ratio legisin kannalta relevanteilta eroilta, joiden kuitenkin tulisi joka tapauksessa saada vaikuttaa esimerkiksi rangaistuksen mittaamisessa.

Jos pyritään sääntelemään vahingollista käyttäytymistä rikosoikeuden keinoin, käyttäytymisen on myös oltava vahingollista tai haitallista. Presumoidulle vaarantamiselle rakennetussa rikostunnusmerkistössä ei vaarantamisvaatimusta ole lainkaan ilmaistu tunnusmerkistössä. Vaarallisuutta rangaistavuuden perusteena ei välttämättä ole pohdittu muuallakaan, esimerkiksi lain esitöissä. Puhe presumoidusta vaarasta viittaa selvästikin siihen, että tiettyjä jokseenkin puhtaita »käyttäytymiskriminalisointeja», joissa mitään seurauksen tai vaaran aiheutumista ei ole kirjattu tunnusmerkistöön, tulkitaan suhteessa rikosoikeuden yleisiin funktioihin. Rikosoikeudessa säännellään nimenomaan haitallista käyttäytymistä.[94]

Poikkeaako lainsäätäjän tarkoitus sitten näissä rikoksissa muista rikoksista? Presumoitua vaarallisuutta edellyttävissä rikoksissa lainsäätäjän tarkoituksen selvittäminen voi olla vaikeaa. Kun vaarantamisesta vaietaan tunnusmerkistössä, myöskään oikeushyväulottuvuus ei ilmene siitä. Erityisesti kotimaisessa rikosoikeudessa, jossa liikennejuopumussääntely on – toistaiseksi – pääosin erotettu muista tieliikenteen kriminalisoinneista, lainsäätäjän tarkoituksen tarkempi selvittäminen on ongelmallista. Suojataanko rattijuopumussäännöksillä paitsi henkeä ja terveyttä, myös omaisuusarvoja, liikenteen sujuvuutta, liikenneturvallisuutta, liikenteeseen osallistuvien turvallisuudentunnetta tms?[95]

---

taan jo pelkästään tästä. Samoin pitää rangaista autoilijaa, jonka veren alkoholipitoisuus osoittaa, että hänen riskinsä aiheuttaa liikenneonnettomuus on lisääntynyt, yksinomaan tällä perusteella.»

[93] Silloin on lähdettävä siitä, että ratio legis edellyttää rangaistavuuden poikkeuksettomuutta – mikä voi olla tilanne esimerkiksi massarikoksissa. Ks. Cramer (*Schönke – Schröder* 1991) §§ 306 ff. Vorbem 3–4. Tässä mielessä esimerkkimme rattijuopumuksesta on ehkä erityistapaus. Näin ainakin Saksassa, jossa ilmeisesti on omiaan -rikoksiakin on vähemmän. Ks. *Martin* 1989, 91–94.

[94] Haitallisuuden käsitteestä ja haitallisuusarvon määräämisen arvo- ja intressisidonnaisuudesta ks. *Lahti* 1972, 270–275.

[95] *HE:ssä* 110/1975 II vp., 6–7, puhutaan yleisesti liikennejuopumuksen ehkäisytavoitteesta, alkoholin liikenneturvallisuutta vaarantavasta vaikutuksesta ja jopa liikennemoraaliin vaikuttamispyrkimyksestä, jotta lieväkin juopumus liikenteessä koettaisiin aina rikokseksi. Selvää lienee, että liikenneturvallisuuden edistäminen on rattijuopumuskriminalisointien ensisijainen ja hyväksyttävin tavoite. *Lahden* mukaan (1982, 50) liikenneturvallisuus merkitsee »toisten hengen, terveyden ja omaisuuden suojaa liikennevahingoilta ja niiden vaaroilta».

Presumoidussa vaarantamisrikoksessa lainsäätäjän tarkoitus varmastikin liittyy tietynlaisten tekojen erityiseen vaarallisuuteen. Esimerkiksi rattijuoppo ei kuitenkaan riko suoraan normin tarkoitusta vastaan, vaan itse normia vastaan. Normin tarkoitus, normi itse ja normin sisällön yhtenä osana usein oleva vaara on siten erotettava toisistaan. Normin tarkoitus ei voi olla yhtä kuin normi, koska muuten tarkoituksesta ei saataisi tulkinta-apua normin tulkinnassa. Presumoidusti vaarallisissa rikoksissa täytyy vaaran olla sellaisessa suhteessa normin tarkoitukseen, että tarkoitus auttaa täsmentämään ne oikeushyvät, joita normilla tarkoitetaan suojata, ja suojaamisen tavat. Normin tarkoituksen perusteella voidaan periaatteessa myös muodostaa oppia tekojen sosiaaliadekvanssista, eli teoista, jotka muodollisesti kuuluvat rangaistavan alaan, mutta eivät järkevästi ajatellen – esimerkiksi teon yleisen hyödyllisyyden tai mitättömän haitallisuuden vuoksi – voi olla rangaistavia.[96]

Entä tapahtuisiko lainkäytössä muutoksia, jos nykyiseen rattijuopumussäännökseen sisällytettäisiin »on omiaan» -vaarantamisvaatimus? Jos tekijän kiinnijääminen on tapahtunut vaikkapa tavallisessa ratsiassa eikä mitään ajovirhettä ole voitu todeta, on kysyttävä, millaisesta vaarallisuudesta on kyse? Pelkkä kuuliaisuuden ylläpitäminen ei ole modernissa rikosoikeusajattelussa riittävä rangaistavuuden peruste.[97]

Rikoslaissa ei enää ole monta presumoitua vaaraa ilmentävää rikostunnusmerkistöä, ellei sakonuhkaisia säännöksiä oteta lukuun. Murhapoltto on ollut presumoidusti yleisvaarallinen, mutta rikoslain uudistuksen II vaiheen yhteydessä se korvattiin tuhotyöllä (34:1), jossa asetetaan on omiaan -vaarantamisvaatimus. Vaaran presumointi herättääkin epäilyksiä sääntelyn järkevyydestä. Jos vaarallisuus on jotenkin osoitettavissa, ei olisi välttämättä estettä asettaa laissa on omiaan -vaatimus.

Rikoslain uudistamisessa lienee lähdetty siitä, että rikoslakirikoksissa on kyse joko vahingoittamisesta tai vaarantamisesta. Sakonuhkaiset rikkomustyyppiset sääntelyt taas voivat ongelmitta jäädä rikoslain ulkopuolellekin, vaikka niitä on edelleenkin myös rikoslaissa. Rikkomustyyppisissä kriminalisoinneissakin voidaan nähdä presumoidun vaaran logiikkaa. Näilläkin säätelyillä täytyy olla jokin järkevä peruste oikeushyvien suojaamisen kannal-

[96] Esimerkiksi ajo juopuneena huvipuiston törmäilyautoilla.

[97] Integraatioprevention ydin on lainkunnioituksen ylläpitäminen, ja se taas edellyttää ennen muuta ratkaisujen oikeudenmukaisuutta. Lainkunnioituksen ylläpitäminen ts. kontrolloi ratkaisua tavallaan kumpaankin suuntaan, kun taas lainkuuliaisuuden ylläpitämisestä puhuminen selvemmin viittaa negatiivisen yleisprevention suuntaan. Ks yleisesti *Nuotio* 1996d, 191–202.

ta, mutta näissä tapauksissa ei ole haluttu avata vaarattomuuden osoittamisen mahdollisuutta. Esim. vähäinen ylinopeus on liikennerikkomuksena kovin vähäisessä mielessä vaarallinen, kun liikutaan aivan säännöksen soveltamisen alarajoilla tai rikesakkojutuissa, vaikka toisaalta liikenteessä yleisesti vähäinenkin todellisen ajonopeuden lasku voisi vaikuttaa onnettomuuslukuihin. Rikkomuksina rangaistavat teot voivat myös olla merkityksellisiä monien muiden oikeushyvien kannalta. Rikkomustyyppisillä kielloilla voidaan varmistaa esimerkiksi liikenteen sujuvuutta.

Presumoitu vaarantaminen on helpommin hyväksyttävissä teknisluontoisissa rikkomustyyppisissä säännöksissä, mutta se tulee ongelmallisemmaksi, kun on kyse rikoslakirikoksen vankeusuhkaisesta perustunnusmerkistöstä. On omiaan -vaarantamistunnusmerkin kirjoittaminen suoraan rikoksen teonkuvaukseen ei tosin välttämättä muuta ratkaisevasti tuomioistuimen tehtäviä lakia sovellettaessa. Jos nimittäin on omiaan -vaarallisuus joka tapauksessa on vain tekotyypin, eikä yksittäisen teon ominaisuus, yksittäisen teon vaarallisuutta ei ehkä tarvitse määrittää, vaan pelkästään teon kuuluminen johonkin vaarallisten tekojen luokkaan. Jos henkilö ajaa maantiellä 20 km/h ylinopeutta, voivat olosuhteet olla sellaiset, ettei mitään vaaraa ole todettavissa. Vaarallisuus näkyy vasta, kun katsotaan tekotyyppiä laajemmin.[98] 20 km/h ylinopeus lisää tilastollista onnettomuusriskiä ja onnettomuuden sattuessa sen seuraukset ovat vakavammat.[99]

---

[98] Lahti edellyttänee abstraktin vaaran yhteydessäkin aina tapauskohtaista vaaran arviointia. Vasta rikkomustyyppisessä kriminalisoinnissa vaara-arviointi jää kokonaan pois. Lahden mallissa jää jossakin määrin avoimeksi, voiko vaara-arviointi koskaan olla varsinaisesti »yleistettyä». Abstraktin ja konkreettisen vaaran eroksi jää lähinnä se, että konkreettisessa vaarassa edellytetään vaarantamiskelpoisen kohteen olemassaoloa. Ks. *Lahti* 1982, 141–142. Lahden on tulkittu kehitelleen erottelua vain liikennerikosoikeutta silmällä pitäen. Koskinen asettaa yleisesti konkreettisen vaaran kriteeriksi kohteen olemassaolon ja siten todellisen vahinkoseurauksen mahdollisuuden. *Koskinen* 1984, 1126–1127.

[99] Sosiologinen tieto on käytännössä usein sellaisessa muodossa, ettei se suoraan sovi yksittäisen oikeudellisen ratkaisun perustaksi. Sosiologia tarkastelee tekoja tekotyyppeinä, eikä tyyppien sisällä ole tarvetta eritellä oikeudellisessa mielessä erilaisia tapauksia vastaavalla tarkkuudella. Siitä syystä voi olla vaikea arvioida sitä, saako esimerkiksi liikenneonnettomuustilastoista luotettavan kuvan siitä, mikä osuus erilaisilla liikennesääntörikkomuksilla on todellisuudessa tilastojen muodostumiseen tällaisiksi. Vaikkapa ylinopeus ei useinkaan ole tietyn onnettomuuden ainoa syy. Tilastoissa on vaikea ottaa huomioon esimerkiksi olosuhteiden erilaisuutta ja sitä, miten virheellinen vaikkapa tilannenopeus on ollut. Vasta tältä pohjalta olisi tuotettava oikeudellisesti mielenkiintoista tilastotietoa esimerkiksi ylinopeuden vaarallisuudesta yleensä ja vaarallisuuden vaihtelusta muiden muuttujien vaihtelun mukana. Oikeuden kannalta variantteja on niin paljon, että tätä aineistoa on vaikea käsitellä sosiologian keinoin. Samanlaisuuden ja erilaisuu-

Toisaalta rikosoikeudessa on myös normeja, jotka edellyttävät teon yksilöllisen törkeyden, vahingollisuuden ja vaarallisuuden huomioon ottamista. Sellainen teko, johon ei liity mitään havaittavaa ja todettavaa vaarallisuutta, on oikeushyvien suojelua korostavassa rikosoikeusajattelussa moitittavuudeltaan mitä vähäisin. Mahdollisten vahinkojen huomattavuus voi perustella teon rangaistavuutta, vaikka vahinkotodennäköisyys sinänsä olisi hyvinkin alhainen. Tietyn käyttäytymisen yleinen merkitys voi myös olla tärkeä. Esim. ajonopeus vaikuttaa mahdollisten onnettomuuksien vakavuuteen, ja ajonopeuksien erot liikennevirrassa lisäävät ohituksia, mikä sinänsä on liikenneturvallisuustekijä. Silti jopa tuomitsematta jättämistä koskevat lainkohdat (RL 3:5.3 1)-kohdan vähäisyysperuste) – jotka tosin ovat harkinnanvaraisia – voivat vaikuttaa siihen, ettei haitallisuudeltaan vähäisimmistä yksittäisistä rikoksista tuomittaisi rangaistuksia. Tieliikenteen sääntelyssä lienee tarpeen korostaa toimintajärjestelmän perustavien käyttäytymisnormien yleistä merkitystä, jos niillä on yhteys liikenneturvallisuuden ylläpitämiseen.

Tässä näkyy myös kytkentä rikosoikeuden perusteiden ja tekotyyppien vahingollisuutta koskevan tiedon välillä. Jotta rangaistus voidaan mitata ja tuomita, tulee tuntea rikostekojen vahingollisuus ja vaarallisuus. Tekotyyppien vaarallisuudesta voi olla vain yleisen tason kokemusperäistä tietoa. Tämä tieto on kuitenkin tulkinnanvaraista. Jos todettaisiin yllättäen esimerkiksi ryhmässä 0.3–0.6 promillea alkoholinkäytön parantavan kuljettajien suorituskykyä tieliikenteessä, rattijuopumuskriminalisoinnin kriminaalipoliittinen peruste poistuisi. Tuomioistuin ei pystyisi määrittämään tällaisen teon vahingollisuutta, koska teko ei olisi vahingollinen.[100]

Ns. massarikosten varalta kehitetyt rikesakko- ja rangaistusmääräysmenettely noudattavat toisentyyppistä tausta-ajatusta. Niissä rikosoikeuden aineellista suojelutavoitetta tavoitellaan usein ehdottomilla kielloilla, eikä tapauskohtaisia piirteitä oteta kovinkaan suuresti huomioon. Rikesakkomenettelyssä on tyystin luovuttu tapauskohtaisten piirteiden selvittämisestä, ja lainsoveltaminen noudattaa puhtaasti subsumtion kaavaa. Esim. turvavyö joko oli käytössä tai ei, ja tekoa arvioidaan pelkästään tekotyypin esimerkkitapauksena. Turvavyön käyttöpakko taas on sidottu yksinomaan siihen, että

---

den kriteerit ovat sosiologiassa aivan erilaiset kuin oikeudellisessa arvioinnissa. Ks. tästä esim. *Luhmann* 1993, 541–542.

[100] Lakia ei ehkä tarvitsisi edes muuttaa, koska tuomioistuinten tulisi ottaa tämä seikka huomioon muutenkin. Jos rattijuopumus ei olisi vaarallista, ei tuolla kriminalisoinnilla eikä sitä toteuttavalla lainsoveltamisella voitaisi edistää liikenneturvallisuutta. Toisaalta on vaikea kuvitella tilannetta, jossa tuomioistuimella todella olisi aihetta tällä perusteella aitoon contra legem -ratkaisuun.

yleisellä tasolla turvavyön käyttö vähentää onnettomuustilanteissa syntyviä henkilövahinkoja. Vaikka turvavyön käytöstä voitaisiin osoittaa yksittäistapauksessa jopa saattaneen olla haittaa, voidaan rikesakko silti määrätä. Summaariset rikosprosessit siirtävät haitallisuusarviota korostetusti mitä yleisimmän tekotyypin suuntaan. Tästä syystä, vaikka yksittäinen teko olisikin vaarallisuudeltaan mitä vähäisin, vähäisyysperusteista tuomitsematta jättämistä ei voida laajamittaisesti soveltaa ilman, että kokonaisjärjestelmän hyödyt vaarantuvat.[101]

2.3.2 Vaarakäsitteistön perusteista

Kotimaisessa rikoslainopillisessa tutkimuksessa on eritelty moneen otteeseen vaarantamisen tyyppejä. Otan esille vain kaksi ryhmittelyä.[101a] Pekka Koskisen mukaan vaarantamisrikokset voitaisiin jakaa kolmeen ryhmään. Tyytymättömänä Honkasalon aikanaan tekemään kaksiportaiseen malliin, jossa konkreettinen vaara ei edellyttänyt edes vaarantamiskelpoisen kohteen käsilläoloa, ja jossa toisaalta abstrakti vaarantaminen oli laadultaan lainsäätäjän presumoimaa, Koskinen kehittää käsitteistöä erottamalla näiden kahden ryhmän väliin on omiaan -vaarantamisen. Koskinen kutsuu tätä abstraktiksi vaarantamiseksi ja erottaa sen aikaisemmasta samannimisestä ryhmästä, presumoidulle vaaralle rakentuvista rikoksista. Presumoitu vaara on Koskisen mukaan kumoamaton vaarapresumtio, kun taas abstrakti vaarallisuus jää hänen mukaansa »moniaineksiseksi». Abstraktissa vaarantamisessa joka tapauksessa edellytetään »yleistävää vaaran arviointia», ja abstrakti vaara on tavalla tai toisella todettava oikeudenkäynnissä.[102]

Koskinen puolustaa sitä, että presumoidulle vaaralle rakentuvan lainsäädäntötekniikan valinta on käypä mahdollisuus nykyisellekin lainsäätäjälle. Tästä syystä hän pitää tärkeänä esimerkiksi rattijuopumuksen kutsumista vaarantamisrikokseksi, vaikka vaaraa ei ole kirjoitettukaan tunnusmerkistötekijäksi.[103] Hän ei kuitenkaan tematisoi kysymystä siitä, onko presumoitu vaa-

---

[101] Syyttämättä jättämisessä teon vähäisyyden perusteella teon haitallisuus on yksi arvioitava osatekijä. Jääskeläinen on käsitellyt kysymystä syyttäjien päätöksenteon kannalta. *HE* 79/1989, 13, korostettiin tarvetta suhteuttaa yksittäistapaus rikoslajin normaalitapaukseen vähäisyysarvioinnissa. Jääskelaisen mukaan vertaamisella tarkoitettaneen sitä, ettei syyttämättä jättäminen tule kysymykseen hyvin vähäisissäkään rikoksissa, ellei tapaukseen liity mitään tekijän syyllisyyttä alentavia tai teon haitallisuutta vähentäviä erityispiirteitä. *Jääskeläinen* 1997, 271–272.

[101a] Ks. muista esim. *Vento* 1994, 142–156.

[102] *Koskinen* 1984, 1121–1125.

[103] *Koskinen* 1984, 1121–1124.

ra jotakin muuta kuin yleistävän arvion perusteella todettava on omiaan -vaara. Koskinen erottaa nämä kaksi ryhmää toisistaan vain sillä perusteella, onko vaara oikeudenkäynnissä todettava vai ei.

Abstraktin ja konkreettisen vaaran luonnehdinta jää Koskisella niukaksi. Tärkeä uudistus Honkasalon ajatteluun verrattuna on, että Koskinen edellyttää – Jareborgin ajatuksia seuraten – konkreettisessa vaarassa vaarantamiskelpoisen kohteen olevan olemassa ja siten todellisen vahinkoseurauksen olevan mahdollinen. Mitään täsmällisempää tästä »todellisuus»-siteestä ei kuitenkaan sanota, eikä Koskinen esimerkiksi selvitä sitä, edellyttäisikö konkreettinen vaara jollakin tavoin »läheisempää mahdollisuutta» tai korkeampaa vahingon todennäköisyyttä kuin abstrakti vaara.[104]

Analyyttisessä suhteessa Dan Frände etenee selvästi pidemmälle. Fränden mukaan vaarantamisen käsite on perustavalla tavalla riippuvainen siitä, miten kausaalisuus ymmärretään. Kausaalisuuden käsite on välttämätön mutta ei-riittävä ehto vaaran käsitteen ymmärtämiselle.[105] Vaaran käsite on kaikkiaan hyvin lähellä kausaalisuuden käsitettä.[106] Vaaran käsitettä ei voida määritellä täysin ilman kausaalisuuden käsitettä, eikä päinvastoin, vaikka vaaran käsitteessä ehkä on jotakin muutakin sisältöä. Yleisen tason kausaalisuuden käsite on jopa voitu määritellä vaarantamisen avulla tai suorastaan samastaa siihen. Jokin tekotyyppi on vaarallinen, jos teosta tyypillisesti aiheutuu vaaraa tai vahinkoa. Esimerkiksi Honkasalon kausaalisuusopissa kausaalisuus merkitsi sitä, että jokin teko oli ennalta-arvattavalla tavalla lisännyt vaaraa seurauksen syntymisestä.[107] Vaarasuhde teon ja seurauksen välillä eroaa kausaalisuhteesta ennen muuta siinä, että jotta voidaan puhua syy-yhteydestä, seurauksen tulee olla syntynyt.

---

[104] Kantola lienee ensimmäisenä Suomessa esittänyt abstraktin ja konkreettisen vaaran olennaiseksi eroksi sen, että vain jälkimmäisessä kohde todella on teon vaikutuspiirissä. Hänen mukaansa abstraktissa vaarassa edellytetään lisäksi, että ei ole epätodennäköistä, että kohde saattaa olla teon vaikutuspiirissä tai siihen tulla. Ks. *Kantola* 1970, 388–389.

[105] *Frände* 1994a, 32.

[106] Jo varhaisessa saksalaisessa politia-oikeudessa vaara nähtiin sellaiseksi asioiden tilaksi, jonka perusteella oli huoli tilan johtamisesta vahinkoon. *Ladeur* 1995, 11–12.

[107] Honkasalo tiivistää oppikirjassaan: »Vaara merkitsee tekijän tuntemiin ja tekotilaisuudessa yleensä tunnettavissa oleviin tosiasioihin perustuvaa seurauksen syntymisen arvattavuutta. Sitä, mitä yritysopissa sanotaan vaaraksi, kutsutaan kausaalisuusopissa adekvaattisuudeksi.» *Honkasalo* 1967, 159. Ks. myös *Honkasalo*, 1933, 168–169 (168): »Tullakseen rikosoikeudellisen vastuun edellytyksenä kysymykseen teon tulee ex ante arvioituna olla seurauksen syntymistä edistävä. Teolta vaaditaan kausaalisessa suhteessa siis ei ainoastaan, että se on ollut yhtenä realiteettina siinä konkreettisessa realiteettien sar-

Vaarasta puhuttaessa tietynlaisia kausaalikulkuja ajatellaan mahdollisuuksina. Erityisesti konkreettisen vaaran käsite on kiintoisalla tavalla toteutuneen tai toteutumattoman seurauksen »korollaari». Kysymys konkreettisesta vaarasta nousee esille käytännössä vain silloin, kun seurausta ei ole syntynyt. Tältä osin vaaraproblematiikka koskee myös yritysoppia. Vaarasta täysin abstraktina voidaan puhua vain ex ante, kun taas konkreettinen vaara koskee jo konkreettisen tapahtumienkulun suhdetta sellaiseen, joka ehkä olisi voinut tapahtua.

Teon (ehkä myös laiminlyönnin) ja seurauksen suhde on kausaalinen, jos yksittäistapauksessa tai yleisemmällä tasolla teon voidaan sanoa aiheuttaneen seurauksen. Yksittäistä kausaalisuhdetta koskeva väite on eri tyyppiä kuin yleisen tason kausaalisuhdetta koskeva väite. Kausaalisuutta koskeva väite voi siis olla partikulaarinen tai yleinen. Partikulaarista kausaaliväitettä ei kuitenkaan voida todentaa tukematta sitä lainkaan yleistyksillä, kausaalisella luonnonlailla tai muulla yleistyksellä. Jotta yksittäinen tapaus voidaan kuvata ja kytkeä luonnonlakeihin, se joudutaan väistämättä yleistämään. Kausaalisuutta koskeva väite jää käytännössä pakostakin koskemaan jonkin tekotyypin »ominaisuutta» seurauksen synnyttämiseen tietyissä olosuhteissa (ceteris paribus).

Frände esittää vaarantamisjaottelunsa pohjaksi John Mackien kausaalisuusteoriassaan esittämän inus-ehdon, jota käsiteltiin edellä. Kausaalisuus on lisäksi järkevästi määriteltävissä vain suhteessa tiettyyn ajateltuun kausaaliseen »kenttään», joka muodostaa tapahtumisen normaalit taustaedellytykset. Tiettyjen edellytysten vallitessa tupakointi on yksittäisen henkilön keuhkosyövän syy. Jos hän olisi elänyt erilaisen elämän, ja ollut töissä vaikkapa kemianteollisuudessa, olisi samantapainen keuhkosyöpä voinut silloinkin aiheutua. Näin ei kuitenkaan ollut asianlaita, joten sitä mahdollisuutta ei tarvitse pohtia. Kausaalisesta kentästä on kuviteltavissa »pois» tupakointi. Jos silloin olemme valmiita uskomaan siihen, että henkilö A ei olisi saanut keuhkosyöpää, sanomme kausaalisuhteen vallitsevan.

---

jassa, joka on aikaansaanut seurauksen, vaan myöskin, että teko yleistävältä näkökannaltakin on ollut sellainen, että seurausta objektiivisesti katsoen on voitu odottaa. Teon yleistä tendenssiä aikaansaada seuraus on tieteisopissa kutsuttu myös abstraktiseksi kausaalisuudeksi. Teko, joka on in concreto kausaalinen, ei tarvitse olla sitä in abstracto, koska kausaalisuuden konkreettinen kulku voi olla siinä määrin satunnainen, ettei teolle kokemuksen mukaan voida yleisesti antaa seurauksen aikaansaavaa merkitystä. Mutta vain siinä tapauksessa, että teko on kausaalinen sekä in concreto että in abstracto, teko voi olla edellytyksenä rikosoikeudellisen vastuun syntymiselle aiheutetusta seurauksesta.»

Vakaumuksemme perusteena on silloin se, että uskomme kausaalisesta kentästä voitavan typisoida sellaisen käyttäytymisen, johon liittyy lääketieteellisen tiedon valossa kausaalikulun syntymisen mahdollisuus, ja että koko konkreettinen tapahtumaketju tukee juuri tätä hypoteesia. Mitä pitemmälle syövän tutkimus etenee, sitä täsmällisemmin voidaan kytkeä eri syöpätyypit syytekijöihinsä, ja sitä paremmin voimme kontrolloida yksittäistapauksellisten kausaaliväitteiden totuutta. Ennen kuin seuraus on syntynyt, voimme ainoastaan sanoa olevan vaaraa seurauksen syntymisestä.

Mitä täydellisempää tietomme maailmasta on, sitä paremmin voimme myös arvioida tekotyyppien vaarallisuutta. Kausaalisuutta koskeva tieto on siis avain vaarakäsitteistön ymmärtämiseen. Toisaalta vaara-arviot aina ovat perustavassa mielessä käytännöllisiä.[107a] Vaaroja koskeva tieto ei niinkään ole tietoa siitä, miten asiat maailmassa toteutuvien kausaaliketjujen ja niiden mahdollisuuksien tasolla ovat, vaan kokemus, joka vaara- ja kausaalisuusarvioissa ilmenee, on institutionalisoitua, »yhteistä tietoa», yhteiskunnassa olevaa kokemustietoa. Inhimillisen toiminnan suuntautumisen kannalta kyse on aina myös käytännöllisen toiminnan perusteista, eikä puhtaasti teoreettisesta tiedonintressistä. Tässä mielessä kausaalisuudenkaan käsite – tai ainakaan kantamme kausaalisuuskysymyksiin – ei ole yksinomaan kiinni luonnontieteellisestä tiedosta. Suurimmassa osassa oikeudellisia kausaalisuustarkasteluita on olennaisesti kyse yhteiskunnallisen kokemuksen varassa tapahtuvasta konstruktiivisesta tulkinnasta.[108]

[107a] Tämä laajentaa vaarallisuuden alaa kausaalisuuteen nähden. Vaarallisena voidaan pitää esimerkiksi toimintaa, jonka vaikutuksia ei tunneta. Ks. kysymyksestä esim. *Martin* 1989, 103–105.

[108] Ks. tästä yleisesti *Ladeur* 1995, 9–27. Koska kausaalisuus ja vaara ovat (syyksilukemis)päätöksiin perustuvia konstruktioita, niiden konstruktiivinen luonne seuraa systeemiteoreettiselta kannalta katsottuna luonnollisesti siitä, että päätös joudutaan tekemään, vaikka kaikkea asiaan liittyvää ei tiedetä eikä voidakaan tietää. 1800-luvulla todennäköisyyden käsitteen nousu kausaalisuuden (ahtaassa mielessä) ja (täydellisen) epäjärjestyksen välille, vaihtoehdoksi, ilmentäneekin pyrkimystä pitää kiinni tapahtumien tietynasteisesta selitettävyydestä ja käsitettävyydestä yhä monimutkaisemmassa maailmassa. Sekä luonnonlait että oikeudellinen lainsäädäntö liittyisivät väljästi samaan järjestyksen tarpeen ongelmaan. Todennäköisyysarviot ovat sosiaalisten ilmiöiden kohdalla epätarkkoja mm. sen vuoksi, että kaikkia teoista aukeavia tapahtumainkulkuja on mahdotonta kuvitella ja ilmaista. Vrt. myös edellä Weberin yhteydessä sanottuun.

Ewald taas ei epäröi liittää todennäköisyysjärjen nousua järjestyksen tarpeeseen toisella tavalla; kahden viime vuosisadan merkittävin tapahtuma on hänen mukaansa ollut todennäköisyyskalkyylin soveltaminen yhteiskunnan hallintaan. *Ewald* 1986, 143.

Frände jakaa vaarantamisrikokset muodollisella perusteella kolmeen ryhmään: konkreettista vaaraa edellyttäviin, on omiaan -vaaraa edellyttäviin ja voi aiheuttaa -rikoksiin. Fränden määrittelyssä vaarantamisrikoksia ovat muodollisessa mielessä kaikki rikostyypit, joiden teonkuvauksessa esiintyy vaarantamistunnusmerkki.[109]

Fränden jaottelussa konkreettinen vaara edellyttää tekijän näkökulmasta olevaa etukäteistodennäköisyyttä (ex ante -todennäköisyyttä) seurauksen syntymiseen ja lisäksi ontologista seurauksen syntymisen mahdollisuutta. Konkreettista vaaraa luonnehtii kuitenkin ennen muuta se, ettei tekijällä ole tekotilanne hallinnassaan, vaan rikosoikeudellinen seuraus (ja samalla useimmiten oikeushyvän loukkaus) on lähellä tapahtua; oikeushyvä joutuu »olemassaolokriisiin».[110]

Konkreettisessa vaarassa »vahinko olisi myös saattanut tapahtua». Fränden mukaan konkreettista vaaraa selviteltäessä operoidaan toisentyyppisellä kontrafaktuaalisella väittämällä kuin kausaalisuustarkastelussa. Nyt ei selvitetä syntyneen seurauksen syytä, vaan sitä, mikä mahdollisuus seurauksen syntymiseen olisi ollut. Fränden mukaan kyse on teon ominaisuuksien tarkastelusta.[111] Ajatus on seuraava: konkreettinen vaara on käsillä, jos jokin konkreettista tekoa hyvin lähellä ollut kuviteltavissa oleva teko olisi aiheuttanut seurauksen. Hypoteettisten kausaalikulkujen – kausaalilinjojen – tarkastelu on nyt ikäänkuin vailla aivan suoraa kiinnekohtaa konkreettiseen tekoon, joka siis ei johtanut seuraukseen. Tarkastelu siirtyy mahdollisen maailman tasolle: olisiko teko »toisessa, mahdollisessa maailmassa» aiheuttanut seurauksen.[112]

Jää hieman epäselväksi, mitä Frände loppujen lopuksi edellyttää mahdollisten tapahtumakulkujen konstruktioilta. Vaikuttaa siltä, että hän ei hyväksy konkreettisen (so. tapahtuneen) teon manipulointia millään tavoin. Ei olisi silti välttämättä tarvetta kieltää teon manipulointia, koska tuottamalla teosta yleisen tason teonkuvaus sitä eräässä mielessä »manipuloidaan» yleistämällä joka tapauksessa.[113]

[109] *Frände* 1994a, 22.

[110] *Frände* 1994a, 26–27. – Ottamalla tilannekontrollin vaatimus mukaan konkreettisen vaaran luonnehdintaan kytkeydytään itse asiassa hegeliläiseen perinteeseen, jossa teon ideaalinen hallittavuus on olennaista tekojen syyksilukemisen kannalta. Hallittavuus ylittää sen, mitä teoista voidaan »luonnontieteellisesti» tietää. Mainittakoon, että jo Binding sanoi lainsäätäjän pitävän vaarantamiskieltojen perusteena sitä, että vaarantamisella puututaan oikeushyvän »häiriintymättömään olemassaoloon». *Binding* 1872, 202.

[111] *Frände* 1994a, 39.

[112] *Frände* 1994a, 41.

[113] Yhtä tekoa voidaan kuvata lukemattomilla tavoilla, joista jotkin ovat yleisempiä,

Jos lähdetään siitä, että tekojen konkreettista identiteettiä ei saa millään tavoin muunnella, joudutaan rajoittamaan muuntelua merkitseviä ajatusoperaatioita. Silloin joudutaan ongelmiin sen suhteen, miten vahinkoseuraus sitten olisi saattanut syntyä. Jotain yleistämistä on siis sittenkin sallittava. »Vika» – että seuraus syntyi – ei siis ole vain toisenlaisessa maailmassa, vaan myös tarkasteltava teko on erilainen. Ei kuitenkaan millä tahansa tavalla erilainen: se voisi olla samaa tekoa, jos teko kuvattaisiin hieman yleisemmin.

Toisin sanoen: todellinen konkreettinen teko voidaan yleistää sellaiseen tekotyyppiin kuuluvaksi, josta jo monet teot – mahdollisissa maailmoissa konkreettiset – olisivat johtaneet seuraukseen. Jos A ampuu haulikolla kohden B:tä, johon onnekkaasti ei satu yksikään hauli, on pohdittava sitä, olisiko konstruoitavissa sellainen kausaalilinja, joka olisi johtanut B:n loukkaantumiseen. Jos etäisyys oli hyvin suuri, tällaisen kausaalikulun mahdollisuus puuttuu luonnontieteellisen tiedon valossa. Seurauksen syntymisen vaaraa ei silloin ole. Konkreettinen vaara edellyttää sekä todellista kohdetta että mahdollisuutta konstruoida kausaalilinja teosta seuraukseen – ja mahdollisesti viime mainittua jollakin tavoin kvalifioituna. Haulit kuitenkin lähtevät täsmälleen sinne minne ase on suunnattu – vaikka ehkä hajoavatkin aina uudella tavalla. Tekoa onkin ajateltava näin: »jos ase olisi ollut hieman toisin suunnattu, laukaus olisi osunut.»

Frände ei kuitenkaan rakenna konseptiotaan näin päin, koska hän ei pidä sallittuna konkreettisen teon, tekovälineen tms. peukalointia. Tästä syystä konstruktio on tehtävä korjaamalla suojeltavasta kohteesta olevia oletuksia. Kysytäänkin, että jos uhri olisi ollut hieman toisessa paikassa, olisiko laukaus silloin osunut.[114] Seurauksen syntymisen ontologinen mahdollisuus arvioidaan Fränden mallissa tällaisen mahdollisia maailmoja koskevan tarkastelun kautta.[115] Tämä konstruktio, jolla vältetään epätodellisen teon konst-

---

toiset yksityiskohtaisempia kuin toiset. Kuvauksessa myös vasta konstruoidaan teon ja teon olosuhteiden sekä seurausten suhteet. Frände selvästikin tahtoo pitää teon käsitteen niin niukkana, että esimerkiksi teon olosuhteet eivät kovin laajasti tule teon osaksi. Fränden teko määrittyy perustekona, tahdottuna ruumiinliikkeenä.

[114] *Frände* 1994a, 41.

[115] Fränden ontologisen mahdollisuuden vaatimus toimii ainoastaan vastuuta rajaavana negatiivisena vastuuehtona. Sen vuoksi hän korostaa toista, ex ante -määräytyvää osaa konkreettisen vaaran vastuuehdoissa. Se toisaalta lähentää konkreettista vaaraa myöhemmin tarkasteltavaan on omiaan -vaaraan. Nähdäkseni Fränden mallisssa jää puuttumaan sellainen kytkentä vaarantamisrikosten kriminaalipoliittiseen tehtävään, joka auttaisi näkemään sen, miksi vaarantamisrikostyyppejä on erilaisia ja mikä on niiden kriminaalipoliittinen funktio.

ruktio, on uskottava ratkaisu ongelmaan vain, jos teon käsite ymmärretään suppeaksi. Jos tekoa on koko teonkuvaus, ratkaisun keinotekoisuus tulee esille. Eikö olisi luontevampaa pohtia sitä, mitä vähäiset muutokset tekijän tekoon olisivat vaikuttaneet tapahtumiin, kuin pohtia sitä, miten olisi käynyt jos uhri olisi ollut eri paikassa? Ongelma johtunee osaksi siitä, että teon »hallittavuuden rajat» eivät ole pelkän kuvauksen tasolla määritettävissä. Hallittavuus voi olla kriteeri, jonka mukaan tekotyyppien muodostaminen on mielekästä. Jokin teko, esimerkiksi haulikolla ampuminen, on silloin tekijän hallinnassa, kun tekijän taitoihin ja kykyihin ym. seikkoihin nähden kaikki toteutunutta tekoa »lähellä» olevat vaihtoehdot olisivat olleet turvallisia.[116]

Sen jälkeen siirrytään toiseen osaan konkreettista vaarantamista, nimittäin seurauksen synnyn todennäköisyydelle asetettavaan vaatimukseen. Fränden vastaus tähän on suhteellisen selvä: suomalaisen oikeuskäytännön mukaan etukäteistodennäköisyyden on tekijän näkökulmasta oltava enemmän kuin 0,50. On oltava todennäköisempää, että seuraus syntyy kuin että se jää syntymättä.[117] Yritysopissa Frände on valmis tietyssä tilanteessa laskemaan vaaran todennäköisyysvaatimusta »huomioon otettavaan».[118]

Tarjottu todennäköisyysarvo on kuitenkin ainakin joissakin yhteyksissä selvästi liian korkea. Ajatelkaamme vaikkapa ihmistä päin ammuttua kivääriinlaukausta. Ihminen on maalitaulun edessä. Ajatellaan, että maalitaulu vastaa sitä aluetta, jolla ihminen »saattaa olla». Onko konkreettinen vaara hengelle ja terveydelle todellakin käsillä vasta, kun ihminen peittää yli puolet taulusta? Fränden ajattelussa ex post ja ex ante -tarkastelukulmat eivät välttämättä sovi hyvin yhteen. Jos B seisoi todella taulun edessä, mutta säästyi satunnaisesti ammutun laukauksen yhteydessä osumalta, mistä tiedämme, missä hän edes olisi voinut olla? Miten muodostetaan mahdollinen maailma? Tekijä ehkä näki uhrin. Kuinka hänen pitäisi lähteä siitä, että uhri olisi voinut olla muualla, osuman kohdalla? Ja miten toisaalta tarkkaan ottaen

---

[116] Jos Wilhelm Tell hallitsi täydellisesti jousensa, ei ole ajateltavissa, että nuoli olisi osunut muualle kuin omenaan. On turha pohtia sitä, olisiko lapsi voinut seistä toisessa paikassa! Kotimaisessa oikeuskäytännössä KKO 1950 II 36 koskee tapausta, jossa syytetty yritti osua toisen päässä olleeseen hattuun, ja osuikin, mutta luoti osui samalla toista päähän. Tapaus olisi vielä kiinnostavampi, jos vahinkoa ei olisi sattunut. Olisiko silloin ollut lainkaan kyse rikoksesta?

[117] Frände vastaa kysymykseen »lukemalla» vastauksen oikeuskäytännöstä. *Frände* 1994a, 44–48. Ks. myös *Frände* 1990, 99. Vastaus on tietyssä mielessä tyylikäs, koska se oikeastaan viittaa jonkinlaiseen »ylipainoon». Seuraukseen johtavat seikat ovat saaneet vallan, ja sen vuoksi vaaditaan »onnea» tai jotakin muuta selittämään se, ettei vahinkoja sattunutkaan.

[118] *Frände* 1994, 242–243.

muodostetaan ex ante todennäköisyysarvio hyvin konkreettisen teon osalta, ja vältetään yleistämiseen liittyvät ongelmat? Ex ante konkreettista tekoa ei ole edes vielä tehty.

Fränden käsitys konkreettisesta vaarasta tulee varsin lähelle Nils Jareborgin vastaavaa. Jareborgin mukaan konkreettinen vaara seurauksen syntymisestä edellyttää teon ja seurauksen synnyn suhteelta »eksistentiaalista mahdollisuutta» ja tuon suhteen otaksuttavuutta. Jotta tiedetään, oliko vaaraa seurauksen syntymisestä, on kysyttävä kolme kysymystä: 1) missä tilassa maailma oli hetkellä t? 2) mitkä muutokset maailmassa ovat välttämättömiä, jotta teon ja seurauksen välillä voi vallita kausaalisuhde? ja 3) ovatko tällaiset muutokset huomioon otettavassa määrin otaksuttavia?[119] Konkreettinen vaara määritellään tässäkin pitkälle kausaalisuhteen avulla. Otaksuttavuuskriteeriä ei täsmennetä todennäköisyysarvoksi, joten se voi jäädä alhaisemmaksi kuin Fränden etukäteistodennäköisyydeltä edellyttämä 0,50.[120] Eksistentiaalinen mahdollisuus on aivan sama kuin Fränden ontologinen mahdollisuus.[121]

Jareborgin tapa kysyä konkreettisen vaaran olemassaoloa on tyylikäs siitä syystä, että arvioitavaksi tulee se, miten lähellä konkreettisen vahingon syntyä on oltu. Periaatteessa toteutuneen ja »pelättävän» tapahtumienkulun välisen eron voi selittää mikä tahansa seikka. Teko olisi voinut olla hieman erilainen, teon olosuhteet olisivat voineet olla hieman toiset, ja uhrin asema tai reaktiot olisivat voineet poiketa siitä, mikä toteutui. Tällä kysymyksenasettelulla saadaan esille vaaratarkastelussa se, mikä on oikeushyvien suojan näkökulmasta olennaisinta: miten lähellä seurauksen syntyminen oli. Tässä yhdistyy teoreettisempi kausaalisuustarkastelu ja käytännöllisempi otaksuttavuus.

Fränden vaarantamisopissa pyritään yhdistämään ex post ja ex ante -tarkastelukulmat. Ontologinen mahdollisuus arvioidaan ex post, kun taas etukäteistodennäköisyys arvioidaan ex ante. Ajatus siitä, että ontologista mahdollisuutta tulee edellyttää konkreettisessa vaarassa, on hyödyllinen ja järkevä. Näin saadaan ero puhtaasti yleistettävämpään tarkasteluun ns. on

---

[119] *Jareborg* 1994, 32.

[120] Honkasalon kausaalisuus- ja vaara-opissa käyttämä mahdollisuuden ja satunnaisuuden erottelu, ja mahdollisuuteen liittyvä ennalta-arvattavuus johtaa konkreettisen vaaran määrittelyssä varsin samantyyppiseen tarkoilla todennäköisyyksillä operoimisen kritiikkiin. Konkreettisessa vaarassa tekijä voi ottaa huomioon seurauksen syntymahdollisuuden, missä vain elämänkokemus on rajana.

[121] *Jareborg* 1984, 166. – Jareborgin mukaan arkielämän ja juridiikan todennäköisyysarvostelmissa arvioidaan todellisuudessa lähes aina otaksuttavuutta, eikä matemaattisesti ilmaistavaa todennäköisyyttä. *Mt.*, 164.

omiaan -rikoksissa. Myös ontologisen mahdollisuuden analyysi mahdollisina vahingollisina tapahtumakulkuina on hyödyllinen, vaikka ei ole aivan selvää, että ex post/ex ante -erottelua voidaan tältäkään osin pitää puhtaana. Konstruoitaessa mahdollisia vahinkoon johtavia tapahtumakulkuja konstruoidaan samalla uusia ex ante -tekijänäkökulmia.

Ex ante -todennäköisyysvaatimus voi olla syytä asettaa joustavaksi, jolloin se saadaan muistuttamaan esim. teon huolimattomuusopissa tehtävää arviointia. Näiden kahden arvioinnin yhteys onkin mitä ilmeisin. Kummassakin on kyse siitä, että vedetään rajaa sallitun ja kielletyn välillä. Itse tietynlaiset tapahtumienkulut ja niiden mahdollisuudet ovat lainsäätäjälle kiellon asettamisen perusteita, jolloin samaa tietoa on mielekästä käyttää arvioitaessa riskinoton sallittavuutta.

2.3.3 Vaarantamisen käytännöllisestä arvioinnista

Konkreettisessa vaarassa vahinko on ollut lähellä sattua. Ilmiönä konkreettista vaaraa voi lähestyä usealla tavalla. Jos sitä lähestytään määrittämällä ensi sijassa seurauksen synnyn etukäteistodennäköisyyttä, muunnetaan konkreettinen vaara melko lailla abstraktiksi tiedolliseksi ilmiöksi ja irrotetaan se sellaisesta konkreettisuudesta, jota puhe vaaratilanteista usein ilmentää. Vaaran käsittäminen yksinomaan jonkin mahdollisen tapahtumienkulun yleisen elämänkokemuksen mukaista etukäteistodennäköisyyttä koskevaksi arvoksi supistaa käsitteen merkityssisältöä myös siinä mielessä, että vaaran käsitteen käytännöllinen merkitys ja käyttöyhteys jää sivummalle. Teoreettinen ja käytännöllinen merkitys eivät toki ole kokonaan toisensa poissulkevia näkökulmia.

Vaaran käsitteen käytännöllinen merkitys ilmenee jo siitä, että vaara ja varoittaminen kuuluvat usein yhteen. Tieliikenteen varoitusliikennemerkit eivät ole yksinomaan ilmoituksia vaaroista, vaan varoittamalla vaaroista pyritään vaikuttamaan tienkäyttäjien liikkumiseen.[122] Varoitusmerkeillä pyritään lisäämään varovaisuutta. Varoitukset vaikuttavat tienkäyttäjien velvollisuuksiin ja voivat velvoittaa varotoimiin.[123]

---

[122] Vastaava ajatus yleistettynä esiintyy mm. Alf Rossin oikeusteoriassa. Normit ovat käyttäytymistä ohjaavia direktiivejä, eivät neutraali tapa luokitella käyttäytymistä. Ks. *Ross* 1974, 8.

[123] Ks. TieliikenneA (328/94) 12.1 §: »Varoitusmerkkiä käytetään osoittamaan tiessä olevaa liikenteelle vaarallista kohtaa tai tieosuutta. Sitä ei kuitenkaan käytetä, milloin olosuhteet muutenkin edellyttävät erityistä varovaisuutta.» Merkkien selityksessä taas ilmaistaan se, mistä merkillä varoitetaan. Varoittamisella on selvästi yhteys tienkäyttäjän

Pitäisin vaaran käsitteen käytännöllisiä ulottuvuuksia tärkeinä, koska ne osoittavat vaaran yhteyden sellaiseen kokemustietoon ja oikeudellisen sekä moraalisen vastuun järjestelmään, joka olennaisesti liittyy tekojen ja laiminlyöntien arvioinnin ongelmakenttään pelkän kausaalisen selittämisen sijasta. Vaaran käsitteellä ei yksinomaan kuvata maailmaa ja sen sisäisiä suhteita, vaan sillä myös otetaan kantaa siihen, mitä erilaiset maailmaan kuuluvat asiat ihmiselle toimijana merkitsevät ja miten hänen tulee niihin nähden toimia.[124] Asiat näyttäytyvät toimivalle ihmiselle erilaisina toiminnan olosuhteina ja reunaehtoina, jotka joskus edellyttävät huomiota, varotoimia ym. Rikosoikeudellisen vastuun osalta tällaisia kysymyksiä taas on totuttu esittämään syyllisyysvaatimuksen tulkinnassa, esimerkiksi tuottamuksellisten rikosten huolellisuusvelvollisuuksia tulkittaessa ja asetettaessa, samoin kuin laiminlyöntirikosten erityisiä toimintavelvollisuuksia määritettäessä.

Vaara-arvostelmassa olisi siten kyse jonkin mahdollisen tapahtuman mieltämisestä vahingolliseksi sekä erityisesti siitä, miten tuollainen vahinko on tuossa tilanteessa torjuttavissa. Tapahtuminen, joka saattaa johtaa vahinkoon, asetetaan vaara-arvostelmassa yhteyteen oikeudellisten ja moraalisten velvollisuuksien kanssa. Tapahtumista tarkastellaan suhteessa tarpeelliseen huomioon ja kykyihin, joita »vahingon syntyedellytysten kausaalisen relevanssin neutralisointi edellyttää».[125]

Kindhäuser, joka on korostanut vaaran käsitteen käytännöllistä merkitystä, viittaa myös siihen, että vaaran käsitteen sisältönä olisi varsinaisesti dispositio, käyttäytymistaipumus. Vaarallisuus olisi sitä, että tekijä ei ole kykenevä poistamaan tekonsa osuutta mahdollisen vahingon yhtenä kausaalisesti relevanttina edellytyksenä. Vaarallisuus viittaisi siten suoraan tekijän kykyyn hallita tekonsa kausaalisia seurauksia. Jos asiaa katsotaan tältä kannalta, tulee vaara käsitteenä hyvin lähelle kyvyssä olevaa puutetta. Vaikka vaara olisi-

---

yleisiin velvollisuuksiin, joista säädetään TLL (267/81) 3 §:ssä. 3.1:n mukaan: »Tienkäyttäjän on noudatettava liikennesääntöjä sekä muutenkin olosuhteiden edellyttämää huolellisuutta ja varovaisuutta vaaran ja vahingon välttämiseksi.» Varoitusmerkkien funktio on selvästi toinen kuin esimerkiksi kieltomerkkien. Sen sijaan, että asetettaisiin kieltonormi, varoituksella tuodaan tienkäyttäjien tietoisuuteen olosuhteita, joiden vallitessa tienkäyttäjän on otettava nuo olosuhteet toiminnassaan asianmukaisesti huomioon vahingon ja vaaran välttämiseksi. Varoittaminen velvoittaa varotoimiin ryhtymiseen, mikä voi tarkoittaa esimerkiksi ajonopeuden vähentämistä. Tienkäyttäjän kaikkein yleisimmät velvollisuudet ovatkin yllättäen kaikkein konkreettisimpia, sillä ne edellyttävät velvollisuuksien täsmentämistä ja siten saattamista tilannekohtaiseen yhteyteen.

[124] Ks. esim. *Kindhäuser* 1989, 201–202.

[125] *Kindhäuser* 1989, 202.

kin mahdollista jäsentää dispositiokäsitteeksi, ei ole tarpeen viedä tätä tulkintaa näin pitkälle. Vaaraa voi pitää selvemmin sellaisena »ulkoisena tilana», jossa tekijä ei enää pysty hallitsemaan kaikkia niitä edellytyksiä, joista tietyn vahingon syntyminen tai syntymättä jääminen riippuu.[126] Vaaratilanne voi silti aiheutua myös sellaisesta huomaamattomuudesta, joka ei jää kenenkään viaksi, tai jopa lähinnä luonnontapahtumana pidettävästä syystä.[127]

Jos vaaran »syy» on luonnossa, on tapana puhua piilevästä vahingollisuudesta. Tuottamusopin kannalta on perinteisesti keskusteltu esimerkiksi tilanteesta, jossa sairaanhoitaja antaa potilaalle lääkeruiskun, johon joku kolmas on vaihtanut tappavaa ainetta. Injektio säilyy vaarallisena, vaikka sairaanhoitajan kannalta ei ehkä ollut nähtävissä, että kyse oli muusta kuin tarkoitetusta lääkkeestä. Tässä esimerkissä kolmas henkilö kuitenkin hallitsee ainakin jossakin määrin tapahtumainkulkua »positiiviseen suuntaan», joten hänen kannaltaan kyse on tarkoitetusta vaarallisuudesta eikä piilevästä vahingollisuudesta.[128] Vaaran käsite on tässä mielessä laajempi kuin riskinoton.[129]

Kindhäuserin kanta on asiallisesti ottaen sama. Vaaran käsitteen dispositionaalisuus merkitsee sitä, että vaara ei ole vahinkoa edeltävä tila eikä varsinkaan vahingon syy. Liittämällä vaara-predikaatti johonkin tapahtumaan lausutaan hypoteesi, joka koskee vahingon vältettävyyttä annettujen edellytysten vallitessa. Kyse on Kindhäuserin mukaan teleologis-käytännöllisestä asiasta eli siitä, onko ihminen kykenevä reagoimaan finaalisesti, torjumaan vahingon tarkoituksellisesti.[130]

---

[126] Kindhäuser toisaalta poikkeaa saksalaisesta rikoslainopin perinteestä siinä, että hän – Luhmannin riski/vaara-erottelua muistuttavalla tavalla – tarkastelee vaaraa selvästi uhriperspektiivistä eli vaarannetun oikeushyvän suunnasta. Tekijäperspektiivistä taas ks. *Ross* 1975, 406–411, 422–428.

[127] Dispositiokäsitteillä on ollut tapana selittää se, mitä tarkoittaa esimerkiksi lasin ominaisuus »särkyvyys». Ennen särkymistä lasin tuo ominaisuus on dispositionaalinen, eli se kertoo lasin tyypillisen reaktion tietyissä tilanteissa. Dispositio on kuin hypoteesi, että lasi menee rikki, kun sitä esimerkiksi lyödään kovalla esineellä. Dispositio ei itse ole havaittavissa, vain reaktio. Myös ihmisen toimintaa – tahtomista ym. – voidaan analysoida käyttäytymisdispositioina. Tieteenfilosofisessa kirjallisuudessa paljon keskustellusta kysymyksestä ks. esim. *Ryle* 1978, 112–147; *Kindhäuser* 1980, 98–137 ja *Niiniluoto* 1983, 233.

[128] Ks. esimerkistä *Jareborg* 1994, 50–51.

[129] Ks. myös *Jareborg* 1997, 445. Vaaran käsite konkreettiseksi vaaraksi käsitettynä on taas riskinoton käsitettä suppeampi, koska kaikki riskinotto ei johda vaaratilanteeseen. Riskinottoa katsotaan tekijän asemasta teon hetkellä. On omiaan -vaarantaminen sen sijaan on lähempänä riskinottoa, sen eräänlainen kääntöpuoli.

[130] *Kindhäuser* 1989, 204.

Vaara-arvostelmat ovat kokemussäännöistä riippuvaisia. Vaara on käsillä, jos kokemussäännön mukaan tiettyjen edellytysten vallitessa vahinkojen tarkoituksellinen torjuminen ei ole mahdollista. Vaara-arvostelman oikeellisuus voidaan todeta selvittämällä edellytysten käsilläoloa. Jos syntyy vahinko, joka ei ole ollut vältettävissä, se käy todisteeksi siitä, että sen edellytyksetkin ovat olleet käsillä. Vahingon syntymättä jääminen ei kuitenkaan oikeuta päättelemään, että vaara ei olisi ollut käsillä. Vaarantamisessa varsinaiseksi vahingoksi jäisikin se, että ihmisten mielissä varmuutta jonkin oikeushyvän pysyvyydestä on horjutettu.[131]

Vahingon etukäteistodennäköisyys ei siten olisi ainoa relevantti kriteeri arvioitaessa konkreettisen vaaran käsilläoloa. Vahingon syntyyn ja sen ehkäisemiseen nähden harjoitettu kontrolli ei välttämättä ole sidoksissa yksin vahingon synnyn todennäköisyyteen. Vahingon vaara voi olla toimijan päätöksenteon kannalta relevantti jo varsin alhaisenkin vahinkotodennäköisyyden tapauksessa, jos vahinko olisi syntyessään merkittävä eikä syntymisen kontrollointi ole mahdollista. Etukäteistodennäköisyys ei ole usein edes määritettävissä, koska tapahtumainkulun mahdollisuudet eivät ole lueteltavissa. Jos summittaisesti ammuttu luoti ohittaa ihmisen puolen metrin tai metrin päästä, on jossakin määrin mielivaltaista, miten vahinkotodennäköisyys lasketaan. Käytännöllisestä näkökulmasta on selvää vain se, että ei ole mahdollista määrittää konkreettiselle vaaralle numeerista todennäköisyysvaatimusta.[132]

Myös oikeuskäytännössä konkreettinen vaara käsitetään usein siitä näkökulmasta, millaisista seikoista vahingon syntymättä jääminen on riippunut. Tekijän tarkoituksellakin voi olla merkitystä. Erityisesti, jos tekijä on toiminut tarkoituksin, että seurausta ei syntyisi, tullaan tilanteen hallinnan problematiikkaan. Ratkaisussa KKO 1995:143 syytetty oli ampunut haulikolla kahdesti pelottelutarkoituksessa ikkunan läpi sisään asuntoon, jossa hän tiesi kahden henkilön oleskelevan. Hänet tuomittiin vaaran aiheuttamisesta.[133] Tekoa ei pidetty tapon yrityksenä, koska tekijä oli tähdännyt laukaukset va-

[131] Vrt. Fränden maininnat oikeushyvän joutumisesta vaarannettaessa »eksistenssikriisiin». *Frände* 1994a, 46–47; *Frände* 1994, 103. Vaarantamisen kohteena on silloin itse asiassa yhteiskunnan arvokokemus (Welzel), kollektiivinen yhteistajunta (Durkheim) tai (kommunitaristisen) yhteisön perusarvot (Lacey).

[132] Frände siis katsoo konkreettisen vaaran prima facie olevan käsillä, kun vahinkotodennäköisyys on välillä 0,5–1.

[133] Ks. myös vastaavantyyppistä ratkaisua KKO 1997:108.

laistun keittiön kaapiston keskiosaan, minne ne osuivatkin. Tekijän »nähtävissä on siten ampumahetkellä ollut, ettei ampumalinjalla ollut ketään».[134]

Perusteluissa selitetään tapon yrityksen sulkeutuvan pois, koska haulisuihkun osuminen suoraan ihmiseen ei ole ollut varsin todennäköistä tai edes todennäköistä, eikä kimmokkeista tai lasinsiruista olisi niistäkään voinut seurata huoneistossa olevan kuolemaa. Surmaamisen tarkoitusta ei ole edes väitetty olleen käsillä. Tarkastelu keskittyy tapon yrityksen rangaistavuuden edellytysten käsittelyyn. Sen sijaan vaaran aiheuttamisen vaara-tunnusmerkin täyttymistä ei ole KKO:n ratkaisussa erikseen perusteltu.[135]

Perustelutarvetta olisi kuitenkin ollut sen vuoksi, että jos vastaaja on voinut nähdä, ettei ketään ole ampumalinjalla, mihin vakava konkreettinen vaara toisen hengelle ja terveydelle sitten voidaan perustaa? Kyseisessä jutussa Itä-Suomen hovioikeuden tuomiosta ilmenee, että näkyvyys ikkunasta asuntoon oli ollut rajoitettu, eikä ampuja ole voinut varmistua siitä, että ketään ei keittiössä laukauksen hetkellä ole. Katvealueiden vuoksi tuollainen varmistuminen ei ole ollut mahdollista, ja vaarannettu henkilö on ollutkin keittiössä ampumahetkellä. Vaara on hovioikeuden mukaan ollut siinä, että vaarannettu olisi voinut pienellä liikkeellä siirtyä osumakohdalle, ja osuma olisi voinut ylävartaloon tai päähän osuessaan olla suurella todennäköisyydellä tappava. Vaikka laukaus ampujan mielestä on tähdätty turvalliseen paikkaan, olisi se silti voinut osua ihmiseen. Hovioikeus tuomitsi vastaajan tapon yrityksestä.

Ratkaisussa on selvästikin enemmän kyse teonhallinnan vaatimuksen tarkastelusta kuin puhtaasti todennäköisyystyyppisestä arvostelusta. Näissä olosuhteissa tekijä ei ole voinut varmistua tekonsa turvallisuudesta toisen hengen ja terveyden kannalta. Voisi sanoa, että tekijän olisi tullut ryhtyä erityisiin varotoimiin vaaran poissulkeutumisesta varmistautuakseen ja välttääkseen siten vastuun tapon yrityksestä tai vaaran aiheuttamisesta. Tämäntyyppisestä ajattelusta voi päätyä tietynlaisen vastakohtaispäätelmän kautta sii-

---

[134] Tässä sivuutetaan varsinaisesti tahallisuutta ja yritysoppia laajemmin koskevat kysymykset.

[135] Ratkaisussa on vielä sovellettu aikaisempaa säännöstä (RL 21:12) nykyisen asiallisesti vastaavansisältöisen säännöksen sijasta (RL 21:13; L 578/95). *HE* 94/1993 vp. perusteluissa (s. 99) selitetään, että vaara-tunnusmerkin osalta vähäisellä sanajärjestyksen muutoksella on tahdottu korostaa vaaran vakavuuden tarkoittavan, ei pelkästään seurauksen todennäköisyyttä, vaan että vakavuusarvioinnissa on kyse »sekä seurauksen synnyn todennäköisyydestä että mahdollisten seurausten vakavuudesta». KKO taas lienee katsonut vakavan vaaran olleen kyseisessä tapauksessa käsillä muilla perusteilla kuin todennäköisyyteen perustuen, onhan siltä osin lausuttu, etteivät vakavat seuraukset olleet edes todennäköisiä.

hen, että jos näkyvyys keittiöön olisi ollut täydellinen, jos tekijä olisi varmuudella tiennyt vain kahden henkilön olevan asunnossa ja esimerkiksi nähnyt heidän olevan toisessa huoneessa, häntä ei olisi voitu tuomita myöskään vaaran aiheuttamisesta. Näillä varotoimilla hän olisi eliminoinut tekonsa konkreettisen vaarallisuuden tiettyjen henkilöiden hengelle ja terveydelle. He eivät olisi lainkaan joutuneet »vaaravyöhykkeeseen», koska teon vaarattomuus heihin nähden on varmistettu. Varotoimenpiteet liittyvät siten kiinteästi siihen, mitä vaaravyöhykkeellä kussakin tilanteessa tarkoitetaan. Vaaravyöhyke on se käytännöllisesti määrittyvä alue, jossa vaarantamiskelpoiset kohteet tulevat oikeudellisesti merkityksellisellä tavalla vaarannetuiksi. Vaaravyöhykkeen konstituutio on kuitenkin pitkälle oikeudellis-sosiaalinen. Se ei ratkea puhtaasti luonnontieteellisen tarkastelun valossa, vaikka olennaisesti luonnontieteellistä tietoa on käytettävä hyväksi, kun harkitaan sitä, mitä olisi voinut tapahtua.[136]

Kindhäuserin edellä mainittu tapa analysoida vaaran käsitettä antaa aiheen muutamaan lisähuomautukseen. Hän tulkitsee nimittäin vaarantamisen dispositionaalisen piirteen selvästi finalistisesti. Ratkaisevaksi tulee se, voisiko tekijä halutessaan tarkoituksellisesti poistaa tekonsa vaarallisuuden. On totta, että tällä näkökohdalla usein on merkitystä vaara-arvioinnissa. Vaaratilanne on usein senlaatuinen, että tekijä on jo menettänyt tilanteen hallinnan, eikä välittömästi pysty saamaan sitä takaisin. Esimerkiksi kirjepommin lähettäjä menettää olennaisesti kontrollin tapahtumainkulkuun jättäessään kirjeen postin kuljetettavaksi. Pommi saattaa räjähtää jo postin kuljetettavana ollessaan tai jonkun muunkin kuin vastaanottajan tutkiessa sitä laillisin perustein. Vastaavasti ampuma-aseella ammuskelussa tekijä menettää kontrollin luoteihin nähden välittömästi aseen lauettua.[137] Ammuskelussa vaaratilanne on ohi nopeasti, mutta kuitenkin olennaisesti käsillä juuri silloin, kun tekijä on käynnistänyt tapahtumaketjun, jota ei enää itse hallitse, eli laukaissut aseen, mutta teon seurauksia ei vielä tunneta. Jo ennen laukaisua esimerkik-

[136] Vaaravyöhykkeestä Honkasalon yritysopin kannalta ks. *Honkasalo* 1967, 164–166.

[137] Tässä on ehkä syy siihen, minkä vuoksi Jareborg katsoo tilannekontrollin ulottuvan vain tähän hetkeen, eikä sen sijaan esimerkiksi hallitun osuman syntyyn saakka. Jareborg käyttääkin tilannekontrollin käsitettä jokseenkin samassa mielessä kuin Kindhäuser vaaran käsitettä. Kindhäuserin mukaan käyttäytyminen on vaarallista, jos tekijä ei ole siinä tilassa, että hän pystyy (päätöksenteon kannalta merkityksellisen) varmasti sulkemaan pois vahinkorelevantin edellytyksen syntymisen. *Kindhäuser* 1989, 205–206. Vrt. *Jareborg* 1994, 39; ks. myös *mt.*, 31: »Det bör... understrykas att kontrollen inte omedelbart har att göra med en förmåga att åstadkomma att brott förövas, utan det väsentliga är *förmågan att förhindra att brott förövas*.» (kurs. NJ)

si varmistimen poistaminen on voinut sekin lisätä riskiä siitä, että ase laukeaa vahingossa. Siinä vaiheessa tekijä jo »heikentää» tilannekontrollia valmistautuessaan käyttämään asetta.

2.3.4 Vaara ja ulkoinen huolimattomuus

Vaarallisuuden yhteys normeihin liittyy Kindhäuserilla siihen, että tekijän kyky tilanteen hallintaan ei ole riittävä. Tekijä voi pyrkiä säilyttämään kykynsä seurausten synnyn estämiseen ryhtymällä asianmukaisiin ennakollisiin varotoimiin tai sitten torjumalla jo syntyneen vaaran. Näin ollen vaarallisuus tulee arvioitavaksi läheisessä suhteessa tuottamusarvosteluun. Vaaran käsitteellä kuvataan myös normatiivista ilmiökenttää, ja vieläpä samaa oikeusinstituutiota kuin tuottamusopissa. Erityisesti tuottamuksen ulkoinen puoli, menettelyn ulkoista huolellisuutta koskeva normatiivinen arviointi on se laajempi yhteys, johon vaarantamisen arviointi asettuu. Tuottamusopissa tosin tulee selvemmin muitakin näkökohtia esille, kuten esimerkiksi sosiaaliadekvanssin ja sallitun riskinoton ongelmat. Toisaalta vaara-arviointienkin joustavuus voi tarkoittaa, että nämä näkökohdat voidaan sisällyttää vaarantamisoppiin. Tuottamus ja kielletty vaarantaminen tarkoittavatkin osin samaa. Teon huolimattomuus voi ilmetä juuri siinä, että tekijä jättää ryhtymättä seurauksen synnyn estämiseksi tarvittaviin varotoimiin, mistä syystä hän ei enää hallitse sitä, syntyykö hänen toiminnastaan mahdollisesti seurauksia.[138] Ulkoinen huolellisuus tarkoittaa, että tekijän menettelyä ja sen huolellisuutta arvioidaan yleistetysti ja normatiivisesti, eikä vielä tekijän yksilöllisiin kykyihin nähden.

Vaaran käsitteen praktinen tulkinta tuo sen läheiseen yhteyteen tuottamusopin kanssa. Erityisesti Jareborgin mallin mukaisessa teon huolimattomuus -opissa tarkastellaan olennaisesti samoja asioita kuin jotka Kindhäuserilla tulevat esille vaaran käsitteen analyysissä. Toisaalta voidaan selvästi nähdä, että Jareborgin tuottamusopin entistä selvempi siirtymä naturalistisesta kausaaliketjujen ja -linjojen tarkastelusta teon hallinnan vaatimukseen ja tekijän kykyjen tarkasteluun osoittaa Jareborgin tuottamusopin perustan olevan samantyyppisessä praktisessa, moraalifilosofisessa tarkastelukulmassa kuin mitä Kindhäuserkin korostaa. Vaaran käsite tavallaan välittää kahta ta-

[138] Käytännöllinen näkökulma on omaksuttu myös, kun *Lahti* (1982, 141–142) on katsonut Hoflundia seuraten, että »olipa kyse konkreettista tai abstraktista vaarantamista edellyttävistä rikossäännöksistä, niillä suojataan oikeudellisia intressejä tapauksissa, joissa tilanne ei ole tekijän hallinnassa».

soa, kausaalista luonnontapahtumista ja inhimillisen moraalisen ja oikeudellisen vastuun tasoa. Konkreettinen vaara on keskeinen rikosoikeussystematiikan teemoja yhteensitova elementti.

Jos vaaran käsilläolo ymmärretään esitetyllä tavalla, vaarantamisen ja tuottamusarvostelun (teon huolimattomuuden) yhteys tulee esiin toisessakin mielessä. Vaarantamisessa rikotaan normia saamalla aikaan sellainen vaara, jonka oikeusnormi kieltää. Ottamalla vielä askel taaksepäin voidaan puhua kielletystä riskinotosta. Kielletyn riskinoton aivan samoin kuin konkreettisen vaarankin arvioinnissa perustana on tietyn tapahtumainkulun mahdollisuuden relevanssi toimintapäätöksen ja toiminnan näkökulmasta. Tuottamuksellisessa vaarantamisessa on näin ikäänkuin kaksi puolta: tekijä ei ole täyttänyt niitä oikeusjärjestyksen asettamia turvallisuusvaatimuksia, joita toiminnalle asetetaan tietyssä suhteessa. Vaatimukset voidaan täyttää erityisellä huolellisuudella tai ryhtymällä varotoimiin, joilla vahingon vaara saadaan pienennetyksi hyväksyttävälle tasolle. Tuottamus viittaa subjektiivisena syyllisyytenä puutteeseen tekijän tahtomisessa tai mieltämisessä, ja vastaavasti objektiivinen teon huolimattomuus taas on juuri teon vaarallisuuden sallittavuuden arviointia.[139]

Kielletyn riskinoton ja konkreettisen vaarantamisen ero taas tulee siitä, että kielletystä riskinotosta voidaan puhua jo ilman vaaratilanteen syntyäkin. Tekijän näkökulmasta – tekijän toiminnan kannalta – niillä ei ole useinkaan eroa, vaan ero on syyksiluettavassa teossa. Vaarantamisessa asiaa katsotaan vaarannetun intressin suunnasta. Konkreettisen vaarantamisen kriminalisoinneissa annetaan syyksilukemisen sääntöjä, jotka edellyttävät paitsi normin rikkomusta, myös aiheutettua vaaraa. Aivan samoin kuin ns. loukkaamisrikoksissa vaarantamisrikoksissakin käyttäytymiselle asetettavat normatiiviset vaatimukset joudutaan rakentamaan normin kuvaamasta teosta lähtien. Kielletyksi riskinotoksi alkuperäinen teko kvalifioituu vasta itse syyksilukemisen kautta. Vaaran täytyy konkreettisessa vaarassa olla kuitenkin puhtaasta käyttäytymisnormin rikkomuksesta erillinen asia. Se näkyy välttämättömyytenä näkökulman vaihtoon. Vaaraa katsotaan myös vaarannetun

[139] Ks. esim. esitystä *Jareborg* 1988, 29–40. Teon huolimattomuus esitetään juuri varomattomuutena. Jareborg kiinnittää huomiota varotoimiin ryhtymisen merkitykseen varomattomuuden arvioinnissa. – Vaaran ja huolimattomuuden läheinen yhteys ilmenee myös siinä, että Ruotsissa puhutaan liikenteen vaarantamisen sijaan varomattomuudesta ja törkeästä varomattomuudesta liikenteessä. Kummankaan kriminalisoinnin (TBL 1 §) teonkuvauksessa ei aseteta varsinaista vaarantamistunnusmerkistöä, vaan kyse on suoraan ulkoisen huolimattomuuden arvioinnista. *Hoflund* 1995, 32–53. Ks. myös *Jareborg* 1997, 446, 450–451.

näkökulmasta.[139a] Konkreettinen vaara edellyttää konkreettisen vaarannetun intressin. Kollektiivisten oikeushyvien vaarantaminen ei voi olla konkreettista, elleivät nuo intressit itse sitä ole. Myös se, että konkreettisiin vaarantamisrikoksiin voidaan soveltaa tehokasta katumista koskevia säännöksiä, kertoo siitä, että normissa kuvattu vaaratila on jotakin, joka voi syntyä mutta myös lakata vallitsemasta.[140]

Lainopillisilla kysymyksenasetteluilla tematisoidaan usein kuitenkin tarkkaan ottaen kysymys hieman erilaisena. Tuottamuksella ja abstraktilla vaaralla voi vastaavasti nähdä eron, joka luonnollisesti riippuu siitä, miten käsitteet on määritelty. Tuottamuksen objektiivisen puolena kannalta teon huolimattomuus samastuu pitkälle abstraktiin vaarantamiseen, jos mittapuuksi otetaan samanlainen standardihenkilö kykyineen ja ominaisuuksineen, kun taas tuottamuksen subjektiivisella puolella normatiiviset vaatimukset tulee ymmärtää selvemmin yksilöllisinä, yksittäisen henkilön toisintoimimismahdollisuutta koskevina. Kindhäuserin tapaan ymmärretty tuottamuksen ja vaaran suhde tarkoittaa, että vaarantamisessa on aina kyse uhrin näkökulman omaksumisesta, kun taas vasta syyllisyydessä tullaan varsinaisesti tekijän näkökulmaan. Abstraktissa vaarantamisessa olisi kyse siitä, että satunnainen vastaantulija ei pysty torjumaan vaaratilanteen syntymistä, eikä häneltä sitä tule vaatiakaan, kun joku ohittaa mutkassa näkyvyyden ollessa ohitukseen riittämätön. Tuottamuksessa taas teon huolimattomuudessa olisi kyse siitä, että ohittaja ei pysty halutessaankaan eliminoimaan sellaisia satunnaisuuksia, joista vaaratilanteen aiheutuminen riippuu.[141] Potentiaalisen uhrin kannalta kyse on joka tapauksessa sellaisesta heteronomisesta uhkasta, joka ei voi kuulua hänen oman huolenpitonsa piiriin.

[139a] Abstraktin ja konkreettisen vaaran erosta ks. esim. *Martin* 1989, 84.

[140] Kindhäuser korostaa sitä, että yrityksestä luopumista ja tehokasta katumista koskeva sääntely kytkeytyy sanktionormiin eikä itse käyttäytymisnormiin. Kielletty teko on sinänsä ollut käsillä, mutta tekijän rankaisemiseen ei enää ole tarvetta. Sanktionormin tehtävänä on varmistaa käyttäytymisnormin pätevyys. Tehokas katuminen olisi yrityksestä luopumiseen nähden tausta-ajatukseltaan siinä suhteessa erilainen, että katuminen voidaan nähdä selvemmin hyvittämiseksi. *Kindhäuser* 1989, 217–219. Kotimaisessa oikeudessa vastaavia oppeja ei liene sovellettu vaarantamisrikoksissa. Joissakin erityissäännöksissä näkökohta vaaran poistamisesta on voitu ottaa huomioon. Ks. esim. jo kumottu RL 34:21 ja sitä vastaava nykyinen 34:7.3 (578/95).

[141] *Kindhäuser* 1989, 292–293. – Huomio syyllisyyden ja vaaran tässä suhteessa ilmenevästä perspektiivierosta on tärkeä. Sitä ei kuitenkaan tule ylitulkita. Tekijälle syyksiluettava teko muodostuu muistakin elementeistä kuin aiheutetusta vaarasta, katsottiin vaaran sitten kohdistuvaan oikeushyvään tai yleisempään turvallisuuteen.

Teon huolimattomuutta konstituoiva riskinotto voidaan periaatteessa jäsentää kahdella tavalla. Riski voidaan ottaa siitä, että tullaan syyllistyneeksi rikokseen, jolloin suhde riskinoton ja rikosoikeuden normien välillä on huomion kohteena. Aineellisempi tulkinta taas lähtee siitä, että riskinotto koskee joitakin ulkonaisia seikkoja, oli sitten kyse puhtaasti tosiasiatiedosta tai toisten ihmisten ja yhteiskunnankin legitiimeistä intresseistä ja odotuksista. Puhe riskinotosta vie helposti tarkastelun todennäköisyystyyppisen tiedon suuntaan, mutta ei ole estettä puhua riskinotosta väljemmässä mielessä siten, että tekijä voi ottaa riskin jonkin mahdollisuuden vallitsemisesta. Kyse on siitä, miten hahmotetaan rikosoikeuden yleiset vaatimukset konkretisoiva ideaalihahmo, huolellinen toimija, johon nähden rangaistava käyttäytyminen asettuu enemmän tai vähemmän etäiseen suhteeseen. Objektiivisilla toimintastandardeilla luodaan mittapuita oikean ja väärän välisen koodin asettamiseksi. Ne koostuvat kuitenkin tarkkaan ottaen argumentaatiosta, ja muodostuvat – jos muodostuvat – viime kädessä ratkaisukäytännöissä. Onkin luonnollista, että on omiaan -vaarantaminenkin on argumentaatioon perustuva juridinen rakenne, joka on välttämätön sen vuoksi, että rangaistavuus on ulotettu vaaralliseen menettelyyn sinänsä. On omiaan -vaarantaminen on teon huolimattomuutta, mutta kysymys asetetaan siinä eri tavalla kuin tuottamuksellisissa seurausrikoksissa.

Ei ole estettä puhua teon huolimattomuudesta rikkomustyyppistenkin säännösten kohdalla. Siinä mielessä teon huolimattomuus on käsitteenä laajempi kuin on omiaan vaarantaminen. Tällaisten teknisten norminrikkomusten materiaalisena sisältönä on intressi järjestykseen ja turvallisuuteen, ja välillisesti myös oikeushyvien suojelu. Myös rikkomustyyppisten kriminalisointien sisältönä on säätää kielletyn riskinoton rajoista antamalla käyttäytymistä koskeva normi.

2.3.5 Konkreettinen vaara

Konkreettiset vaarantamisrikokset ovat seurausrikoksia samoin kuin varsinaiset (oikeushyvän) loukkaamisrikokset. Konkreettisessa vaarantamisrikoksessa oikeushyvälle aiheutetaan etäisempi uhka, joka kuitenkin jo oikeuttaa todellisesta vaaratilanteesta puhumisen.[142] Vaara ei sinänsä ole konkreettinen

[142] Frände erottelee vielä vahinko- ja loukkaamisdeliktit toisistaan niin, että vahinkodelikteissä teon ja seurauksen suhde on kausaalinen, kun taas loukkaamisdelikteissä loukattuna on oikeushyvä tai yleensä oikeudellinen suhde. Vaarantamisrikokset voidaan erottaa vahinko- ja loukkaamisrikoksista, koska vahinkoa tai loukkaamista ei esiinny. Sen

siinä mielessä, että se olisi suoraan havainnoitavissa tai käsin kosketeltavissa, vaan sitä luonnehtii vahingon mahdollisuuden läheisyys ja välittömyys.[143]

Vaara seurauksena on välttämättä konkreettista vaaraa, kun taas abstrakti vaara ei ole samalla tavalla käsitteellistettävissä vaaraseurauksena eli vaaratilanteena. Abstraktilla vaaralla tarkoitan kaikkea sellaista vaaraa ja vaarantamista, joka ei ole konkreettista. Näin ollen tuohon ryhmään kuuluu heterogeenisiä aineksia. Yhteistä niille on, että rikoksen hahmottaminen (konkreettisen) loukatun intressin suunnasta on vaikeaa, mistä syystä vaara jää ennen muuta rikosteon ominaisuudeksi. Abstrakti vaarallisuus on suoraan teon ominaisuus. Joskus onkin vaadittu, että vain konkreettiset vaarantamisrikokset luettaisiin vaarantamisrikoksiksi, ja abstraktit vaarantamisrikokset olisivat vaarallisuusrikoksia eli riskirikoksia.[144]

Pakkotilateoissa (RL 3:10) konkreettinen, pakottava vaara on pakkotilateon edellytyksenä. Vaaran aiheuttamisessa (RL 21:13) taas rangaistavuus edellyttää vakavan konkreettisen vaaran aiheuttamista. Pakottavan vaaran on katsottu tarkoittavan kvalifioitua konkreettista vaaraa. Pakottavuuden on tulkittu tarkoittavan uhkan välittömyyttä eli lähinnä sitä, että vaara lisääntyy ellei pian uhkaavan vahingon torjumiseksi ryhdytä toimiin, ja toisaalta muiden, oikeushyvien uhraamiselta säästävien pelastuskeinojen puuttumista.[145]

Konkreettisten vaarantamisrikosten kannalta on tärkeää huomata, että pakkotilan pakottava vaara on nimenomaisesti tila, johon joudutaan. Pakkotilassa ollaan, ja pakkotila on oikeusinstituutio, joka sääntelee vaaratilanteesta pelastautumista. Pakkotilatekojen oma vaarallisuus ei ole suoraan merkityksellistä sen suhteen, onko kyseessä pakkotila vai ei. Pakottava vaara tulee ulkoa päin, ulkoisesta syystä. Pakon lähde on »luonnossa», koska oikeudenvastaisen hyökkäyksen tilanteessa siirrytään lähtökohtaisesti hätävarjelun puolelle, ja vastaavasti oikeutettua inhimillistä pakon käyttöä – esimerkiksi viranomaisten toimenpiteitä – ei hyväksytä pakottavan vaaran konstituoiviksi.[146]

---

sijaan suojeltavan oikeushyvän »arvo vähenee», kun se joutuu olemassaolokriisiin tai kun yleinen turvallisuus vaarantuu. Ks. *Frände* 1994, 73.

[143] Kindhäuserin mukaan konkreettista vaaraa voidaan sanoa myös välittömäksi vaaraksi. *Kindhäuser* 1989, 207.

[144] Ks. tästä erottelusta *Hirsch* 1993, 546–551, 557–562. Ks. myös *Nuutila* 1997, 105: »Abstraktinen vaarantaminen liittyy lähinnä *teon vaarallisuuteen* eikä konkreettisen vaaran tapaan toisen *edun vaarantamiseen*.»

[145] Ks. yleisesti *Reinikka* 1990, 246–250, *Majanen* 1979, 44–48; saksalaisesta teoriasta ks. *Dimitratos* 1989, 1–30.

[146] Ks. erityisesti ns. Koijärvi-tapausta KKO 1983 II 159, jossa puolustuksen esittämä vaatimus pakkotilasäännöksen soveltumisesta hylättiin. Syytetyt tuomittiin pakotta-

Pakkotilan tarkoittama vaara ilmentää selvästi Luhmannin käsite-erottelua riski/vaara. Vaara nähdään ulkoisena, luontoon kuuluvana tilana, eikä vaaraa silloin lueta välttämättä kenenkään henkilön toiminnasta johtuvaksi.[147] Vaara ei kokonaan palaudu oman toimintapäätöksen ehtoihin, vaan on niihin nähden ulkoinen. Menemättä syvemmälle tässä tarkastelussa voi mainita, että »luonnollinen» vaara ei silti välttämättä ole täysin irrallaan inhimillisestä toiminnasta. Syyntakeettoman taholta tulevaa hyökkäystä voi torjua pakkotilasäännöksen nojalla, jos sitä ei katsottaisi hätävarjeluun oikeuttavaksi oikeudettomaksi hyökkäykseksi.[148]

Jos vaara voi olla tila tai tilanne, johon voidaan omasta toiminnasta riippumatta joutua, antaa se vihjeen vaaran todellisesta olemassaolosta konkreettisen vaaran ollessa kyseessä.[149]

---

misesta. Perusteluiden mukaan syytetyt eivät olleet toimineet rangaistavuuden poistavassa pakkotilassa, koska Helsingin vesipiirin suorittamat maankaivuutyöt, joita syytetyt olivat estäneet, olivat olleet laillisen ojitussuunnitelman täytäntöönpanoa. Tämän perustelun vuoksi KKO:n ei tarvinnut lainkaan ottaa kantaa siihen, olisiko syytettyjen edustama intressi ollut sellainen, joka yleensäkään olisi voinut saada suojaa pakkotilasäännöksen nojalla. Kansalaistottelemattomuutta ei toisaalta hyväksytty uudeksi rangaistavuuden poistavaksi perusteeksi, mikä olisikin avannut nähtäville vaikeasti hallittavan oikeusjärjestyksen sisäisen ristiriidan.

[147] Ks. erottelusta *Luhmann* 1991, 30–38.

[148] Ks. yleisesti *Majanen* 1979, 45; *Jareborg* 1994, 147–149. – Epäselvyyttä vallitsee hätävarjelun ja pakkotilan keskinäisestä suhteesta; onko niiden ala prima facie miltään osin päällekkäinen, jolloin edellistä voisi pitää jälkimmäiseen nähden erityissäännöksenä? Voiko oikeudeton hyökkäys olla pakottavaa vaaraa? Honkasalon mukaan pakkotila ja hätävarjelutilanne voivat joskus yhtyä, vaikka sinänsä oikeusinstituutiot toteuttavat selvästi eri periaatteita. *Honkasalo* 1965, 165–177.

[149] Vaaratilanne käsitetään usein ei-oikeudellisessa yhteydessä siinä määrin väljästi, että ainakaan selvästi ei edellytetä vaarannetun kohteen suoranaista käsilläoloa. Ks. esim. Lääkintöhallituksen julkaisemaa luetteloa vaaratilanneilmoituksista, *Lääkintöhallitus* 1988. Vastaavasti esimerkiksi turkkilaisen Boeing 727 -lentokoneen aiheuttamasta vaaratilanteesta laadittiin suuronnettomuuden tutkintaselostus koneen oltua erehdyksessä lähellä laskeutua Helsinki-Vantaan sijasta Helsinki-Malmin lentokentälle. Selostuksessa mainitaan, että »Helsinki-Malmin lentoasema on kevyen ilmaliikenteen käytössä ja siellä on vilkasta yleisilmailutoimintaa. Kentällä on kesäaikana keskimäärin noin 400 operaatiota vuorokaudessa. Tapahtumahetkellä ei kuitenkaan ollut muuta lentoliikennettä.» *Oikeusministeriö* 1991, 11. Jos vahinkoja olisi sattunut, ne olisivat jälkimmäisessä tapauksessa olleet mittavia. Kyse saattaisikin olla sentyyppisestä vaarantamisesta, jota RL 34:1:ssä tarkoitetaan: »... on omiaan aiheuttamaan yleistä hengen tai terveyden vaaraa...» Tämänkaltaiset teot sulkeutuvat kuitenkin käytännössä kokonaan RL 34 luvun soveltamisalan ulkopuolelle, koska yleisvaaran tuottamusta ei ole kriminalisoitu yleisesti (ks. RL 34:2, 3 ja 7 §; L 578/95).

Fränden vaarantamisrikoserottelussa esiintyi, kuten jo mainittiin, myös ns. »voi» -rikokset, eli rikokset, joissa tunnusmerkistöön on kirjattu esimerkiksi »voi aiheuttaa vaaraa». Fränden mukaan sanavalinta viittaisi siihen, että voi-suhde tarkoittaisi, että asetetaan pelkästään ontologisen mahdollisuuden vaatimus. Oikeuskäytännössä ei ole edellytetty tätä, vaan on tyydytty todennäköisyysarviointiin. Voi-rikoksiin nähden Frändellä ei ole selvää tulkintakantaa.[150] Jos voi-rikoksissa on edellytettävä ontologista mahdollisuutta, ne kuulunevat asiallisesti ottaen konkreettisen vaaran piiriin. Tarvetta erilliseen luokkaan niitä varten ei liene. Olisi ehkä ajateltavissa, että voi-rikoksissa otettaisiin huomioon muitakin kausaalikulun mahdollisuuksia kuin ne, jotka perustuvat »varmistettuun» kausaalitietoon.

2.3.6 Abstrakti vaara

On omiaan -rikoksia voidaan Fränden mukaan analysoida kahdella tavalla. Jos valitaan abstraktion menetelmä, jätetään tietoisesti huomioon ottamatta tapauksen erityispiirteitä ja suoritetaan sen »tyyppiluokittelu». Vahingon synnyn ontologisen mahdollisuuden samoin kuin konkreettisten olosuhteiden arviointi jätetään tietoisesti tekemättä. Abstraktion jälkeen, kun teko on katsottu tiettyyn yleiseen tyyppiin kuuluvaksi, arvioidaan tekotyypin vaarallisuutta. Jos tiedämme, että on monia tekoja, jotka kuuluvat samaan tyyppiin ja jotka ovat johtaneet vahinkoihin, on omiaan -vaatimus täyttyy.

Toisen tulkinnan mukaan taas on omiaan -vaatimus tarkoittaisi pelkästään konkreettisen teon ex ante -vahinkotodennäköisyyden arviointia. Jo alhainenkin todennäköisyys riittäisi on omiaan -vaatimuksen täyttymiseen, kunhan se on huomioonotettava.

Frände päättelee abstraktion menetelmän olevan jälkimmäistä parempi. Oikeuskäytäntö ja lakien esityöt tukevat tätä käsitystä. Todennäköisyysmalli johtaisi hänen mukaansa todennäköisyyden kertautumisen vuoksi liialliseen rangaistavuuden laajenemiseen, jos usein esiintyvä on omiaan aiheuttamaan vaaraa -lauseke tulkittaisiin vaaran todennäköisyyttä tarkoittavaksi.[151]

---

[150] Jareborg mainitsee vaarallisuutta käsitellessään, että ilmaisu »on omiaan» asettaisi vaativamman otaksuttavuus-vaatimuksen kuin pelkkä ilmaisu »voi». *Jareborg* 1995, 111.

[151] *Frände* 1994a, 49–52. – Pikemminkin on perusteltavissa, että »on omiaan aiheuttamaan vaaraa» ja »on omiaan aiheuttamaan vahinkoa» -ilmaisut tarkoittavat erilaista vaatimusta. Esimerkiksi tieliikenteessä voisi sanoa, että ohitus, jos näkyvyys on puutteellinen tienmutkan vuoksi, on omiaan aiheuttamaan vaaratilanteen, jos joku tulee vastaan. Vahinko voidaan kuitenkin vielä torjua kummankin osapuolen toimin monin tavoin. Tekotyyppiajattelu mahdollistaa kysymysten eron tulkinnan.

Seuraavassa tarkoitetaan abstraktilla vaaralla kaikkia niitä tilanteita, joissa ei ole kyse konkreettisesta vaarasta, mutta kuitenkin teon yleisten ominaisuuksien perusteella pääteltävästä vaarallisuudesta. Olosuhteisiin suhteutettua abstraktia vaarallisuutta kutsutaan jäljempänä myös abstraktis-konkreettiseksi.

Klassinen esimerkki abstraktista vaarasta on ohittaminen tienmutkassa, vaikka sattumalta kukaan ei tule vastaan. Seuraavaksi on selviteltävä, voidaanko teon abstraktista vaarallisuudesta puhua kokonaan ilman ontologisia oletuksia. Ontologinen mahdollisuus saadaan arvioiduksi kuvittelemalla olosuhteissa muutoksia.[152] Jos ohitetaan mutkassa, jossa näkyvyys on rajoitettu, on intuitiivisestikin eri tilanne, jos joku tulee vastaan kuin jos ketään ei ole tulossa. Mutta mitä tämä ero »ontologialta» todella edellyttää?

Lienee selvää, että tekotyypin vaarallisuutta voi monessa tapauksessa olla vaikea määrittää, jos ei tiedetä, minkä suojeltavan kohteen vaarantamisesta on kyse. Jos A ampuu luodikolla pelottelutarkoituksessa luodin B:n korvan juuresta ohi, on ilman B:n olemassaoloa vaikea käsittää, mistä teosta yleensä olisi kysymys. Jos A on nähnyt sen, mihin laukaus suuntautuu, ja tiennyt varmasti, ettei ketään ole lähimaillakaan, on hän voinut hallita hyvinkin ampumisesta johtuvat seuraukset. Mitään abstraktiakaan vaaraa ei ehkä ole syntynyt. Toisaalta, jos B on ollut aivan lähellä laukauksen tarkoitettua ja toteutunutta rataa, täytyy konkreettisenkin vaaran käsilläolon määrittyä niin,

---

Myöskään rangaistuksen mittaamisen kannalta ei ole syytä rinnastaa vaarallisuutta ja vahingollisuutta täysin. Vastaavasti tahallisuusvaatimus on eri vaaraan ja vahinkoseuraukseen nähden. Ks. yleisesti *Lappi-Seppälä* 1987, 333–335. Lappi-Seppälän mukaan intuitiomme suhtautuu torjuvasti ajatukseen rinnastaa vahinko ja vaara täysimääräisesti toisiinsa, ja intuitiolla on rationaalinen ydin: haitallisuus on vahingossa ja vaarassa erilaista.

[152] On jossakin määrin epäselvää, miten voidaan ylipäätään puhua ontologisista mahdollisuuksista. Filosofisessa kirjallisuudessa mahdollisiin maailmoihin viittaaminen on ollut apuneuvo tulkittaessa käsitteiden intentionaalisuutta semanttisessa mielessä. Käsite »on intentionaalinen, jos ja vain jos se sisältää useiden mahdollisten asiantilojen tai tapahtumakulkujen samanaikaisen huomioonottamisen.» »Mahdollisten maailmojen semantiikka on intentionaalisuuden logiikkaa, ja intentionaalista on se, mikä edellyttää mahdollisten maailmoiden semantiikkaa.» Hintikka tulkitsee Fregen ja Husserlin intentionaalisuuden uudelleen semanttisena käsitteenä. Intentionaalisuus ei olekaan suuntautuneisuutta, vaan *intensionaalisuutta*, viittausta mahdollisiin maailmoihin edellyttävä funktio, mahdollisten maailmoiden vertailua. *Hintikka* 1982, 68–106 (72). – Intentionaalisia käsitteitä ovat esimerkiksi usko ja tieto. Propositionaalisten asenteiden semantiikasta ks. myös *Hintikka* 1969, 87–111; Hintikan filosofinen lähtökohta tulee lähelle uuskantilaisuutta; ks. *mt.*, 108–109. – Mahdolliset maailmat ovat tavallisesti »pieniä maailmoja», niitä tarvitaan vaihtoehtoisten tapahtumakulkujen esittämiseen.

että arvioinnin pohjaksi otetaan A:n taidot ja kyvyt, ja sen pohjalta harkitaan, onko hän hallinnut tilanteen vai ei.[153] Jos laukaus on viheltänyt niin läheltä korvan juuresta, että jo pään kääntäminen olisi johtanut osumaan, oltaisiin varmaankin valmiita katsomaan konkreettisenkin vaaran olleen käsillä, oli ampuja sitten kuinka hyvä tahansa. Tekotyypin muodostaminen edellyttää kohteesta ja maailmasta tehtäviä olemassaolo-oletuksia.

Abstrakti vaara eroaa edellä luonnehditun mukaisesti konkreettisesta vaarasta. Normina abstraktin vaarantamisen kielto poikkeaa konkreettisen vaarantamisen kiellosta. Normin suojelutarkoituksen täytyy olla erilainen. Saksan rikosoikeudessa esimerkkinä on käytetty kahta rattijuopumusta sääntelevää normia: StGB 315c ja 316 §. Edellisen mukainen rattijuopumus rangaistaan konkreettisena liikenteen vaarantamisena, kun taas jälkimmäisestä puuttuu kokonaan tunnusmerkistöön kirjoitettu vaarantamisvaatimus. Jotta jälkimmäisellä normilla olisi jokin itsenäinen suojelutarkoitus,[154] sen täytyy poiketa siitä, mikä jo muutoinkin on rangaistavaa.[155]

Liikenne elämänalueena on hyvä esimerkki tarkastella abstraktin vaarantamisen ulottuvuuksia oikeushyvien suojelun kannalta. Jos katsotaan, että liikennesäännöillä ja niiden sanktioinneilla suojataan liikennettä kokonaisuudessaan, liikennettä toimintana eli yhteiskunnallisena toimintajärjestelmänä – siis ilman että tuota toimintaan pilkotaan niiksi osiksi, joista se koostuu – vaarantamisen luonne näyttäytyy uudessa valossa. Liikenteen vaarantaminen onkin aina liikenteen »vahingoittamista», koska toimintajärjestelmänä liikenteeseen liittyy se, että kunkin tulee voida luottaa siihen, että toiset täyttävät osansa. Rikosoikeudessa painoa saava luottamusperiaate[156] ilmaisee osaltaan

---

[153] *Kindhäuser* 1989, 205–206: »Ein gefährliches Verhalten ist... ein Verhalten, bei dem der Akteur nicht in der Lage ist, die Möglichkeit des Eintritts einer schadensrelevanten Bedingung mit (entscheidungserheblicher) Gewißheit auszuschliessen.»

[154] Ehdottomalla kiellolla osallistua liikenteeseen ajokyvyttömässä tilassa on Saksassa perusteenaan Saksassa pyrkimys välttää se tilanne, että joku liikenteessä ei pystyisi siihen, mihin hän pystyy ajokuntoisena, mitä taas olisi voitu tarvita onnettomuuden välttämiseksi. Ks. esim. *Niewenhuis* 1984, 216.

[155] Ks. *Kindhäuser* 1989, 225–227. – Tästä ei luonnollisesti voi päätellä mitään siitä, onko konkreettinen vaarantaminen aina abstraktia vaarantamista. Normaalit laintulkintaperiaatteet ratkaisevat tarvittaessa tähän liittyvät konkurrenssiopilliset ongelmat. Kindhäuser lähtee kuitenkin – aivan perustellusti – siitä, että joka tapauksessa abstraktiin vaarantamisrikokseen kytkeytyvä vääryysarvostelu on toinen kuin konkreettisessa vaarantamisrikoksessa.

[156] Luottamusperiaatteesta ks. viimeksi *Nuutila* 1996, 336–343. Luottamusperiaate on tavallaan vaarantamiskiellon kääntöpuoli. Edellinen sanoo, että oikein toimiva saa luottaa toistenkin toiminnan asianmukaisuuteen. Vaarantamiskiellossa perusteena on juuri tämä

tätä sidonnaisuutta, jonka perusteena on osallistuminen yhteiseen toimintaan. Vaikka siis abstrakti vaarantaminen ei yksittäisen teon ja yksittäisen (konkreettisesti vaarantamatta jääneen) kohteen välillä osoittaisi selkeää yhteyttä, voidaan yhteys nähdä, jos välittäväksi tasoksi katsotaan liikenne toimintana.

Tämä kysymys on äärimmäisen tärkeä ja liittyy siihen, että toimintajärjestelmissä toteutettavat sääntelyt usein suorastaan edellyttävät sitä, että siihen osallistuvat käyttävät kykyjään ja taitojaan paitsi itsensä, myös toisten suojaksi. Esimerkiksi liikenne on vuorovaikutusta, jossa vastavuoroisilla käyttäytymisodotuksilla on oltava sekä empiirinen että normatiivinen perusta. Liikenteessä siihen osalliset ovat velvollisia yhteistoimintaan riskien minimoimiseksi. Tässä mielessä esimerkiksi liikennerikoksissa tarvitaan eräässä mielessä sosiaalinen ja kommunikatiivisen vuorovaikutuksen tunnistava teonkäsite, jotta voidaan ymmärtää, mistä vaikkapa liikenneturvallisuuden vaarantamisessa on kyse.[157]

Onkin eroa, tulkitaanko jonkin abstraktisti liikennettä vaarantavan käyttäytymisen kohdistuvan yksilön oikeushyvään vai laajemmin sosiaalisen toiminnan tasolle sijoittuvaan liikenneturvallisuuteen.[158] Jos toisaalta siirrytään suoraan tällaiseen luottamuksensuojan kysymykseen, tulee uudestaan vaikeaksi erottaa konkreettinen vaarantaminen abstraktista.

Rikoslain erityisen osan puolella kehittyneet vaarantamiskriminalisoinnit eivät olekaan tulkinnallisesti hankalia yksinomaan sen vuoksi, että vaarantamistilanteiden erottelu ja luokittelu on hankalaa. Toinen syy on, että myös rikosoikeuden suojeltavat intressit voivat olla sillä tavalla yleistettyjä, että syntyy erilaisia yhdistelmiä. Voisi puhua useampikertaisesta abstraktiosta, mikä lisää näitä tulkitsevan lainopin konstruktiivisuutta.

Jotta kriminalisointien ja niiden kohteena olevien sosiaalisten käytäntöjen suhdetta voidaan selvittää, on syytä tarkastella sitä, miten erilaiset toimintatyypit suhteutuvat erilaisiin olemassaolo-oletuksiin. Näin saadaan valaistusta paitsi siihen, miksi rikosvastuun yhteydessä ylipäätään tehdään ns. ontologiaa koskevia oletuksia, myös siihen tapaan, jolla teon käsitettä koskevat perusulottuvudet muokkaavat tapaamme jäsentää maailmaa. Erityisen tärkeää tämä on siirryttäessä yksinkertaisista teon ja seurauksen suhdetta koskevista kysymyksistä monimutkaisten toimintajärjestelmien tasolle. Tämä

---

toisten asianmukaisesti toimivien perusteltu odotus siitä, että heitä ei vaaranneta lainvastaisella menettelyllä.

[157] Ks. tärkeää huomautusta *von Hirsch* 1996, 268.

[158] *HE* 74/1979 vp, 1, nimeää tieliikennelainsäädännön ensisijaiseksi tavoitteeksi liikenneonnettomuuksien ja muiden liikenteen haittojen vähentämisen. Liikenneturvallisuus voisikin olla »välittävä» oikeushyvä (»Zwischenrechtsgut»).

siirto vastaa osin siirtoa konkreettisesta vaarasta on omiaan -vaarantamiseen ja erityisesti presumoituun vaaraan. Abstraktin vaaran selvittelyä jatketaan tuonnempana jaksossa 2.3.8.

2.3.7 Tekotyypit ja kommunikatiivinen toiminta

Oikeustieteellisessä keskustelussa ei yleensä edes yritetä täsmentää sitä, mistä erilaiset ontologiset edellytykset tulevat, miksi niitä tuntuu oikealta asettaa, ja mistä koko asiassa on edes kysymys. Tätä asiaa voisi valaista viittaamalla Habermasin kommunikatiivisen toiminnan teoriassaan esittämään toimintamallien kolmijakoon. Habermas – samoin kuin Weber – pitää tavoiterationaalista toiminnan mallia riittämättömänä, kun yritetään muodostaa pohjaa yhteiskuntateorialle.[159]

Kullakin toimintamallilla on oma suhteensa ontologisiin oletuksiin. Toiminta voi olla joko teleologista tai strategista (tavoiterationaalista), normien mukaisesti ohjautuvaa (normirationaalista) tai dramaturgista (ekspressiivistä). Kommunikatiivinen toiminta edellyttää kieltä välineenä, ja toimintatyypit ilmentävät kukin erilaista suhdetta maailmaan tai maailmoihin.[160]

Ensimmäisessä toimintamallissa – teleologisessa – on kyse tietoisesta ja tarkoituksellisesta seurauksen aikaansaamiseen pyrkimisestä. Ampuja pyrkii osumaan tiettyyn tähtäyspisteeseen ja esimerkiksi samalla surmaamaan uhrinsa. Teleologinen toiminta edellyttää, että objektiivisesta maailmasta tehdään ontologisia oletuksia. Teleologinen toiminta on erityisesti kiinni propositionaalisessa, kognitiivisessa tiedossa. Ei ole mieltä tulkita Wilhelm Tellin ampumista kohden omenaa teleologiseksi toiminnaksi, ellei omenaa ole olemassa tai ellei Wilhelm Tell vähintään ole uskonut omenan olevan olemassa.[161] Teleologinen toiminta ei vielä ole sosiaalista toimintaa lainkaan.

Jos taas olennaiseksi rationaalisuustyypiksi tuleekin normien mukaan ohjautuminen, keskeiseksi nousee yhden tai useamman henkilön suhde velvoittavaksi tunnustettuihin normeihin. Nyt toiminta tapahtuu suhteessa »kahteen maailmaan», sekä ulkoiseen todellisuuteen että jaettuun sosiaaliseen maailmaan, normeihin. Tässä toisessa maailmassa toimija saa roolin, joka

---

[159] Luhmann hyväksyy tuon kritiikin, mutta katsoo, ettei ratkaisu ongelmaan välttämättä löydy siitä, että lisätään uusia rationaalisuustyppejä. *Luhmann* 1993, 198–199. Habermasin kommunikatiivisen toiminnan teoriasta ks. esim. *Kangas* 1989, 35–54.

[160] *Habermas* 1987, 141–142. – Kommunikatiivisen toiminnan teoriassa pyritään käsittelemään yhtä aikaa kaikkia merkityksellisiä suhteita eri maailmoiden välillä.

[161] *Habermas* 1987, 129–132. Teleologinen ja strateginen eroavat siinä, että strategisessa toiminnassa *yhtä useampi* ihminen pyrkii yhdessä toteuttamaan jonkin hyötytavoitteen.

määrittyy normien perusteella. Roolissaan henkilö pystyy puolestaan olemaan vuorovaikutussuhteissa toisten ihmisten kanssa.[162] Sosiaalisessa, normien määrittämässä maailmassa normi on Habermasin mukaan sosiaalisesti voimassa, jos normiadressaatit tunnustavat sen voimassaolevaksi tai oikeutetuksi. Normiin liittyy aina pätevyysvaatimus: normin velvoittavuus voidaan riitauttaa.[163]

Normikonformissa toiminnassa kognitiivisten teon aspektien rinnalle tulee motivationaalisia seikkoja. Rationaalinen toimija ottaa lukuun toimintansa luonteen suhteessa sosiaalisiin normeihin ja pyrkii norminmukaiseen käyttäytymiseen. Norminmukainen toiminta onkin kytkettävissä myös oppimisprosesseihin, joissa normien kautta sisäistetään arvoja.[164]

Ontologisessa suhteessa normin mukaan ohjautuva toimintaa edellyttää kumpaakin maailmaa koskevia sitoumuksia. Toimijan tulee yhtäältä omaksua objektivoiva asenne siihen, että jotkin seikat joko ovat tosia tai eivät – aivan kuten teleologisessa toiminnassa. Toisaalta toimija on suhteessa sosiaaliseen mailmaan, sen rooleihin ja normiadressaattina itseään sitoviin normeihin. Tässä maailmassa hän »voi ryhtyä legitiimisti säänneltyihin henkilöidenvälisiin suhteisiin».[165] Normien mukaan ohjautuvassa sosiaalisessa toiminnassa tekijän suhde normien ilmentämään sosiaaliseen tasoon nousee keskeisimmäksi.

Oikeusnormit epäilemättä tuovat vastaavantyyppisen tason tekijän eteen kuin Habermasilla sosiaaliset normit. Oikeusnormien suhde sosiaalisiin normeihin on hankala kysymys. Tässä voidaan lähteä siitä, että oikeusnormit »edellyttävät» vastaavansisältöisiä sosiaalisia normeja ja rakentuvat vastaavantyyppiselle suhteelle ihmisen ja normien maailman välillä.

Rattijuoppo tulee ryhtyneeksi vuorovaikutussuhteisiin toisten liikenteeseen osallisten kanssa liikenteeseen osallistuessaan. Toisille syntyy legitiimejä odotuksia hänen kykyjensä ja taitojensa suhteen. Hänen toimintansa merkitys ei enää määrity pelkästään siinä suhteessa, mikä tavoite hänen ajollaan oli (esimerkiksi päästä ravintolasta kotiin), vaikka tämä ei tietysti ole-

[162] Georg Simmelin sosiologiassa tämä vastaisi sosiaalisen ensimmäistä aprioriteettia. Ollessamme toisen ihmisen kanssa vuorovaikutuksessa näemme hänet aina yleistettynä tyyppinä. Ks. *Noro* 1991, 52–53.

[163] *Habermas* 1987, 132–135.

[164] Roxin on maininnut siitä, että Saksassa rattijuopumus on ainoa rikos, joka on säädetty rangaistavaksi kokonaan syntyneisiin seurauksiin katsomatta (StGB 316 §). Syynä on hänen mukaansa se, että lainsäädännöllä tavoiteltu, prevention kannalta ehdottoman välttämätön sosiaalipsykologinen oppimisvaikutus edellyttää poikkeuksetonta sanktiointia. *Roxin* 1989, 331–332. Ks. myös *Wolter* 1981, 278. Wolter laajentaa ajatuksen massamittaisiin tekoihin yleisesti. Ks. myös *Schünemann* 1975, 798.

[165] *Habermas* 1987, 134–135.

kaan täysin irrelevantti seikka (kyse voisi olla pakkotilateosta esimerkiksi sairaan kuljettamiseksi). Myös ontologiset oletukset on hahmotettava eri tavoin kuin jos oltaisiin vain tekijän ja yhden maailman suhteessa. Liikenne ei ole atomisoitavissa yksittäisiksi kohteiksi, jotka joko ovat tai eivät ole olemassa. Tekijä ei pelkästään manipuloi ulkoisia kohteita, vaan hänen suhteensa toisiin määrittyy osaksi vapaammin sosiaalisen interaktion suhteiden kautta. Liikenteeseen osallistujilla on »yhteistä tietoa», he tulkitsevat liikenneilmiöitä suurin piirtein samalla tavalla.[166] Tekijä havainnoi itse toisten liikenteeseen osallisten toimia ja tietää tulevansa myös itse havainnoiduksi. Hänellä on odotuksia toisten toiminnan suhteen, ja toisilla hänen toimintansa suhteen. Kuljettaja joutuu kohdatessaan toisia tielläliikkujia jatkuvasti interaktiosuhteisiin heidän kanssaan, vaikka heillä ei olekaan yhteistä päämäärää.[167] Oikeusjärjestys pyrkii vahvistamaan tiettyjen käyttäytymisodotusten pysyvyyttä.[168] Luottamus toisten norminmukaiseen toimintaan on edellytys sille, että normeilla saavutetaan käyttäytymisodotusten vahvistuminen, joka kestää senkin, että odotukset joskus jäävät täyttymättä.[169] Liikenneturvallisuus edellyttää tietynlaista positiivista asennoitumista toistenkin intressien huomioon ottamiseen, ja sitä taas tavoitellaan myös liikennesäännöillä. Tekojen merkityksiä tulkitaan liikenteessä normeihin määrittyvän suhteen kannalta. Ehkä tästä syystä tuntuu ainakin ensi katsomalta epäluontevalta se ratkaisu, ettei RL 23:1:n mukaista rattijuopumuksen rangaistavuutta ole rajoitettu moottoriajoneuvon kuljettamiseen liikenteessä.[170]

---

[166] Ks. käsitteestä esim. *Habermas* 1987a, 70–71.

[167] Jollakin tavoin yleisellä tasolla liikenteeseen osallistujia toki yhdistävätkin tavoitteet. Esimerkiksi liikenneturvallisuuden tavoite on heidän kaikkien intressissään. Teleologinen/strateginen yhtä hyvin kuin dramaturginen toimintamalli voivat kuitenkin syrjäyttää tämän tavoitteen.

[168] Luhmannin oikeussosiologiassa tämä käyttäytymisodotusten taso nousee hyvin keskeiseksi. Käyttäytymisodotusten suojasta ja oikeudesta eräänlaisena »immuunijärjestelmänä» ks. *Luhmann* 1988, 509–512. Ks. myös *Jakobs* 1991, § 1 Rn 4–7a.

[169] Luottamusta ei tarvitse pitää yksinomaan empiirisenä kysymyksenä, vaan voitaisiin puhua myös rationaalisesti perustellusta luottamuksesta. Oikeusfilosofisessa perinteessä on usein tematisoitu kysymys turvallisuuden takaamisesta valtion tehtävänä tavalla, joka tulee tätä lähelle. Esimerkiksi niin Hobbesilla kuin Lockellakin oikeusjärjestyksen legitiimisyyden perustelu palautuu siihen, että se on tarpeen luonnontilan turvattomuuden torjumiseksi (Hobbes) tai sen estämiseksi, että luonnolliset oikeudet inhimillisten heikkouksien vuoksi jäävät toteutumatta (Locke). Turvallisuudesta tältä kannalta ks. esim. *Kindhäuser* 1989, 284–287.

[170] Maastoliikennelain säätäminen toisaalta kertoo siitä, että maastossakin on liikennettä. Maastoliikenteen sääntelyssä suojeltavat intressit ovat kuitenkin lähinnä muita kuin liikenneturvallisuuteen liittyviä. Ks. MaastoliikenneL (670/91) 1 §.

Dramaturgisessa toiminnassa tekijä ilmaisee teolla itseään. Nyt on jo kyseessä kolme maailmaa. Tekijän ilmaistessa itseään hänen subjektiviteettinsa tulee kuulumaan osaksi sosiaalista maailmaa. Sisäisestä tulee ulkoista, kun se saa ilmauksensa. Vuorovaikutukseen osalliset ovat osaltaan myös yleisönä toisilleen. Toiminta on jonkin esittämistä jollekin. Myös dramaturgisessa toiminnassa edelliset toimintamallit ovat mukana. Esittämisellä voidaan pyrkiä johonkin. Esittäminen voi myös liittyä sosiaalisiin normeihin oleviin suhteisiin. Todellisuudessa dramaturgisia piirteitä on osana jokseenkin kaikkea sosiaalista toimintaa.[171]

Dramaturgiset piirteet myös tavallaan hämmentävät rikosoikeudellisessa ajattelussa tarvittavaa tekojen tyypittelyä tuomalla siihen täysin uudenlaisella tavalla sosiaalisen ulottuvuuden. Itseilmaisun keinona voi juuri olla tietoinen normin rikkominen.[172] Erottuminen hahmottomasta normikonformista joukosta voi suorastaan vaatia normin rikkomista. Esimerkiksi nuorten keskinäisessä väkivaltarikollisuudessa tällaiset identiteetin muodostamiseen liittyvät performatiiviset kamppailut ja voiman todistelut voivat todellisuudessa olla mitä hallitsevimmassa asemassa. Rikosoikeus ei kuitenkaan pysty hyvin tavoittamaan tällaisiin tekoihin liittyviä ekspressiivisiä merkityksiä.[173] Tekojen arviointia on oikeudelliselta kannalta hankala kytkeä esteettisiin tai tyylillisiin kriteereihin.[174]

---

[171] *Habermas* 1987, 135–136.

[172] Oikeudelliselta kannalta normikonformi toiminta ei ole edes kiinnostavaa. Rikosoikeudelliselta tai rikosopilliselta kannalta rikoksen perustapaus on teleologinen teko, jolla rikotaan oikeusnormia vastaan (tai: nimenomaan toteutetaan kielletyn teon teonkuvaus) syyllisyyttä osoittavalla tavalla. Rikoksella rikotaan rationaaliseksi edellytettyä normia vastaan, mutta teleologiselta kannalta teko ei saa olla irrationaalinen, sillä järjenvastainen teko herättäisi kysymyksen tekijän syyntakeisuudesta.

[173] Esimerkiksi kansalaistottelemattomuuden legalisointi voisi olennaisella tavalla heikentää tuollaisten tekojen ekspressiivistä ja poliittista merkitystä.

[174] Wilhelm Tellin tapauksessa oli kyse dramaturgisesta toiminnasta, jossa yksilö ylivoimaisilla taidoillaan osoittaa – tosin pakon edessä – suuruutensa rikkomalla sitä normia, ettei nuolta tule ampua viatonta lasta kohti. Rikosoikeudessa olisi kuitenkin tyydyttävä arvioimaan tekoa ennen muuta siltä kannalta, oliko siinä kyse vaarantamisesta ja toteuttaisiko se jonkin rikoksen tunnusmerkistön.

Murhan tunnusmerkistössä (RL 21:2.1 2)-kohta) oleva tekotavan kuvaus »erityisen raa'alla tai julmalla tavalla» on yksi esimerkki sellaisesta normista, jossa dramaturginen näkökulma välttämättä on osana lainsoveltamista. HE:ssä toisaalta nähdään tämä juuri vaaraksi. Sanamuodon muutosta perusteltiin sillä, »että säännöksen tulisi kuvata todellista tekotapaa eikä sitä, miltä teko ulkonaisesti näyttää.» *HE* 94/1993 vp., 93.

Jossakin mielessä nurinkurista on niin ikään se, että valtiovalta itsekin osoittaa rangaistuksen tuomitsemisessa olemassaoloaan mitä selvimmässä määrin dramaturgisesti. Rikosten tutkinta, tuomioistuinkäsittely ja rangaistusten täytäntöönpano ovat kaikki draamallisesti hahmotettavissa.[175] Ne ovatkin – rikosten itsensä ohella – viihdeteollisuuden keskeisintä käyttöaineistoa.

Dramaturginen toimintamalli on selvemmin yhteydessä toiveisiin ja tunteisiin kuin tietoon. Dramaturgiselta kannalta voidaan käsittää myös ilmaisun yhteys tarpeisiin. Vaarallinen teko voitaisiin käsittää sellaisen tilanteen aiheuttamiseksi, jossa muut voivat tilanteeseen tunnepohjaisesti eläytymällä kokea saman vaarallisuuden, uhkan tekijän tarpeiden kannalta. Dramaturgisessa teossa nousee vaatimus tekijän vilpittömyydestä. Hän todistaa sisäisen tunteensa tätä ilmaisevalla teolla. Yleisö voi osallistua elämykseen. Kun luonnehdimme elämyksellisiä tilanteita, yritämme osallistua niihin ja samalla perustella osallistumistamme viittaamalla kulttuurissa yleisiin arvonmittoihin. Arvonmitat toimivat Habermasin mukaan tekoja perustelevina, jos ne luonnehtivat tarvetta niin, että yhteisessä kulttuurissa kukin voi tunnistaa oman tarpeensa näissä tulkinnoissa.[176] Esittämisessä suhtautuminen ulkomaailmaan on objektivoiva.

Ekspressiiviseltä kannalta nimenomaan yleisvaaralliset rikokset ovat mielenkiintoisia, koska esimerkiksi tuhotyönä rangaistava yleisvaarallinen tulipalon sytyttäminen voi saada sosiaalisen merkityksensä osaksi muustakin kuin suoranaisesta vahingollisuudesta ja vaarallisuudesta. Tulipalo on aina ihmisiä kiinnostava ja kiihottava ilmiö. Asuinrakennuksen sytyttämisellä ei ehkä pyritä mihinkään muuhun kuin palon aikaansaamiseen. Jo tulen katseleminen voi olla elämyksellistä. Tuon elämyksen voi jakaa paikalle tullut sivullinenkin. Rangaistavuuden kytkeminen teon yleisvaarallisuuteen osoittaa, että teon oikeudellinen ja ekspressiivis-kulttuurinen merkitys voivat erota toisistaan. Tahallisuuden kannalta tällaisten tekojen syyksilukeminen voi olla ongelma, jos tekijä on ollut kiinnostunut vain tulesta, eikä ole toiminut vahingoittamisen tai vaarantamisen tarkoituksessa.[177] Tuhotyön arvostelua ei käy-

---

[175] Rankaisemisen kulttuurisista ja kulttuurisia merkityksiä tuottavista aspekteista ks. esim. *Garland* 1990, 193–211, 249–276 (265): »Punishment is... a dramatic, performative representation of the way things officially are and ought to be...»

[176] *Habermas* 1987, 138–139. – Vaarallisuus olisi tässä mallissa itsensä vaarantamista. Miksi toiseen kohdistuva vaarantaminen ei yhtä lailla voisi olla ekspressiivistä? Ilmeisesti se Habermasin kannalta edellyttäisi kolmannen läsnäoloa – yleisönä.

[177] Rakennuksen tuleen sytyttäminen luonnollisesti väistämättä aiheuttaa aineellisia

tännössä varmastikaan lievennä se, että tekijä on ilmaissut teolla itseään ja antanut muillekin elämyksiä.[178]

Tekijän luonnetta yhtenä rikosvastuuta konstituoivana perusteena pitävät ovat voineet katsoa ihmisten olevan vastuussa juuri sellaisista teoista, jotka ilmentävät heidän todellista luonnettaan – jossa he siis ilmaisevat itseään oikein. Kyse on silloin tekojen ekspressiivisen ulottuvuuden korostamisesta, mutta siihen voidaan päästä myös laajentamalla kapean tekokeskeistä vastuuajattelua väljemmäksi niin, että olennaista onkin tekijän teossaan ilmentämän yleisemmän asennoitumisen merkitys.[179]

Rattijuopumuksessa lienee normaalitilanteessa vaikea nähdä selvän positiivisia ja sankaruutta osoittavia itseilmaisullisia aineksia. Ylinopeudella hurjastelussa vastaavia piirteitä voi nähdä jo helpommin.[180] Rallikilpailuissa hurjastelu on sosiaalisesti erittäinkin arvostettua. Kykyään ja taitoaan voi varmasti osoittaa hurjalla ajolla muutenkin kuin suljetuilla kilpareiteillä. Tuskin voidaan osoittaa vastaavaa mahdollisuutta kääntää juopuneena ajamisen merkitys positiiviseksi »rajojen ylitykseksi», ellei ajatella aivan marginaalisia alakulttuureja. Entä voisiko sitten teon dramaturgisilla piirteillä olla vaikutusta sen oikeudelliseen arvosteluun?

Ilmeisesti ensinnäkin dramaturginen ulottuvuus tekee teon rationaalisella tavalla *ymmärrettäväksi*, mikä luonnollisesti helpottaa sen oikeudellisen merkityksen määrittelyä. Toiseksi itseilmaisulliset piirteet voidaan ainakin etäisesti kytkeä yhteen toimintavapauden perusteeseen, eli siihen, että autonominen subjekti saa määrittää itse tekonsa ja ilmaista niissä itseään, ellei tuota oikeutta rajoita toisten oikeus.[181]

Kommunikatiivisen toiminnan teoriassa yritetään työstää toimintarationaalisuuden ymmärryssuuntautunutta puolta, joka Weberillä lähtökohdista

---

vahinkoja, mutta ihmishenkien vaarantamista ei voi pitää samalla tavoin »notorisena» seikkana.

[178] Tuhopoltto ei arvattavasti olisikaan sosiaalista dramaturgista toimintaa, jos tekijän lisäksi ei ole muita yleisönä.

[179] Ks. yleisesti *Lacey* 1988, 73–78.

[180] Ellilä kuvaa joitakin tieliikenteen huolestuttavia kehityspiirteitä seuraavasti: ajoneuvotuotannon ja muun positiivisen kehityksen rinnalla inhimillinen vastuuntunto ei suinkaan ole parantunut, »vaan päinvastoin vauhdinhuuma ja ohittamishimo, moottorin voiman mahdin edesvastuutonkin hyväksikäyttäminen yms.» ilmiöt ovat huolestuttavasti lisääntyneet. *Ellilä* 1974, 2.

[181] Saksan perustuslaissa (GG, Art. 2.1) todetaan: »Jeder hat das Recht auf die freie Entfaltung seiner Persönlichkeit, soweit er nicht die Rechte anderer verletzt und nicht gegen die verfassungsmäßige Ordnung oder das Sittengesetz verstößt.»

johtuen on jäänyt teleologisen toimintamallin varjoon. Puolestaan gadamerilaiseen filosofiseen hermeneutiikkaan verrattuna Habermas on kuitenkin kiinni hyvin kantilaisessa tavassa jäsentää kokemusta. Gadamer tutkii ennen muuta sitä aluetta, jota Habermas kutsuisi dramaturgiseksi toiminnaksi. Gadamer pohtii yhtä lailla esittämiseen ja leikkiin ja peliin liittyviä maailmasuhteita. Gadamerin kannalta Habermas tekee virheen kiistäessään taiteellisen kokemisen totuusvaatimuksen, ja ehkä muutenkin siinä, että taideteos ja taiteellinen kokemus estetisoidaan subjektien tietoisuutta koskevaksi. Gadamerille taide on leikkiä, peliä, jolla on itsenäinen, osallistujien tietoisuudesta ja tavoitteista riippumaton olemisensa. Taideteos on totta, mutta samalla se määrittää kokonaan uudelleen suhteensa maailmaan. Gadamerin kannalta inhimillisten tekojen tulkinta Habermasin tapaan kaventaa liiaksi pelin ja leikin aluetta.[182]

Pelin ja leikin tulkinnalliset ulottuvuudet paljolti sivuuttaen Habermas erottaa seuraussuuntautuneen ja ymmärryssuuntautuneen toiminnan. Strategisessa toimintatyypissä seuraussuuntautuneisuus on hallitsevaa, kun taas ymmärryssuuntautuneessa toiminnassa samaan elämismaailmaan kuuluvien kesken pyritään yhteisymmärrykseen, yhteiseen tilanteenmäärittelyyn. Tekijöiden asennoituminen kertoo sen, kummasta tyypistä on kyse.[183] Habermasin mukaan sosiologinen ja filosofinen toimintateoria eroavat siinä, että edellinen edellyttää sen, minkä jälkimmäinen ottaa tutkimuskohteekseen. Sosiologinen toimintateoria ei niinkään selvitä tavoitteellisen toiminnan rakennetta tai käsittele tahdonvapautta, kausaalisuutta, hengen ja ruumiin suhdetta tai intentionaalisuutta. Sosiologinen toimintateoria tarkastelee intersubjektiivista sosiaalista järjestystä, eikä perustu tietoisuusfilosofiaan. Mallina ei ole tilanne, jossa yksinäinen tiedostamis- ja toimintakykyinen subjekti on asiantiloja vastassa.[184] Habermasin kommunikatiivisen toiminnan teoriassa kielellisesti välittyneen sosiaalisen toiminnan merkitys tulee keskeiseksi. Hän selvittääkin toimintatyyppien formaalipragmaattisia tunnusmerkkejä useassa suhteessa.[185] Toimintatyyppien toimintarationaalisuus erottaa ne toisistaan niissä ruumillistuvan tiedon, argumentaatiomuodon ja tiedon mallikohteen suhteessa.[186]

Kommunikatiivisen toiminnan teoria asettuu selkeästi vastakkain analyyttisen filosofian piirissä kehiteltyyn teon analyysiin nähden. Kommunikatii-

---

[182] Ks. yleisesti *Gadamer* 1990, 107–126.
[183] *Habermas* 1987, 383–388.
[184] *Habermas* 1987a, 69.
[185] Kerättynä taulukkoon *Habermas* 1987, 439.
[186] *Habermas* 1987, 448.

visen toiminnan teoria käsittelee sosiaalisia ilmiöitä, kommunikaatiosuhteita. Teko ei siinä samastu ruumiinliikkeeseen, eikä teon yksinkertaisin muoto olekaan perusteko, ns. basic act. Esimerkiksi Dan Fränden ja Nils Jareborgin teonkäsitykset pohjaavat pikemminkin analyyttisen teonfilosofian suunnasta otettuihin vaikutteisiin. Kommunikatiivisen toiminnan teoriassa filosofinen ja tietoteoreettinen tarkastelu on muuntunut sosiaaliseksi ja toimintateoreettiseksi. Tekojen sosiaaliset merkitykset saadaan esiin edellistä runsaampina.

Dan Fränden väitöskirjassa on teon analyysin pohjana mm. Alvin Goldmanin teon analyysi, vaikka sen varaan ei kovin paljon rakennetakaan,[187] ja Nils Jareborg on luonut perustan omille käsityksilleen 1960-luvun angloamerikkalaisen keskustelun pohjalta.[188] Jareborg lähtee siitä, ettei jokainen ruumiinliike ole teko. Ruumiinliikkeen tulkitseminen teoksi edellyttää kytkentää henkilön kykyyn kontrolloida ruumiinsa liikkeitä. Teko on myös yhteydessä kielellisiin merkityksiin. Kielipelissä, johon osallistumme, opimme monimutkaiset säännöt, joiden mukaan inhimillistä käyttäytymistä tulkitaan teoiksi. Teko on tulkinnallinen konstruktio. Jareborgin mukaan kieli edellyttää, että ihmisen käyttäytyminen normaalisti tulkitaan teoksi ja että se samalla voidaan selittää teleologisesti lähtien henkilön käsityksestä tilanteestaan.[189]

Jareborgin malli ihmisen toiminnasta muistuttaa finalistien vastaavaa. Finaalinen eli suppeassa mielessä teleologinen selittäminen on hallitsevassa asemassa. Teon sosiaalisten merkitysten perustavanlaatuisten variaatioiden mahdollisuus jää selvittämättä.[190] Teon kontrolloitavuus jää koskemaan perusteon kontrolloitavuutta, tekijän kykyä tehdä tai jättää tekemättä perusteko, eikä hän kehittele kontrolloitavuuden käsitettä laajemmin.

---

[187] Ks. *Frände* 1989, 183–188.

[188] *Jareborg* 1969, 76–86.

[189] *Jareborg* 1969, 81–83.

[190] Tämä lienee Habermasin analyyttisen kielifilosofian piirissä kehitettyä teonfilosofiaa kohtaan suuntaaman kritiikin ydin. Sinänsä myös Habermasin kommunikatiivisen toiminnan teoriassa lienee wittgensteinilaisia vaikutteita. Toimintatyyppien erottelulla saadaan kuitenkin teleologisiin selitysmalleihin nähden uusia ulottuvuuksia esiin. Varsinainen ero on kuitenkin siinä, että ymmärryssuuntautuneessa toiminnassa siirrytään reflektion tasolle ja kyetään koordinoimaan toimintaa aivan toisella tavoin. Kolme toimintamallia ja erilaiset maailmasuhteet tulevat yhtä aikaa huomioon otetuiksi ja riitautettaviksi. Tähän liittyvät puheakteissa nostettavat erilaiset pätevyysvaatimukset. Ks. keskustelua *Habermas* 1987, 143–151.

Teon hallittavuus tekijän näkökulmasta – tekijällä oleva tilannekontrolli – on kuitenkin olennainen avain teon vaarallisuuden arvioinnissa. Frändenja Jareborgin naturalistisesta kausaalisuudesta lähtevä tarkastelutapa hienokseltaan ohittaa tämän syvemmässä mielessä teleologisen tason määritettäessä teon vaarallisuutta. Jareborgilla se tulee kuitenkin kuin varkain mukaan oppiin teon huolimattomuudesta.

Vastaavasti Frändellä todelliseksi käytännölliseksi ratkaisukriteeriksi konkreettisen vaarantamisen osalta jää todennäköisyysarvo, joka taas luultavasti on määritetty korkeammaksi kuin mikä voi olla mielekästä. Suhtautuminen tekotyyppiajatteluun on kriittistä, mutta on omiaan -tasolla se kuitenkin hyväksytään. Todellisuudessa Frände on kuitenkin hyvin lähellä soveltaa tekotyyppiajattelua molemmissa tapauksissa. Ontologinen mahdollisuus koskee nimittäin sekin sitä, olisiko tekotyyppiin olosuhteet huomioon ottaen kuulunut tekoja, jotka johtivat seuraukseen. Ontologisen mahdollisuuden ja tekotyypin vahinkotodennäköisyyden arvioinnin ero on aste-ero: tekotyyppiä voidaan konkretisoida enemmän tai vähemmän, ja olosuhteita voidaan ottaa huomioon enemmän tai vähemmän. Jos olosuhteisiin luetaan se, ettei potentiaalista uhria ollut lähimaillakaan, vahinkotodennäköisyys jää nollaan. Jos taas potentiaalinen uhri oli lähipiirissä, se nostaa vastaavasti näin tyypitetyn teon vahinkotodennäköisyyttä.

Voidaan varmasti väittää, että tällainen tyyppiajattelu mahdollistaa syyksilukemisratkaisujen manipuloitavuuden. Jos kuitenkin ymmärrämme, että normatiivisen vastuukysymyksen ratkaisun kannalta itse tuon kysymyksen asettamisen tapa onkin olennaista, eikä ratkaisu tule yksin »luonnosta» tai »luonnontieteellisestä tiedosta», huomaamme kysyä sitä, millä perusteella tarkempi kysymyksenasettelu voi tapahtua. Frändenja Jareborgin vaarantamissystematiikka ei tavoita suoraan niitä vaarantamisen käytännöllisiä ulottuvuuksia, jotka liittyvät siihen, miten hyvin tekijä hallitsee tekojensa seurauksia.[191] Hyvän ampujan ampuessa sivullisille aiheutuu vähemmän vaaraa kuin huonon ampujan, koska hän hallitsee aseen paremmin. Kaikkeen toimintaan liittyy toisaalta vaaraa, että jotakin ennakoimatonta voi tapahtua. Ampujaa voidaan tönäistä laukaisun hetkellä, joku voi juosta laukauksen tielle jne. Tilannekontrolli on harvoin aivan täydellinen. Konkreettisen vaaran määrittelyssä on olennaista kiinnittää huomiota tilannekontrolliin, mikä taas heikentää mahdollisuuksia tukeutua näiden tekojen rikosoikeudellisessa arvioin-

[191] Ks. myös *Hoflund* 1967, 61: »Farebrotten som helhet tar sikte på handlingar där gärningsmannen icke har läget under kontroll.»

nissa puhtaasti tilastolliseen tietoon.[192] Abstrakti vaara on sosiaalisempi konstruktio, joten siinä yleistetään tavallaan myös tilanteenhallinnan vaatimus. Jareborgin analyyttisessa vaarakäsitteistössä ollaan toisaalta hyvin lähellä myös käytännöllisiä kysymyksiä, sillä hän määrittelee vaaran sen avulla, mitkä muutokset maailmassa olisivat välttämättömiä, jotta teon ja seurauksen välillä vallitsisi kausaalisuhde. Tästähän usein juuri on kysymys.

2.3.8 Tekotyyppiajattelu ja vaarantamisen arviointi

Jareborg tunnustaa sen, että on omiaan -vaarantaminen on hankalasti määritettävissä. Hän arvostelee tyyppiajattelua, joka johtaisi pitämään konkreettista tekoa liiankin helposti vaarallisena, jos tekotyypin teoista ainoastaan jotkin olisivat olleet vaarallisia. Oikeuskäytäntö kannattaa Jareborgin mukaan hänen konkreettisen teon arvioinnista lähtevää rakennelmaansa, koska on omiaan -vaaran ei ole katsottu olleen käsillä, jos tekijä on uskonut siihen, että hänellä on kyky kontrolloida tapahtumainkulkua – ja jos tuo kyky tosiasiallisestikin on ollut – siten, että seurausta ei voi syntyä.[193] Huomio on hyvin valaiseva. Tyyppiajattelu lähtee liian kaavamaisesta vaarallisuuden arvioinnista, mikä voisi johtaa on omiaan -vaaran täyttymiseen silloinkin, kun tekijä perustellusti ja oikein on katsonut pysyneensä tilanteen herrana. Tyyppiajatteluakin voitaisiin ehkä konkretisoida siten, että tekijän kyvyille ja tilannekontrollille voitaisiin antaa merkitystä. Tyyppiä pitää täsmentää tavalla, joka mahdollistaa vaarantamisen arvioinnin riittävän tilannekohtaisella tavalla.

Jareborgin ja Fränden mukaan on omiaan -vaarantamisessa ei tarvitse tehdä lainkaan ontologisia oletuksia. Käsittääkseni konkreettinen vaara ja on omiaan -vaara eivät kaikissa tapauksissa eroa ratkaisevasti tässä suhteessa. Jos tekijä täysin tietää ja tuntee sen, ettei »vaaran suunnassa» ole lainkaan vaarantamiskelpoisia kohteita, ei on omiaan -vaaraakaan voida olettaa. Jos henkilö ampuu luodikolla ampumapaikalla tietäen, ettei ketään ole lähimaillakaan, ei voida järkevästi osoittaa, mihin teon vaarallisuus saattaisi perustua. Voisikin ajatella, että ohitettaessa tienmutkan kohdalla teon vaarallisuus

[192] Sanottu koskee luonnollisesti niitä tekoja, joissa voidaan ylipäätään puhua tilannekontrollista. Esimerkiksi HI-viruksen tartuntavaara jouduttaneen konkreettisena vaaranakin määrittämään pitkälle tekijä- ja tekotyyppiä koskevana tilastollisena todennäköisyytenä.

[193] *Jareborg* 1984, 171.

perustuu ennen muuta siihen, ettei tekijä pysty kontrolloimaan tekonsa mahdollisia seurauksia.

Myös suojattavilla oikeushyvillä voi olla merkitystä. Liikenneturvallisuus viittaa liikenteen osallisten suojaamistavoitteeseen tietyllä tapaa persoonattomasti. Hyvin kattavassa merkityksessä liikenteen intresseistä on kyse kaikessa, mikä tapahtuu liikenneväylillä siitä riippumatta, miten vilkasta liikenne juuri sillä hetkellä on. Tästä syystä ei voida juurikaan asettaa ontologisia vaatimuksia sen suhteen, että jollakin tiellä, jossa ajoneuvo ohittaa toisen varomattomasti, olisi pitänyt vielä olla muuta liikennettä. Kyse voi lähes aina olla liikenneturvallisuutta vaarantavasta teosta. Intressit antavat rikosoikeuden normistolle sellaisen »ulkoisen» referenssin, joka konkreettisten intressien tapauksissa samalla on yhteydessä tietynlaiseen ontologiaan. Yhteisöllisten oikeushyvien kohdalla ontologiset edellytykset korvaa yleensä se, että teko sijoittuu määrättyyn toimintajärjestelmään.

Kindhäuserin tarkkanäköisessä analyysissä abstraktien vaarantamisrikosten taustaselityksestä käy selville vastaava asetelma. Abstraktin vaaran käsittävien käyttäytymismuotojen kriminalisoinnilla ei tavoitellakaan välitöntä yhteyttä kiellettyjen tekojen ja niistä aiheutuvien oikeushyvänloukkausten välille, vaan tällaisten säännösten ratio tulee ymmärtää kokonaan toisesta lähtökohdasta. Turvallisuudentarpeen kannalta on välttämätöntä varmistaa normatiivisesti tiettyjen käyttäytymisodotusten pysyvyys. Jos autonominen turvallisuus on sitä, että turvallisuudesta huolehtiminen jätetään kunkin omaksi huoleksi, heteronomisessa turvallisuudessa on kyse vastaavantyyppisestä turvallisuudentarpeesta suhteessa ulkoisiin uhkiin. Abstraktin vaarantamisen kiellot liittyvät tilanteisiin, joissa yksilöltä itseltään ei voida edellyttää toimenpiteitä tietynlaisten omia oikeushyviään kohtaavien vaarojen poistamiseksi. Abstrakti vaarantaminen olisi siten normatiivisesti varmistettuun heteronomiseen turvallisuuteen kohdistuva loukkaus.[194] Itse näen abstraktin vaaran perustelun kuitenkin tuolloinkin nimenomaan niiden tapahtumainkulkujen mahdollisuuksissa, joita vaarallinen menettely avaa. Silloin ei ole tarpeen olettaa erillistä oikeushyvää, turvallisuutta.

Konkreettisen ja abstraktin vaaran yhteyttä voi valaista vielä esimerkillä. Ajatellaan, että A sahaa kaupunginpuiston suurimman puun tyvestä melkein poikki, niin että jo vähäinen tuulenvire voi kaataa sen. Konkreettisesti vaarannetuiksi tulevat ne henkilöt, jotka liikkuvat puun kaatumissäteellä. Mitä pidempään puu pysyy pystyssä, sitä lähemmäksi konkreettinen vaara ja abst-

[194] *Kindhäuser* 1989, 277–347.

rakti vaara tulevat toisiaan. Abstraktia vaaraa aiheutetaan sille »satunnaiselle henkilölle», joka voisi olla vaara-alueella. Aikojen kuluessa yhä suurempi joukko ihmisiä tulee todellisuudessa vaarannetuksi ja he eräässä mielessä yhä paremmin edustavat sitä yleisempää intressiä, joka abstraktin vaarantamisen kriminalisoinnilla saa suojaa. Laaja »time-framing» vähentää konkreettisen vaaran välitöntä konkreettisuutta, vaikka toisaalta konkurrenssiopillisesti nämä vaarantamiset helposti taas pilkotaan erillisiksi. Abstraktia ja konkreettista vaaraa erottaa tarkastelutaso.

Abstraktiin vaarantamiseen jää väistämättä tiettyä epätäsmällisyyttä. Sosiaalisen toiminnan kentällä joudutaan tekemään jonkin verran ontologisia oletuksia, mutta erityisesti silloin, kun suojeltavat intressit ovat yleisiä koko toimintajärjestelmän intressejä, näiden ontologisten oletusten kautta ei päästä merkittävästi rajaamaan abstraktin vaaran aluetta. Abstrakti vaara on yleisen tason vaarallisuutta, joka määritellään tekotyyppikohtaisesti.[195]

Vaarantamisjaottelun yhteys oikeushyväjaotteluun saadaan nyt esille. Liikenneturvallisuus on yhteiskuntapolitiikan suunnasta tehty abstraktio oikeusjärjestyksen liikenteessä suojattavista intresseistä. Yksilön oikeushyviin nähden liikenneturvallisuus on abstraktio, välittävä oikeushyvä, joka ilmenee vasta joukkomittaisten liikenneilmiöiden tarkastelussa. Liikenneturvallisuus ei muutu toiseksi yksittäisen onnettomuuden vuoksi, vaikka liikenneturvallisuus määrittyykin jonkinlaisena liikenneonnettomuuksien ja niissä syntyneiden vahinkojen suhteena liikenteen määrään tiettynä ajanjaksona.

Jos rikossäännöksen suojattava yksilön oikeushyvä yleistetään kollektiiviseksi turvallisuusintressiksi, kuten liikenneturvallisuudessa, ei ole aivan ongelmatonta väittää, että tuon intressin vaarantaminen edes voisi olla joko konkreettista tai abstraktista. Miten abstraktia intressiä vaarannetaan konkreettisesti? Kun lainsäätäjä kuitenkin usein käyttää mainitunlaista kaksoisabstraktion tekniikkaa (»... on omiaan vaarantamaan liikenneturvallisuutta»), olisi tuolle erottelulle syytä antaa tulkinnallisesti jokin selitys. Selitys voisi olla siinä, että liikenneturvallisuuden käsitteellä viitataan normatiivisesti määriteltyihin liikenneturvallisuusintresseihin eikä esimerkiksi liikenneonnettomuustilastoihin. On omiaan vaarantaminen loukkaa näitä intressejä välillisemmin kuin konkreettinen vaarantaminen.

Onnettomuuksien perusteella määriteltyyn liikenneturvallisuuteen vaikuttavat vain onnettomuustilastojen piiriin tulevat tapaukset. Liikenneturvalli-

[195] Lahti kysyykin: miten pitkälle vaaran abstrahoinnissa tulee mennä? Mitä seikkoja jätetään huomiotta, kun arviossa pidetään silmällä tekotavan »yleisesti ottaen ja tyypillisesti vaarallista luonnetta»? *Lahti* 1982, 141.

suuteen vaikuttavat siten erityisesti ne teot, jotka on kytkettävissä toteutuneisiin onnettomuuksiin. Abstrakti vaarantaminen jää pääosin näin lähestytyn liikenneturvallisuuskäsitteen näkymättömiin.

Liikennerikokset ovat tyypillisesti tuottamuksellisina rangaistavia ja esiintyvät myös sellaisina. Liikennerikoksen tekijältä puuttuu yleensä »loukkaamistahallisuus». Tekijä ei myöskään tahallaan pyri vaaratilanteen synnyttämiseen. Tieliikenteen vakavaa vähäisempiä rikoksia koskevilla kriminalisoinneilla pyritään nimenomaan estämään välillisen yleisprevention keinoin liikenneturvallisuuden heikentyminen.[196] Liikennerikosoikeus on sanan varsinaisessa mielessä moderni rikosoikeuden ala. Tuottamusmoitteen perustelu rangaistusteoreettiselta kannalta nouseekin keskeiseksi kysymykseksi.[197]

Liikenneturvallisuuden vahingoittamisen sijasta puhuminen sen vaarantamisesta merkitsee sekin abstraktiota. Liikenneturvallisuusintressit ovat tyypillisesti etuja, jotka eivät voi kokonaan menettää arvoaan. Liikenneturvallisuuden vaarantuminen tarkoittaneekin sitä, että turvallisuuden taso laskee, ts. että kansalaiset joutuvat kantamaan entistä enemmän huolta itse siitä, että eivät joudu osalliseksi liikenneonnettomuuteen. Liikenneturvallisuus vaarantuu liikennesääntöjen rikkomuksista viime kädessä sen vuoksi, että ne uhkaavat käsitystä liikennesääntöjen pätevyydestä orientaation lähtökohtina liikennekäyttäytymisessä.

Liikenneturvallisuuden käsitteeseen liittyy niinikään ulottuvuus, joka yksilön oikeushyviltä puuttuu. Liikenneturvallisuuden kannalta on perusteltua velvoittaa liikenteeseen osalliset suojaamaan myös itseään liikenteen riskeiltä. Esimerkiksi ajoneuvojen kehittely yhä liikenneturvallisemmiksi on erityisesti keskittynyt onnettomuusajoneuvossa olevien henkilöiden suojaamiseen onnettomuustilanteessa. Mm. tällaisilla seikoilla voidaan vaikuttaa liikenneturvallisuuteen. Turvavyön käyttöpakkoa on vaikea perustella muulla tavalla. Turvavyön käyttö on varotoimenpide onnettomuuteen joutumisen varalta,

---

[196] Ks. viime mainitusta *Kaiser* 1970, 77–82. – Kollektiiviset oikeushyvät voi nähdä sellaisena intressiryhmänä, joka tulee esille vasta oikeuspoliittisessa tarkastelussa eli kun rikosoikeuden preventiiviset vaikutukset otetaan osaksi sen legitimaatiota.

[197] Usein esitetään, että tuottamuksessa on itse asiassa kyse ylimääräisestä syyksilukemisesta. Tällä tarkoitetaan sitä, että rangaistavuus ulotetaan sellaisten velvoitteiden rikkomiseen, joissa velvoitteen rikkominen ei välttämättä ole tietoista, mutta joissa teko kuitenkin osoittaa virheen tekijän motivaatiossa: tekijä ei ole pitänyt huolta siitä, että hän pystyy torjumaan tiettyjä vaaroja. *Hruschka* 1988, 313; *Kindhäuser* 1989, 120–131; *Vogel* 1993, 74–80.

johtuu onnettomuus sitten kenen virheestä tahansa.[198] Tällaiseen varotoimeen velvoittaminen on epäilemättä »paternalistista» lainsäädäntöä. Tämä voi vieläpä saada heijastusvaikutuksia rikosoikeudelliseen vastuuseen. Turvavyön käyttö on voinut suojata uhria vakavammilta vammoilta, jolloin tekijä välttää vastuun tuon seurauksen aiheuttamisesta. Toisaalta pakollisten turvavälineiden käytön laiminlyönti voi antaa aiheen nähdä asiassa uhrin myötävaikuttavaa tuottamusta. Liikenneturvallisuuden näkökulmasta selkeä raja itseen ja toiseen kohdistuvien tekojen välillä hämärtyy.[199] Ehdotetussa liikenneturvallisuuden vaarantamista koskevassa RL 23:1.1:ssä vaarantaminen ei kohdistu enää liikenneturvallisuuteen vaan toisen henkeen ja terveyteen. Lain esitöissä mainittua muutosta ei pidetä suurena, koska liikenneturvallisuuden sisältö on sen mukaan jo aiemmin ymmärretty siten, ettei se kata itseen kohdistuvaa vaarantamista.[200]

Kaikkein yleisimmillään abstraktisuus on presumoidusti vaarallisissa rikoksissa. Niissä vaarantamistunnusmerkki ei tuo säännöksen soveltamisalaan mitään lisärajausta. Tekotyyppi, johon teonkuvaus viittaa, on sama kuin itse teonkuvaus. Kaikkia lainrikkomuksia, joissa vaarantamisvaatimusta ei aseteta, ei ole silti tarpeen olettaa presumoidulle vaaralle rakennetuiksi. Presumoidulle vaaralle rakentuviksi voinee katsoa lähinnä sellaiset rikoslakiin sisällytetyt kriminalisoinnit, joissa vaarantamisvaatimusta ei ole kirjattu tunnusmerkistöön, mutta joissa kuitenkin käytännössä tunnetaan, mitä oikeushyvää on tarkoitus suojata.[201]

---

[198] Modernissa kriminaalipoliittisessa rikollisuuden ja sen kontrollin vaikutusten kokonaishaittoihin keskittyvässä tarkastelussa on yhdeksi teemaksi noussut potentiaalisten uhrien velvoittaminen toimenpiteisiin. Lahden mukaan moraalisesti värittömien uudenaikaisten rikosten, kuten liikennerikosten, osalta ollaan yleisesti valmiita etenemään tähän suuntaan, kun taas perinteisen rikollisuuden osalta tuollaisia velvoitteita on vaikeampi perustella. *Lahti* 1972, 276–277.

[199] Merkityksetön tuo jako ei silti ole. Yksinomaan omaksi suojaksi säädettyjen varotoimien laiminlyöntiä ei pidetä liikenteen vaarantamisena. Rikesakolla rangaistava turvavyön käyttövelvollisuuden laiminlyönti ei voine olla TLL 98 §:n mukaista liikenteen vaarantamista, koska se ei itsessään vaikuta onnettomuusriskiin. Liikenneturvallisuuden ydinaluetta ovatkin onnettomuuksien syntyyn liittyvät tekijät. Näitä taas ovat ajokäyttäytymisen ohella mm. rakenteelliset ja liikennesuunnitteluun liittyvät. Ks. esim. liikenneturvallisuuden käsitteen luonnehdintaa liikennerikostoimikunnan mietinnössä, *KM* 1973:2, 90–93.

[200] Ks. *HE* 32/1997, 12.

[201] Esimerkkinä juuri rattijuopumus. Rikoslakirikoksille on tunnusomaista tietty vakavuus, mikä ilmenee yleensä siitä, että rangaistus voi olla sakon ohella vankeutta.

Silloin, kun teonkuvaukseen otetaan on omiaan -vaatimus, tulee edellyttää tämän merkitsevän jotakin lisärajausta. Tekotyypin muodostaminen jää tehtäväksi osaksi lainkäytössä. Tekotyyppiä supistetaan alaltaan siitä, mitä teonkuvaus muuten kattaa. Teonkuvauksen piiriin tulevat teot tulevat jaettaviksi kahteen ryhmään. Osa niistä kuuluu tyyppiin »ei ole omiaan» – ja toiset tyyppiin »on omiaan». Tällainen tyypinmuodostus edellyttää jonkinasteista teon kontekstualisointia, eli sen tarkastelua suhteessa toiminnan ympäristöön. Vasta suhde toimintaympäristöön mahdollistaa sen arvioinnin, kumpaan tyyppiin tietty teko kuuluu.[202]

On omiaan -vaatimus edellyttää teon liittämistä asiayhteyteensä. Kausaalisuusväitteet, jotka tuollaisessa vaarallisuusarvioinnissa ovat käsillä, ovat toisenlaisia kuin yksittäistä syntynyttä seurausta selitettäessä. On omiaan -tunnusmerkkiä käytetään yleensä yhteyksissä, joissa jonkinlaisesta mahdollisesta kausaaliyhteydestä voidaan puhua.

Esimerkiksi maanpetos (RL 12:3; 578/95) on jokseenkin puhdas tekorikos. Siinä Suomen kansalainen teollaan osoittaa toimivansa vastoin kansalaisvelvollisuuksiaan. Maanpetoksessa ei tarvitse osoittaa Suomelle teosta aiheutuneen tai voivan aiheutua vaaraa tai vahinkoa. Kyse on presumoidulle vaaralle (tai vahingolle) rakentuvasta rikostunnusmerkistöstä, johon olisi asian luonteesta johtuen hankala lisätä vaarantamis- tai vahingoittamistunnusmerkkiä.[203]

On omiaan -vaara on määriteltävissä tekotyypin vaarallisuutena. Siten konkreettinen teko ja teonkuvauksen sisältävä tunnusmerkistö voidaan asettaa toistensa yhteyteen. Abstraktisti vaarallinen teko mahdollistaa konkreettisten vahinkojen ja vaaratilanteiden syntymisen. On omiaan -vaarantamista tieliikenteessä on ohittaminen, jos näkyvyys vastaantulijoiden suuntaan on mäenharjan tai kaarteen vuoksi rajoitettu.[204] Tekotyypissä ohituksiin liittyy huomioonotettava[205] mahdollisuus siihen, että joku tulee vastaan. Tekijä ei hallitse niitä olosuhteita, joista todellisen vaaratilanteen syntyminen jää riippuvaiseksi. Konkreettinen vaaratilanne syntyy heti, jos joku tulee vastaan.

---

[202] Periaatteessa ei olisi estettä siihen, että ns. presumoidusti vaarallisetkin rikokset katsottaisiin on omiaan -rikoksiksi. Niissä tämä on omiaan -vaatimus vain kiinnittyy teonkuvauksen ilmaisemaan tekotyyppiin sellaisenaan. Kyse olisi äärimmilleen yleistetystä tekotyypistä.

[203] Vahinko oikeastaan sisältyy kätketysti jo tunnusmerkistön teonkuvauksiin.

[204] Mainittu esimerkki on myös ensimmäisenä kohtana mainittu TLL 18.2:n ohituskieltotilanteita koskevassa luettelossa. TLL 18.1:ssä puolestaan säädetään ohittavan ajoneuvon kuljettajan velvollisuudeksi varmistua tarkoin siitä, ettei ohitus aiheuta vaaraa.

[205] Huomioonotettavuudesta vaaraopissa ks. *Jareborg* 1994, 32.

Kaikki konkreettiset vaaratilanteet eivät johda onnettomuuteen, koska osapuolet pystyvät toimillaan vaikuttamaan siihen, miten vaikeasta liikennetilanteesta selvitään. Sosiaalisen toiminnan kentällä vaarat liittyvätkin myös siihen, miten toiset osaavat reagoida yhden tekemään sääntörikkomukseen. Taitavat liikenteeseen osallistujat voivat vähentää toisten virheistä johtuvia vaaroja. Vaarana voi olla myös se, että toiset eivät ajoissa huomaa vaaratilanteen ehkäisemisen mahdollisuutta. Oikeusnormit eivät kovin painokkaasti aseta liikenteeseen osallistujille velvoitteita tällaisissa suhteissa.[206] Seurauksen syntymistä eli liikenneonnettomuutta edeltää käytännössä aina konkreettinen vaaratilanne.[207]

On omiaan -vaarantamisessa tekoon liittyy mahdollisuuksia konkreettisen vaaran syntymiseen. Näin vaaraa olisi oikeastaan vain yhtä lajia, »konkreettista vaaraa», ja on omiaan -vaara olisi tekotyyppiä yleistämällä tai abstrahoimalla saatu sellainen laajennus, jossa konkreettinen vaara esiintyy mahdollisena seurauksena.[208] On omiaan -vaara ei siten olisi lajiltaan toisenlaista vaaraa, vaan pidemmälle yleistetyn tekotyypin ja sen »kausaalisuuden» avulla hahmotettu malli siitä, millaisia tapahtumainkulkujen mahdollisuuksia tuo teko tyypiltään avaa. Samalla kyse on siis siitä, miten helposti tuo teko johtaa todellisen (konkreettisen) vaaratilanteen syntyyn.

Tällaiselta vaarakäsitteistön analyysiltä vie tosin uskottavuutta se, että on kuviteltavissa tilanteita, jossa syntynyttä vahinkoa ei edellä selkeä vaaratilanne, konkreettinen vaara. Esimerkiksi HI-virus saattaa teoriassa tarttua jo ensimmäisessä, suojatussakin yhdynnässä, vaikka vasta ehkä useampien yhdyntöjen ketju muodostaa kokonaisuutena ajatellen »konkreettisen» vaaran seurauksen syntymisestä.[209] HI-viruksen tartunnan kannalta ei voida etu-

---

[206] Ks. kuit. erityisesti TLL 3.1, jossa säädetään tienkäyttäjän yleisistä velvollisuuksista. Olosuhteiden edellyttämä huolellisuus ja varovaisuus vahingon välttämiseksi saattaa jopa edellyttää, että tekijä rikkoo muodollisesti jotakin liikennesääntöä – esimerkiksi väistää toista ajoneuvoa jalkakäytävälle. Vaaraa vähentävä menettely ei ole kiellettyä riskinottoa.

[207] Onnettomuuskaan ei tietysti vielä ole sama kuin seuraus hengelle ja terveydelle. Kukaan ei välttämättä loukkaannu. Henkilöauton matkustaja saattaa loukkaantua, ja saada surmansa esimerkiksi vasta muutamien päivien kuluttua. Esimerkiksi hoitotoimenpiteiden epäonnistuminen on voinut vaikuttaa siihen, ettei uhri selvinnyt onnettomuudesta.

[208] Hieman samantyyppisesti asiaa on tarkastellut poliisioikeudellisessa tutkimuksessa *Hansen-Dix* 1982, 46–57.

[209] Rossin mukaan vaara on todellinen, jos tekotilanteessa vahingon syntyä koskeva ennuste on perusteltu. Vaara on todellinen, jos tekotilanteessa ei-toivotun seurauksen synty oli lukuunotettava mahdollisuus. HIV-tartunnan vaara suojaamattomassa yhdynnässä on

käteen osoittaa yhtä samanlaista yhdyntää toista vaarallisemmaksi, ja vasta jälkikäteen – jos silloinkaan – on selvitettävissä se, milloin virustartunta on siirtynyt. Tällaisissa tilanteissa yksittäisillä teoilla on ontologisessa mielessä vahvastikin konkreettisen vaarantamisen piirteitä – jos uhrilla ei ennestään ole tartuntaa. Abstraktin vaaran ja konkreettisen vaaran ero jää siten lopultakin suhteelliseksi. Voi esiintyä tilanteita, joissa konkreettinen vaara on hahmotettavissa vasta useiden tekojen kokonaisuuden tasolla – eräänlaisen normatiivisen kokonaisarvostelun kautta – vaikka seuraus on voinut todellisuudessa aiheutua jo ennen kuin teot ovat yltäneet konkreettisen vaaran tasolle.[210]

On omiaan -vaarantamisen perustaminen selkeään tilastotietoon tai matemaattiseen todennäköisyysarvoon voi olla vaikeaa tai mahdotonta myös muusta syystä. Tapahtumainkulku ei useinkaan määräydy vain siten, että yksi osapuoli toimisi ja muut olisivat mekaanisiin luonnonvoimiin rinnastettavia. Tekijän näkökulmasta ei ole tiedettävissä, tuleeko mutkan takaa vastaan harjaantunut kilpa-autoilija vai kokematon nuori kuljettaja. Kohtaamistilanne tulee luonteeltaan interaktiiviseksi, jossa kumpikin osapuoli seuraa vastapuolen reaktioita, yrittää väistää eri suuntaan kuin toinen jne. Liikennetilanne kehittyy tavalla, jossa sosiaaliset ja oikeudelliset normit osaltaan ovat vaikuttamassa tapahtumainkulkuun. Tällaiseen tapahtumaketjuun – joka sijoittuu habermaslaisittain normien ohjaaman sosiaalisen toiminnan alueelle – voidaan vain pieneltä osin soveltaa mielekkäästi todennäköisyysmuotoista tietoa.[211]

---

juuri tällainen: vaara on todellinen, vaikka yhdessä yhdynnässä tartunnan tilastollinen todennäköisyys jää vähäiseksi. Ross korostaa vaara-arvioiden joustavuutta siinä mielessä, että mitä tärkeämmän intressin suojasta on kyse, sitä pienempiä vahinkotodennäköisyyksiä pidetään oikeudellisesti relevantteina. *Ross* 1975, 407–411. Ks. myös *Jareborg* 1994, 32.

[210] Tällaiset tilanteet voisivat – ainakin joskus – perustella erityisten riskikriminalisointien säätämistä. Ks. HIV-problematiikasta yleisesti *Matikkala* 1995 ja siitä *Nuotio* 1997, 117–120.

[211] Kyse on myös siitä, onko vaaran käsite objektiivinen ja luonnollinen, vai normatiivinen ja oikeudellisin perustein määrittyvä. Vaarantamisen yhteys kausaalitietoon tekee vaarasta samassa mielessä »esioikeudellisen» käsitteen kuin kausaalisuuskin on. Lainsäätäjä tai tuomari ei tarkkaan ottaen voi päättää syysuhteista, vaan oikeuden on tukeuduttava siihen tietoon ja kokemukseen, joka ihmisellä on maailmasta. Vaaran käsitesisältönä saattaa kuitenkin olla sellaista »asian mukaista» tietoa, joka ei ole ilmaistavissa suoraan todennäköisyyksinä; vastaavasti kausaalisuhteetkaan eivät välttämättä ole yksinomaan tieteellisen totuuden aluetta. Vaaran käsite on kokemus-käsite sanan mitä laajimmassa merkityksessä. Oikeushyvien yleistyminen johtaa niiden verkostumiseen, ja vas-

Jos halutaan soveltaa erottelua vaarantamis- ja riskirikoksiin, ongelma voidaan havainnollistaa seuraavasti. Ajoneuvon kuljettajan sääntöjenvastaiseen menettelyyn saattaa tekona tyypillisesti liittyä riskejä seurausten syntymisestä. Teko on tässä mielessä vaarallinen, vaikka todellisuudessa mitään vaaratilannetta ei synny. Vaaratilanne syntyy vasta esimerkiksi siitä syystä, että toinen kuljettaja tuo ajoneuvonsa tiettyyn paikkaan tietyllä hetkellä. Vasta silloin teon vaarallisuus aktualisoituu vaaratilanteen syntymisenä.[212] Vaaratilanteen synnyn syy voi – oikeudellisesti katsottuna – olla yksinomaan sääntöjen vastaisesti menetelleen kuljettajan. Kielletty riskinotto voi olla syyksilukemisen perusteena: vahinko- tai vaaraseurauksia ei lueta suoraan tietyn toiminnan syyksi, vaan vasta kielletyn riskinoton kvalifikaation välityksellä.

Tilastotiedosta saadaan viitteitä siitä, miten todennäköistä jollakin hiljaisella tiellä on, että joku tulee vastaan tietyssä mutkassa. Harvoin tie voi olla niin hiljainen, että kuljettaja, joka ei ylipäätään hallitse liikennetilannetta, voisi väistää vastuun on omiaan -vaarantamisesta, jos vaarantamisen katsotaan kohdistuvan liikenteeseen yleisellä tasolla, so. lähinnä liikenneturvallisuuteen. Liikenneturvallisuuteen voi jopa liittää tietynlaisen subjektiivisen turvallisuudentunteen kokemuksen, jota liikennesääntörikkomukset vaarantavat.[213] On omiaan -vaarantaminen onkin sitä, että kuljettaja syyllistyy tekoon, joka joissakin hänen vaikutusmahdollisuuksiensa ulottumattomissa olevissa olosuhteissa johtaa konkreettisen vaaran syntyyn. Esimerkiksi: jos joku tulee vastaan, vaaratilanne syntyy. Pelkän ylinopeuden on omiaan -vaarantava luonne onkin selvästi epämääräisempi. Ylinopeutta ajava henkilö voi joskus perustellusti kuvitella hallitsevansa liikennetilanteen niin hyvin, ettei jää lainkaan vastaavaa mahdollisuutta vaaratilanteen syntyyn. Ylei-

---

taavasti Lebensweltin tasolla on yhä hankalampi arvottaa oikeushyviä uhkaavia vaaroja. Ks. yleisesti *Keller* 1995, 457–463, 478–482, 485–488.

[212] Tällainen käsitys tullee hyvin lähelle myös sitä, mitä Ross on esittänyt. Hän arvostelee käsitystä, että teon vaarallisuus -ominaisuus olisi jollakin tavoin teosta erillinen, sen kausaalinen vaikutus. Toisaalta hän kuitenkin analysoi vaaraa vaaratilanteina, joissa on erilaisia vaaramomentteja. Vaaraa koskevan väitteen Ross ymmärtää ennen muuta vahingon syntyä koskevana ennusteena. *Ross* 1975, 404–406.

[213] Kindhäuser pyrkii konstruoimaan oikeushyvien turvallisuudesta abstraktien vaarantamisrikosten linkin oikeushyvien suojeluun. Ks. *Kindhäuser* 1989, 277–287. Turvallisuudessa on erityisesti kysymys turvallisuudesta suhteessa heteronomisiin, s.o. oikeushyvää »ulkopuolelta» uhkaaviin vahinkoihin. Oikeushyvät taas ovat henkilön kannalta tärkeitä hyviä, henkilön itsetoteutuksen reunaehtoja. Abstrakti vaarantaminen loukkaa sitä turvallisuutta, joka on tarpeen rationaalisen oikeushyvistä päättämisen kannalta. Ks. *mt.*, 282.

sellä tasolla teko voi silti olla osoitettavissa sosiaalisesti vahingolliseksi. Yleistäminen on siirtymistä sosiaalisen toiminnan tasolle.

Vaarantamisvaatimusta on vaikea lainopillisesti täsmentää loppuun saakkaa. Tämä ei välttämättä ole erityinen ongelma. Jotta vaarantamisvaatimusta voidaan käyttää vahinko- tai vaaraseurauksen syyksilukemisessa arvion sääntönä, sen on oltavakin joustava. Legaliteettiperiaatteen edellyttämästä täsmällisyydestä on tingittävä, jotta vaarantamisesta saadaan rikosoikeudellisia periaatteita tyydyttävä arvion sääntö. Inhimillistä käyttäytymistä ei voitaisi tulkita ja arvioida jäykemmällä ja matemaattisemmalla syyksilukemisen mallilla. Vaarantamisratkaisussa joudutaan ottamaan kantaa siihen, missä määrin toimivilla henkilöillä oli tapahtumainkulku hallinnassaan, ja missä määrin heistä riippumattomat voimat tulivat ratkaisemaan tapahtumienkulun.

Abstraktin vaarantamisen analyysi voidaan siis tehdä kahdella tavalla. Joko niin, että abstraktion kautta edetään tekotyypin vaarallisuuden arviointiin, tai sitten suoritetaan konkreettisessa tapauksessa heti pelkkä seurauksen syntymisen todennäköisyyden arviointi. Lähtisin Fränden tavoin siitä, että jonkinlainen teon tyypittelevä tarkastelu voi olla tarpeen, jotta sen vaarallisuutta voidaan arvioida. Vaarantamisen arvioinnissa teon on ensin katsottava kuuluvan sellaiseen tekojen luokkaan, joka on vaarallinen. Vaarallisuus toisaalta on sitä, että tekoon liittyy ei-toivottujen seurausten mahdollisuuksia. Joskus tällainen arvio voidaan perustaa tilastotietoon, joskus taas vaarallisuutta perustellaan muulla tavoin mahdollisuuksilla, joita seurausten syntyyn on ollut. Vaarantamisarviot ovat argumentatiivisia, ja on omiaan vaaraa ja konkreettista vaaraa erottaa lähinnä se, että esitettävät kysymykset eroavat niissä toisistaan.

Jos on omiaan -vaaraa joudutaan arvioimaan suhteessa teon olosuhteisiin, merkitsee se tarkasteltavan teon konkretisoitumista. Konkretisoimisen aste voi vaihdella, sillä olosuhteita voidaan ottaa huomioon enemmän tai vähemmän, eikä teon ja sen olosuhteiden rajaa voi tarkkaan määritellä. Sellaista rikosta voi kutsua abstraktis-konkreettiseksi vaarantamisrikokseksi, jossa edellytetään abstraktia vaarallisuutta tarkasteltavaksi konkreettisen teon ominaisuutena. Presumoitu vaarallisuus taas lienee periaatteessa samaa abstraktia tekotyypin vaarallisuutta kuin on omiaan -vaarakin. Näin ollen tuomioistuimen tehtäväksi jää ennen muuta teon toteaminen tiettyyn luokkaan kuuluvaksi. Presumoidun vaaran kohdalla kyse on tekotyypistä, joka on sama kuin tunnusmerkistön teonkuvaus. Tuon luokan vaarallisuuden toteaminen taas edellyttää yleisen kokemustiedon soveltamista.

Entä edellyttääkö RL 6:1.1:n mukainen rikoksen vahingollisuuden ja vaarallisuuden arviointi teon »yksittäistapauksellista» arviointia vai viittaako ter-

mi »rikos» siinä rikostunnusmerkistössä kuvattuun tekotyyppiin? Rangaistuksen mittaamisessa voidaan aivan ilmeisesti kiinnittää huomiota tapauskohtaiseen vaarallisuuteen silloinkin, kun rangaistavuus on kiinnitetty yleistetympään vaarallisuus-arviointiin.[214] Mitattaessa rangaistusta rattijuopumuksesta ja erityisesti harkittaessa siitä mahdollisesti seuraavan vankeusrangaistuksen ehdollisuutta tai ehdottomuutta on KKO:n ratkaisukäytännössä otettu huomioon myös mm. teosta »yksittäistapauksellisestikin» aiheutunut vaara ja teon olosuhteet, kuten esim. ajomatkan pituus.[215] Vaarantaminen tulee siis arvioitavaksi myös rangaistuksen mittaamisen yhteydessä. Tästä syystä ei »työekonomisilla» seikoilla voida perustella sitä, että rikostunnusmerkistössä teonkuvauksen tulisi olla mahdollisimman tekninen ja helposti sovellettava. Syitä tähän kriminalisointitekniikan valintaan tulee etsiä muualta. Lainsäätäjän tietoisena tarkoituksena voi olla säätää rangaistusuhkan alaiseksi hyvin yleisellä tasolla kuvattu käyttäytyminen.

Rikosoikeudessa kausaalisuutta tai vaaraa tarkastellaan aina tekijän mahdollisen vastuun näkökulmasta. Tästä syystä vaarantamisarvioinneissa näkökulma on normatiivinen. Kaikki vaarantaminen ei ole kiellettyä, vaan vasta normi kvalifioi tietynlaiset vaarantamiset kielletyiksi. Kun rikosoikeudessa määritellään rangaistavan vaarantamisen alaa, tuo normatiivinen raja on hyvin tärkeä. Legaliteettiperiaatteen kannalta olisi ongelma, mikäli rikossäännöksessä ei olisi kuvattu tekoa muulla tavoin kuin vaarantamisena. Nykyisessä rikoslaissa tästä käy esimerkkinä lähinnä RL 21:13:n vaaran aiheuttaminen. Siinä teonkuvaus kuitenkin tietyllä tapaa täsmentyy siten, että vaarantamiselta edellytetään konkreettisuutta: tietyille yksilön oikeushyville on tullut aiheuttaa vakava konkreettinen vaara. Vakava vaara on kvalifioitua konkreettista vaaraa.

Avoin vaaran aiheuttamis -kriminalisointi olisi hyvin ongelmallinen, mikäli siinä edellytettäisiin vain abstraktia vaarantamista.[216] Käytännössä onkin niin, että milloin vaarantamistunnusmerkki on vain on omiaan -tasoinen,

---

[214] Samansuuntaisesti *Lappi-Seppälä* 1987, 333–335, 364–365. – Hän ei käsittele rangaistuksen mittaamista presumoidusti vaarallisesta rikoksesta, mutta pitää selvänä, että abstraktin vaarantamisrikoksen yhteydessä voidaan mittaamisessa kiinnittää huomiota konkreettisen vaaran aiheutumiseen (*mt.*, 335). Rangaistuksen mittaamisessa sinänsä ns. normaalirangaistusvyöhyke on ajateltu juuri tyyppitapauksia varten.

[215] Ks. törkeää rattijuopumusta ym. koskevia seuraavia ratkaisuja KKO 1981 II 174; KKO 1983 II 37; KKO 1984 II 72; KKO 1993: 72.

[216] Ja myös, mikäli suojattava oikeushyvä olisi muu kuin yksilön henki ja terveys. Ks. *Frände* 1994a, 15; *Meyer* 1992, 12–15.

teonkuvaus on muissa suhteissa sisällöllisempi. Tämä liittyy luonnollisesti vaarantamiskriminalisointien legitimoinnin yleisiin kysymyksiin. Lainsäätäjän tulisi toteuttaa mahdollisimman pitkälle legaliteettiperiaatteen täsmällisyysvaatimusta. Sisällöllisessä mielessä legaliteettiperiaate toteuttaa perusoikeuksien suojaa. Tästä syystä avoimet vaarantamistunnusmerkit vaativat täsmennyksekseen selkeän käyttäytymiskuvauksen, johon vaarantamisvaatimus tuo määrätynlaisen lisärajauksen. Vaarantamisrikosten legitimaatiota koskevaa kysymystä ei siten voi tarkastella täysin yleisellä tasolla, erityisistä rikostyypeistä erotettuna. Käyttäytymisnormin legitimointi on ikäänkuin oma kysymyksensä, josta vaarantamistunnusmerkin legitimointi muodostaa osan.

En voi tässä yhteydessä ryhtyä perusteellisemmin selvittämään sitä, mikä sitten käyttäytymisnormin ja vaarantamisvaatimuksen suhde tarkkaan ottaen on. Riittää, että muistetaan käyttäytymisnormienkin olevan usein täsmennettävissä juuri vaarantamista koskeviksi kielloiksi. Käyttäytymisnormilla kielletään määrätynlainen käyttäytyminen tai käsketään siihen. Normin ratio taas on suojata määrättyjä oikeushyviä. Käyttäytymisen luonnehtiminen kielletyksi vaarantamiseksi – eli tunnusmerkistönmukaisuuden täyttyminen – merkitsee käyttäytymisnormin soveltamisratkaisua. Soveltamisessa vaarantamisnäkökohta kytkeytyy voimakkaasti normin ratioon. Tästä syystä niitäkin normeja, joissa käyttäytymiskuvauksen ohella ei ole erillistä vaarantamisvaatimusta, on tulkittava vaarantamiskiellon näkökulmasta. Toisaalta taas kriminalisointiperiaatteet ja laintulkinnassa merkitystä saavat ihmisoikeus- ja perusoikeusnormit vaikuttavat siihen, mitä asioita pidetään vaarantamiskiellon vastapainona. Olisi tärkeää erityisesti vähäisten lainrikkomusten samoin kuin presumoidusti vaarallisten vaarantamisrikosten kohdalla aktivoida tämä vastapainona toimiva oikeuksiensuojanäkökohta, jonka arvo jää suoraan kriminalisoinnissa näkymättä. On kysyttävä, kuinka pitkälle menevä toimintavapauden rajoitus on oikeushyvän suojaamisen kannalta perusteltu.

Vaarantamisrikosten legitimoinnin kannalta on merkitystä sillä, miten laajalle ulottuvasta kiellosta normissa on kysymys. On syytä erottaa toisistaan myös käyttäytymisnormin legitimaatio ja sanktioinnin legitimaatio. Abstraktin vaarantamisen kielto on käyttäytymisen kieltona selvästi konkreettisen vaarantamisen kieltoa laajempi ja merkitsee vakavampaa puuttumista yksilön oikeusasemaan. Lainsäädännöllisessä mielessä konkreettisen vaarantamisen kielto on lievempi kuin käyttäytymisen yleiseen luonteeseen kiinnittyvä kielto. Valtiovalta voi luonnollisesti turvata oikeushyvien suojaa muutoinkin kuin rikosoikeudellisia normeja säätämällä. Rikosoikeudellisiin käyttäytymisnormeihin liittyy aina sellaisen moitittavuuden ilmaisu, että sanktioinnin laadusta riippumatta kiellolla puututaan jokaisen oikeusasemaan.

Saksalaisesta näkökulmasta voisi sanoa heidän jakonsa abstrakteihin ja konkreettisiin vaarantamisrikoksiin heijastelevan selvästi käsitystä, että abstraktissa vaarantamiskiellossa on kyse tietyn käyttäytymisen ehdottomasta kiellosta. Kansalaisen harkintaan ei jätetä lainkaan sitä, voiko hän mahdollisesti normiakin rikkoen välttää vaarantamisen ja siihen liitetyn vastuun. Tästä syystä abstraktin vaarantamisen kielto on selkeästi konkreettisen vaarantamisen kieltoa laajempi.[217] Kotimaisessa doktriinissa taas on omiaan -vaarantamisen kielto asettuu näiden kahden välimaastoon. Vasta presumoituun vaaraan liittyy vaarallisuusharkintojen siirtyminen kokonaan valtiovallan huoleksi, kun taas on omiaan -vaarassa vaaraa arvioidaan ainakin jossain määrin tapauskohtaisesti.

Edellä on lähdetty siitä, että rikostunnusmerkistön teonkuvausta vastaa sosiaalisella toiminnan tai käytännön tasolla tekotyyppi, joka olisi itse asiassa sama kuin normin merkityssisältö. Lainsäännösten tulkinnassa on kyse tekotyypin sisällön selvittämisestä. On syytä ottaa esille vielä kaksi kysymystä ennen kuin siirrytään tekotyypin yksityiskohtien käsittelyyn: 1) Mitä vaarantamisluokkia on olemassa ja miten ne erotetaan toisistaan?; 2) Avaako sanottu luokittelu laintulkinnan hallitsemattomasti mielivallalle?

Konkreettinen vaara edellyttää aina yksittäistapauksellista tarkastelua, vaarannetun kohteen olemassaoloa ja selvästi huomioonotettavaa mahdollisuutta seurauksen syntyyn. Konkreettinen vaara edellyttää vaaratilanteen käsilläoloa. Sama teko, joka on abstraktisti kokemuksen mukaan vaarallinen, voi johtaa konkreettisen vaaratilanteen tai jopa loukkauksen syntyyn. Vaarantamisluokitus kertoo tekoon liitetyistä kvalifikaatioista. Erottelu koskee tekojen vaikutusten eroa, joka näkyy tarkasteltaessa tilannetta (potentiaalisen) uhritahon suunnasta.

Abstrakti vaara on yleistetympi vaara, jossa vaarallisuustarkastelussa abstrahoidaan yksi tai useampia konkreettisen vaaran tunnusmerkeistä. Konkreettinen vaara muuttuu abstraktiksi, jos esimerkiksi vaaratilannetta ei ole käsillä vaarantamiskelpoisen kohteen puuttumisen vuoksi. Abstraktin vaaran piiriin kuuluu eri tavoin abstrahoitua vaarallisuutta. Voidaan puhua konkreettisen teon abstraktista vaarallisuudesta, mutta usein dekontekstualisointi viedään pidemmälle. Abstrakti vaara on on omiaan -vaarallisuutta, kun johonkin menettelyyn liittyy kokemustiedon valossa huomioon otettavia mahdollisuuksia konkreettisen vaaran tai vahingon syntyyn. Oletettavasti vaaran »intensiteetti» voi olla abstraktissa vaarassa vähäisempi kuin konkreettises-

[217] Ks. yleisesti *Lagodny* 1996, 184–187, 191–198.

sa. Vaikka mitään tarkkoja rajoja ei voi esittää, sellaista rikosta voisi kutsua abstraktis-konkreetista vaaraa edellyttäväksi, jossa arvioitava teko konkretisoidaan tarkaan ja suhteutetaan olosuhteisiinsa. Sinänsä silloinkin vaara on oikeastaan abstraktia, kun taas itse teko konkreettinen. Vaikka teon olosuhteet eivät ole sen tarkkarajaisemmat kuin teko itsekään, vaatimus olosuhteiden huomioon ottamisesta sitoo teon arviointia kuitenkin kontekstiin.

Laajimmillaan abstrakti vaarantaminen tarkoittaa tekotyyppiä, jossa mitään vaarallisuus- tai seurauksen aiheutumisen tarkastelua ei enää tarvita. Kyse on toiminta- tai (varsinaisesta) laiminlyöntirikoksesta. Tekijä rikkoo käyttäytymisnormia vastaan. Kokemustiedon varainen vaarallisuus ja haitallisuus on jäänyt pelkästään lainkohdan ratioksi. Sellainen abstrakti vaarantaminen, jossa tunnusmerkistöön ei ole lainkaan kirjattu vaarantamisvaatimusta, on presumoitua vaaraa. Presumoitu vaara on siten abstraktin vaaran äärimmäinen muoto. Vaarantamisvaatimuksen sisältö ei ole tarkkaan määritettävissä ilman, että eri rikostyyppejä tarkastellaan erikseen. Kuten edellä mainittiin, esimerkiksi kaikkia sakonuhkaisia lainrikkomuksia ei ole tarpeen kutsua presumoidulle vaaralle rakentuviksi. On politiaoikeudellinen kysymys, miten yleensäkin vähäisiä lainrikkomuksia koskevat normit legitimoidaan ja mikä on niiden tarkoitusperä. Käyttäytymisrajoituksina niiden legitimaatiotarve on hyvin suuri.

Onko sitten tällainen vaarantamissystematiikka hallitulla tavalla sovellettavissa? CLS-liikkeen piirissä on väitetty tekojen ja niiden ympäristöjen oikeudellisen käsittelyn jättävän ratkaisutoimintaan pelivaraa. Tämä oikeuttaisi väitteen lainsoveltamista edeltävistä *tilanteenmäärittelyyn* liittyvistä valinnoista, jotka jäävät oikeudellisen analyysin tavoittamattomiin tulkintakäytäntöjen piilevinä oletuksina. Tulkinnallisilla konstruktioilla määritellään, mikä milloinkin on lainsoveltamisen kannalta relevantti tosiseikka. Lainsoveltamisen tekniikka olisi kykyä operoida siten, että todellisuus määritellään tavalla, josta voidaan edetä helposti lainsoveltamiseen.[218]

Tärkeäksi tällainen kritiikki tulee siitä syystä, että selvästikin tekojen vaarallisuusarvioinnissa kontekstuaalisuus/dekontekstuaalisuus liittyy tilanteenmäärittelyn tapaan. Esimerkiksi liikenteen vaarantamisessa voidaan tarkastelu suorittaa joko hyvin pistemäisesti katsoen aivan yhtä hetkellistä tilannetta tai vastaavasti esimerkiksi ajoa tai ajotapaa yleisemmin. Tällainen »time framing» -problematiikka on tuttua esimerkiksi liikennerikosoikeudessa. Mainittakoon piittaamattomuutta koskeva ratkaisu KKO 1993:41.[219] KKO

[218] Ks. yleisesti *Kelman* 1981, 591–593.

[219] Ks. tapauksesta myös *Frände* 1994b.

päätyi pitämään peräänajon aiheuttaneen A:n tarkkaamattomuutta vain hetkellisenä laiminlyöntinä katsoen, että »ei ole perusteltua päätellä, että kyse olisi muusta...». Oli selvää, että laiminlyönti on tapahtunut, mutta sen merkitys määritettiin sijoittamalla se laajempaan tilannekokonaisuuteen. Kun laiminlyöntiä tarkasteltiin osana A:n laajemmin ymmärrettyä liikennekäyttäytymistä, se näyttäytyi hetkellisenä poikkeuksena muuten huolellisessa ajossa.

Vaikuttaakin siltä, että erityisesti piittaamattomuuden arvioinnissa tahdotaan irrottautua tiukimmasta tekokeskeisyydestä ja ottaa huomioon tekijän asennoituminen yleisemmin. Yksittäistä liikennevirhettä verrataan tekijän laajempaan liikennekäyttäytymiseen, ja selvitetään, ilmensikö tuo virhe tekijän yleistä asennoitumista. Huolimattomuuden törkeyttä arvioitaessa vastaavaan voitaisiin tyypillisesti päästä kokonaisarvostelun kautta. Yleisissä opeissa kokonaisarvostelut ovatkin yksi keino avata kapeinta ja pistemäisintä teonkäsitystä laajempaan toimintayhteyteen ja ikäänkuin sosiaalisemman teonkäsityksen suuntaan. Esimerkiksi oikeuttamis- ja anteeksiantoperusteiden osalta tällainen tekojen relevanttien ominaisuuksien täsmentäminen voi herkästikin vaikuttaa siihen, mihin arvioinnissa päädytään. Moraalifilosofiselta kannalta kyse on siitä, minkä tyyppistä moraalifilosofiaa rikosoikeudessa halutaan soveltaa. Time framing -kysymykset asettuvat eri tavalla, jos tahdotaan tukeutua tiukkaan »teoneettiseen» tarkasteluun sen sijaan, että hyväksyttäisiin esimerkiksi väljempi »asennoitumiseettinen» lähtökohta.[220]

Vaarantaminen muodostaa usein sellaisen teon ulkoisen luonnehdinnan, joka mahdollistaa eräällä tavoin teonetiikan ja asennoitumisetiikan yhdistämisen. Vaarantaminen tarjoaa sellaisen referenssin, jonka ytimenä on teoneettisesti analysoitava reaalinen toiminta, mutta jossa kapeaa teon määrittelyä voidaan avata oikeudellis-sosiaalisen merkitystulkinnan suuntaan niin, että asennoitumiseettiset näkökohdat voivat saada painoa. Vaarantamisessa teko voidaan sosiaalistaa tavalla, joka ei ole mahdollinen analysoitaessa jokainen hetkellinen ruumiinliike erikseen. Nyt eri toimet vaikuttavat toistensa merkitykseen. Jos mainitussa oikeustapauksessa kuljettaja olisi monessa muus-

[220] Ks. tästä valinnasta esim. *Jareborg* 1992, 49–51, 119–120. Jareborg pitää tiukkaa tekokeskeisyyttä rikosoikeuteen paremmin sopivana, kun taas asennoitumisetiikka sopisi paremmin yksilömoraalin alueelle. Kelman taas väittäisi, että Jareborg valitsee yhden metodin, yhden tekniikan tehdä tulkintakonstruktiot. *Kelman* 1981, 594. Jareborgia vastaan voidaan esittää, että yleiset opit nykyisellään joka tapauksessa vievät lainkäyttäjän harkintoja siihen suuntaan, että tekijän asennoitumiseen liittyviä piirteitä on vaikea kokonaan sivuuttaa. Esimerkkinä olkoon piittaamattomuuden käsite. Voiko RL 6:2 4)-kohdan piittaamattomuus-tunnusmerkkiä tulkita muutoin kuin tästä lähtökohdasta?

sakin suhteessa kuljettanut ajoneuvoaan varomattomasti, onnettomuuteen johtaneen laiminlyönnin merkitys olisi voitu määrittää toisella tavalla.[221] Tällainen kokonaisarvosteluajatus on ollut esillä liikennerikosuudistuksen yhteydessä. Liikenneturvallisuuden vaarantamisen törkeydellä tarkoitetaan eräällä tavoin juuri menettelyn kokonaismerkitystä vaarantamisen kannalta.[222] Harkinnan joustavuuden ei siis tarvitse tulkita merkitsevän niinkään sitä, että lopputulosta voidaan mielivaltaisesti manipuloida. Sanotunlainen kokonaisharkinta itse asiassa merkitsee sitä, että tietyn menettelyn oikeudellinen merkitys määritetään laajemmassa oikeudellis-sosiaalisessa asiayhteydessään. Voikin olla, että sosiaalisen toiminnan teorian korostaminen samalla merkitsee siirtymistä kapeasta teonetiikasta kohti asennoitumisetiikkaa. Oikeampaa lienee silti sanoa, että vaarantamislainopin tulee kuitenkin pitää kiinni siitä, että ulkoisen teon vaatimus säilyy vastuuta rajaavana. Siinä mielessä teonetiikka ja asennoitumisetiikka eivät ehkä olekaan vastakohdat, vaan hyväksyttävän asennoitumisetiikan on rajauduttava tiettyjen menettelyiden arviointiin. Teon sijasta voisi usein puhua toiminnasta, ja sitä vastaten toimintaetiikasta.

Kotimaisessa oikeudessa on omiaan -vaarantamisen sijoittuminen yleisen käyttäytymiskiellon ja konkreettisen vaarantamiskiellon välimaastoon mahdollistaa vaarantamistilanteiden joustavan arvioinnin ja tarpeellisen kontekstualisoinnin. Vaarantamisharkinnat voivat olla eräällä tavalla kokonaisarviointiin perustuvia. Toisaalta tämän voi tulkita myös toisin: suomalaisessa lainopissa ja oikeuskäytännössä on omiaan -vaarantamisen vaatimus ei ole abstrahoitunut vielä kovin pitkälle, vaan sitä ajatellaan usein vain tietyissä suhteissa abstrahoituna konkreettisena vaarana. Abstraktin vaaran voi erottaa konkreetista esimerkiksi se, että vaarantamisen kohteen ei tarvitse olla juuri sillä hetkellä olemassa. Voidaan tyytyä väljempiin olemassaolo-oletuksiin.

Normin ja todellisuuden suhde jää täsmennettäväksi osin vasta lainkäyttäjän ratkaisuissa. Lainsäätäjä voi kuitenkin suunnata tarkastelua valitsemalla tietyn kriminalisointitekniikan ja sen mukaiset sanavalinnat. Presumoidun vaaran mukainen tekniikka oikeuttaa selvästi lainsoveltamisessa pisimmälle menevän dekontekstualisoinnin, kun taas on omiaan -vaaran kytkeminen teon olosuhteisiin jossain määrin edellyttää teon kontekstualisointia. Lainsäätäjä voisi lisäksi muutoinkin selittää lain esitöissä sitä, minkätyyppisestä abst-

[221] Asialla on yhteytensä englantilaiseen keskusteluun »recklessness»-käsitteen sisällöstä ja tulkinnasta. Ks. *Ashworth* 1995, 179–183.

[222] Ks. *HE* 32/1997 vp., 18.

raktiosta on kyse presumoidun tai on omiaan -vaaran ollessa kyseessä. Presumtion vahvuus jää muutoin tapauskohtaisesti harkittavaksi.

Abstrahoinnin suhde tarkasteltavan teon ajalliseen rajaukseen ei kuitenkaan ole aivan yksiselitteinen. Esimerkiksi tavallinen rattijuopumus täyttyy Suomessa omaksutun tulkinnan mukaan »pistemäisesti» heti, kun joku edellytykset täyttävä tavataan liikenteestä. Törkeän rattijuopumuksen tunnusmerkistössä lisävaatimus »ja olosuhteet ovat sellaiset, että rikos on omiaan vaarantamaan toisten turvallisuutta» (RL 23:2; 655/94) laajentavat vaarallisuustarkastelun koskemaan myös kyseisen teon olosuhteita. Suomessa kuitenkin rattijuopumuksen törkeäksi kvalifioinnissa huomioon otettavat kriteerit perustuvat keskeisesti promillerajatekniikalle. Siten on käytännössä irtaannuttu sellaisesta törkeysarvostelusta, jossa rattijuopumusta tarkasteltaisiin yhteydessä liikenteen vaarantamiseen.[223] Kuten edellä mainittiin, törkeää rattijuopumusta koskevaa säännöstä ei yleensä ole muualla kirjoitettu näin itsenäiseksi ja tiukasti promillerajakriteeriin sidotuksi.

Suomessa törkeän rattijuopumuksen promilleraja kontrolloi varsin mekaanisesti törkeysharkintaa, koska – RL 23:2.1 2)-kohdan mukaista tilannetta lukuunottamatta – promillekriteerin täyttymistä edellytetään. Ero Ruotsiin ja Tanskaan nähden tulee siitä, että näissä maissa rattijuopumuksen voi tehdä törkeäksi myös siihen liittyvä liikenteen vaarantaminen. Periaatteessa törkeän rattijuopumuksen vaarantamistunnusmerkki on melko lähellä törkeän liikenteen vaarantamisen – ja tavallisen liikenteen vaarantamisenkin – teonkuvauksessa olevaa, joten lainkonkurrenssitilanne voisi ainakin joskus olla käsillä.[224]

2.3.9 Teonkuvaus ja teon tyypittely

Rikostunnusmerkistö käsittää yleisen tason teonkuvauksen, jonka alle sopii lukuisia erisisältöisiä teonkuvauksia, joita voi kutsua tekotyypeiksi. Nykyisessä rattijuopumusrikoksessa tekotyyppi määrittyy paitsi tietynlaisen ajoneuvon kuljettamisen myös alkoholin nauttimisen määrän perusteella. Kriteereistä edellinen lähinnä joko täyttyy tai ei, kun taas verestä tai hengitysilmasta mitattu alkoholimäärä vaihtelee laajalla asteikolla. Tunnusmerkistö,

[223] Ks. kuitenkin KKO 1995:27: »Vastaaja, jonka veren alkoholipitoisuus ajon jälkeen oli 1,57 promillea, oli kuljettanut autoa lyhyen matkan ajoneuvoliikenteeltä suljettuna olleessa pysäköintihallissa. Rattijuopumusta ei pidetty törkeänä.»

[224] Ratkaisussa KKO 1989:15 vastaaja oli tuomittu alemmissa oikeusasteissa liikenteen vaarantamisesta. KKO tuomitsi A:n sen sijaan törkeästä rattijuopumuksesta.

jossa ratkaisevana soveltamiskriteerinä on numeerinen arvo, on suhteellisen mekaanisesti sovellettavissa. Tulkinnanvaraisuus liittyy erityisesti ns. takaisinlaskentaan, jota voi pitää näyttöä koskevana kysymyksenä.[225] Oikeuskysymyksen osalta tulkinnanvaraa jää vähän. Promilleraja on käsitteellisesti abstrakti ja vailla erityistä tulkintaa vaativaa merkityssisältöä.[226] Seuraavassa pohditaan hieman sitä, mitä muita mahdollisuuksia rattijuopumussääntelyn toteuttamiseen olisi. Mitä tapahtuisi, jos esimerkiksi rattijuopumuksen perussäännöksessä olisi on omiaan -vaarantamista koskeva lauseke?

Jotta rangaistavuus kannattaa kytkeä promillemäärään, on oletettava, että vaarallisuus puolestaan kytkeytyy nimenomaan promillemäärään ja vaihtelee sen mukaan. Promillemäärää vastaisi jokin teon vaarallisuus ja promillemäärän kohotessa myös vaarallisuus lisääntyisi. Tutkimustieto antaakin tukea käsitykselle, että promillemäärä on yleisellä tasolla kytkettävissä onnettomuusriskin muutoksiin. Tekojen abstrakti vaarallisuus olisi määritettävissä promillemääriä ja hengitysilman alkoholimilligrammoja osoittavalta asteikolta. Asteikon alapäässä tilastollinen vaarallisuus on vähäisintä, yläpäässä suurinta. Asteikkoa vastaisi tekotyyppien asteikko.

Puhe tekotyypeistä ei tuo kuitenkaan asiaan mitään lisää silloin, kun teon vaarallisuutta arvioidaan vain yhdellä kriteerillä. Tältä kannalta ei olisi suurtakaan merkitystä sillä, kirjoitetaanko on omiaan -vaatimus tunnusmerkistöön vai ei. Jotta vaarallisuusarviointi voisi saada konkreettisempia piirteitä ja jotta tuomioistuimen suorittama vaarallisuuden arviointi voisi *erota* siitä harkinnasta, jonka lainsäätäjä jo kerran on yleisellä tasolla suorittanut, täytyisi saada lisää tyypittelykriteereitä mukaan. Periaatteessa tyypittely voitaisiin tietysti suorittaa myös niin, että jos erilaisten tekijöiden kohdalla tietyn promillemäärän vaikutus heidän ajosuoritukseensa on erilainen, vaarallisuutta arvioitaisiin tapauskohtaisesti, monet promillemäärän ajokykyyn kytkevät tekijät huomioon ottaen (tekijän tottumus alkoholinkäyttöön, nouseva/laskeva promillemäärä, ym.). Esimerkiksi ajoneuvon ja tien laatu tai kuljetettu tai

---

[225] Ratkaisussa KKO 1985 II 143 takaisinlaskennalla määrättyä veren alkoholipitoisuutta ei yksinään pidetty rajatapauksessa riittävänä näyttönä ajon aikaisesta tai sen jälkeisestä promillerajan ylittymisestä.

Ks. myös Turun HO D:R-92/1615, A:14.9.1993. Siinä syytetty A oli ilmoittanut nauttineensa alkoholia juuri ennen ajoon lähtöä, ja väitti, ettei se ollut ajon aikana ehtinyt imeytyä hänen vereensä. Hovioikeus kuitenkin tuomitsi A:n rattijuopumuksesta, koska hänen verensä alkoholipitoisuus oli noin tunti ajon jälkeen ollut 0,51 promillea.

[226] *Hassemerin* (1968) ja *Kaufmannin* (1982) mukaan oikeudelliset käsitteet ovat yleensä analogisia, ja sen vuoksi myös tulkinnanvaraisia. Toisaalta niillä on myös kytkentä todellisuuteen.

kuljetettavaksi aiottu matka voisivat olla muita kriteereitä, joista teon vaarallisuus olisi riippuvainen. Tällaisiin viitataan nykysääntelyissä, kun on omiaan -vaarantamisvaatimus usein säädetään arvioitavaksi suhteessa vallinneisiin olosuhteisiin. Näin on asianlaita törkeässä rattijuopumuksessa (23:2).

Toisena suuntana voisi olla tekijän erityisiin kykyihin ja taitoihin perustuva tyypittely. Alkoholinkäyttöön tottunut ja hyvin alkoholia kestävä henkilö ehkä ajaa turvallisemmin alkoholin vaikutuksen alaisena kuin siihen tottumaton henkilö, vanhempi ja kokeneempi ehkä turvallisemmin kuin muutenkin kokematon kuljettaja, jne. Tämäntyyppinen vaarallisuusarviointien eriyttäminen olisi teoriassa mahdollista, mutta se olisi toisaalta vaarassa hajottaa tyypit liian moniin. Tapausten erilaisuus korostuisi jo liikaakin, eikä ehkä riittävää tietoa tällaisten seikkojen vaikutuksista yksittäistapauksissa olisi saatavilla. Ajokuntoisuuden tarkempi selvittely on työlästä ja kallista. Historiallisesti kehitys on vienyt kohti yleisempiä vaarallisuusluokituksia. Vuoden 1957 TLL:n mukainen rattijuopumus edellytti juopumuksen tai sen toteamista, että kuljettaja oli alkoholin vaikutuksen alaisena. Törkeästä tekomuodosta ei ollut erikseen säädetty. Lieventävien asianhaarojen vallitessa tehdystä teosta oli seuraamuksena sakkorangaistus.[227]

Myös hyväksyttävyyskysymykset saattaisivat nousta esiin. Yksilöllistävät kriteerit suosisivat »tottuneesti humalassa ajavia» henkilöitä muihin nähden. Yleistämällä tarkastelua todellisuudessa yleistetään myös tärkeää hallittavuuden ja tilannekontrollin ajatusta. Kyse ei enää olekaan siitä, kykenikö tietty henkilö A hallitsemaan ajoneuvonsa ajonopeudella X tai veren alkoholipitoisuuden ollessa Y, vaan tarkasteltavana ovat »standardihenkilön ominaisuudet», menettelyn hallittavuus yleisellä tasolla. Konkreettinen vaara voisi erota on omiaan -vaarasta myös tässä suhteessa: konkreettisessa vaarassa konkreettisen tekijän kyvyt ja taidot täytyy ottaa lukuun, niitä ei saa abstrahoida!

Toinen vaihtoehto olisi sanoa, että on omiaan -vaaraakin on kahdenlaista. Toisessa tekoa tarkastellaan sen jonkinlaisen tilastollisen keskimääräisvaarallisuuden mukaan, toisessa taas promillemäärän ja ajokyvyn yhteyttä selvitetään yksilöllisesti. Edellisessä promilleraja-ajattelun ymmärretään lähtevän keskimääräisvaaratilanteiden säätelystä.[228] Jälkimmäisessä taas promil-

[227] TLL (143/57) 8.1. Vastaava säännös oli otettu jo lakiin moottoriajoneuvoliikenteestä (156/26) lainmuutoksella 364/50. Säännöksessä tehtiin mahdolliseksi myös rangaistuksen korottaminen, jos teosta aiheutui huolimattomuudesta tai varomattomuudesta toiselle kuolema tai vaikea ruumiinvamma.

[228] *Takala* 1972, 7.

lemäärä olisi vain indisio ajokyvyn mahdollisesta heikkenemisestä, mutta sitä ei samastettasi suoraan vaarantamiseen. Voidaan kuvitella muitakin yhdistelmiä. Vaikka promillemäärän vaikutusta ajokykyyn ajateltaisiin siten kuin se vaikuttaa »keskimääräisihmisen» ajokykyyn, teon vaarallisuutta arvioitaessa voidaan ottaa tämän ohella lukuun konkreettisen tapauksen olosuhteita. Jos alkoholiin hyvin tottunut maanviljelijä ajaa »laskuhumalassa» traktorilla pellollaan tai peltotiellä promillemäärän ollessa 0,7, hänen kykynsä ajoneuvon tuollaiseen turvalliseen kuljettamiseen välttämättä ei ehkä ole merkittävästi heikentynyt. Kuitenkin »nousuhumalassa» olevan alkoholiin tottumattoman kuljettajan tuollaiseen ajoon voi jo liittyä merkittävästi kohonneita riskejä – tai liittyisi jos teko tapahtuisi vilkkaasti liikennöidyllä väylällä. Abstraktio voidaan tehdä usealla tavalla. Voidaan kysyä, liittyisikö »keskimääräiskuljettajan» ajoon noissa olosuhteissa vaaroja? Mutta voidaan myös kysyä, liittyykö keskimääräisihmisen keskimääräisliikenteessä liikkumiseen kohonneita riskejä? Periaatteessa teon olosuhteet voitaisiin ottaa huomioon, vaikka lainsäätäjä kytkee rangaistavuuden yksinomaan promillemäärän ylittymiseen.

Koska vain promillerajan täyttyminen on tunnusmerkistötekijä, ei teon tunnusmerkistönmukaisuuden kannalta merkitystä ole sillä, kuinka paljon raja ylittyy. Tarkka promillemäärä samoin kuin muutkin yksityiskohdat ja olosuhteet tulevat otettaviksi huomioon etupäässä rangaistuksen mittaamisessa. Näin toteutettu rattijuopumuskriminalisointi kattaa koko joukon toisiinsa nähden vaarallisuudeltaan ja moitittavuudeltaan erilaisia tekoja, mikä on suorastaan sääntelyn tarkoituksena.

Tavallisen rattijuopumuksen kriminalisoinnin toteuttamistapa estää tehokkaasti sen, ettei tekotavan yksittäistapauksellinen vaarattomuus vaikuta sinänsä teon syyksilukemiseen, vaan tuo vaarattomuus tulee otettavaksi ratkaisussa muilla tavoin huomioon. Rattijuopumussääntelyn tavoite ei kuitenkaan välttämättä edellytä teon ehdotonta rangaistavuutta. On jossain määrin epäselvää, onko rattijuopumusta pidettävä sellaisena vahvasti presumoituna vaarantamiskriminalisointina, jossa lainsäätäjä on halunnut eliminoida kokonaan rangaistavuuden poikkeukset. Viime kädessä kysymys siitä, onko tätä kautta päästävissä supistavaan tulkintaan, ratkeaa lain tavoitteiden perusteella.[229] Lagodny on katsonut, että Saksassa tällainen supistava tulkinta ei olisi

[229] Jos ajatellaan jotakin aivan vaaratonta mopon kokeilua tyhjällä yksityispihalla, joudutaan rangaistavuutta perustelemaan ennemminkin pedagogisilla kuin suoraan liikenneturvallisuuteen palautettavissa olevilla argumenteilla. Suomessa lainsäätäjä ei ole erityisesti korostanut pedagogisia rattijuopumusrangaistusten tehtäviä. Ruotsissa sen sijaan on

lainkaan sallittua. Hänen mukaansa kyse on viime kädessä vallanjako-opista. Tuomioistuimen valtuuksiin ei kuuluisi tulkita rikossäännösten tarkoituksia siten, että vaarantamisrikos samalla muuntuu esimerkiksi abstraktia vaaraa edellyttävästä konkreettista vaaraa edellyttäväksi.[230]

On sinänsä tärkeää luoda sellainen vaarantamisrikossystematiikka, jossa vaarantamisen lajit voidaan tyylikkäästi erottaa. Silloin myös lainsäätäjä voi tietoisesti valita juuri tarkoituksiinsa sopivan kriminalisointitekniikan. Itse lähtisin siitä, että normin tarkoituksella on aina merkitystä lainsoveltamisessa. Ei ole täysin varmaa, että edes presumoidulle vaaralle rakentuvissa kriminalisoinneissa lainsäätäjä olisi täydellisesti etukäteen harkinnut kaikkia soveltamistilanteita normia antaessaan. Normin tarkoituksen tulkintaa ohjaava vaikutus, josta edellä saatiin esimerkkejä teon huolimattomuutta koskevan opin yhteydessä, ulottuu myös vaarantamiskriminalisointeihin. Juuri normin tarkoitukseen palautuvalla teleologisella tulkinnalla voidaan varmistaa se, että soveltamisratkaisut ovat mielekkäitä oikeusjärjestyksen kannalta yleisemmässäkin mielessä. Supistavan tulkinnan täytyy olla sallittua silloin, kun normin tarkoitus sitä edellyttää. Presumoidulle vaaralle rakentuvissa rikoksissa tämä mahdollisuus toki lienee varsin harvinainen ja poikkeuksellinen.

Tavallisessa rattijuopumuksessa tapauskohtaiset lieventävät seikat tulevat rangaistuksen mittaamisen ohella otettavaksi huomioon esimerkiksi pakkotila- ja anteeksiantoperusteiden kautta, mikä mahdollisuus on luonnollisesti myös törkeässä rattijuopumuksessa. Helsingin HO:ssa käsitellyssä jutussa törkeästä rattijuopumuksesta ym. tuomitun kyydissä matkustajana ollut ajokortiton A oli itsekin päihtyneenä joutunut puuttumaan auton kuljettamiseen estääkseen auton suistumisen tieltä ja törmäämisen betoniesteeseen. A tuomittiin oikeudenvastaisesta pakkotilateosta vähennettyyn rangaistukseen.[231]

Kyseinen tapaus on kiinnostava useammaltakin kannalta. Ensinnäkin siinä paljastuu tietty jännite rattijuopumuskriminalisoinnin ja teon huolimattomuutta koskevan opin välillä. Mainitussa tilanteessa puuttuminen ajoneuvon kuljettamiseen – kahteenkin kertaan – on saattanut olla selvästi vaaraa vähentävää eikä sitä lisäävää. Tällaista menettelyä ei olisi välttämätöntä tulkita kielletyksi riskinotoksi, eikä siihen varsinkaan voitaisi perustaa etäisempien seu-

---

pedagogisilla perusteilla puolustettu täysraittiutta edellyttävää promillerajaa, mutta esitöissä on nimenomaisesti torjuttu se kanta, että rattijuopumuskriminalisoinnin peruste saisi olla muu kuin liikenneturvallisuusintressien välitön palveleminen. Ks. tästä *JuU2* 1989/90, 11–19.

[230] *Lagodny* 1996, 480–482.

[231] Helsingin HO 1992:4; D:R90/2712, a: 28.1.1992.

rausten syyksilukemista. Toisaalta »varsinainen» kuljettaja, törkeästä rattijuopumuksesta ym. tuomittu B, ei toiminut sallitun riskinoton puitteissa. Hovioikeuden kanta merkitsee kuitenkin sitä, että A:n osalta katsottiin abstraktin vaarantamisen täyttyvän. Tämä kanta on sinänsä puolustettavissa ehkä juuri sillä perusteella, että A:n korkea promillemäärä huomioon ottaen hänkään ei ole voinut kuljettaa ajoneuvoa turvallisesti edes näitä hetkiä, vaikka tässä tilanteessa tosiasiassa toisen aikaansaamaa vaaraa näin vähennettiin.

Toiseksi hovioikeus perusteli pakkotilatekojen rangaistavuutta sillä, että A oli ennen ajoon lähtöä tiennyt B:n nauttiman alkoholin määrä ja tämän tilan. Siten hän oli voinut matkustajaksi lähtiessään ennakoida vaaratilanteita mahdollisesti syntyvän. A on siis osaksi omasta syystään joutunut siihen tilanteeseen, josta hän on pyrkinyt pelastautumaan, vaikkakaan hän ei muodollisesti ole syyllistynyt lainvastaisuuteen lähtiessään rattijuopon kyytiin. Pakkotilaopeissa on vakiintuneesti otettu huomioon tekijän oma syyllisyys tilaan joutumiseen. Se ei kuitenkaan kokonaan poista oikeutta pakkotilatekoon. Hovioikeuden kanta ei olisi siten ainoa mahdollinen.[232]

Kun teon merkitys määritetään promillekriteerillä suhteutettuna teon olosuhteisiin, tarkastelu muuttuu kontekstuaalisemaksi ja konkreettisemmaksi. Tämä kysymys tulee esille törkeän rattijuopumuksen vaarantamisvaatimuksen tulkinnassa. Törkeässä rattijuopumuksessa edellytetään *olosuhteiden* olleen »sellaiset, että rikos on omiaan vaarantamaan toisten turvallisuutta». Tuomioistuimen ratkaisu saadaan vaarantamista koskevalta osaltaan eriytetyksi lainsäätäjän ratkaisusta. Lainsäätäjä on tässäkin osoittanut ne rajat, joissa tekotyypin konkretisointi saadaan suorittaa. On omiaan -vaarantamisen dogmiluonne häviää. Jos autoilija esimerkiksi ainoastaan siirtää autoaan pysäköintialueella rauhallisesti muutaman metrin vailla tarkoitusta lähteä kauemmaksi, näissä olosuhteissa ei voida katsoa tuon teon kuuluneen sellaisten tekojen luokkaan, jossa vaarallisuusvaatimus täyttyisi.[233]

Vaarantamisvaatimuksen selitetään lain esitöissä tarkoittavan yleistä, abstraktia vaaraa. Rattijuopumus ei olisi yleensä törkeä, jos ajoneuvoa kuljetetaan esimerkiksi maastossa tai syrjäteillä. Kulkuneuvon laatu ja ajonopeus tulisi ottaa huomioon, ja esimerkiksi mopolla ajaminen olisi arvosteltava eri tavalla kuin raskaan kuorma-autoyhdistelmän kuljettaminen. »Useimmiten kulkuneuvoa kuitenkin kuljetetaan olosuhteissa, joissa juopuneena ajaminen

---

[232] Ks. omasta syystä aiheutuneesta pakkotilasta esim. *Honkasalo* 1965, 173–174; *Kühl* 1994, § 8 Rn 142–146.

[233] Ks. jo mainittu KKO 1995:27.

on omiaan aiheuttamaan vaaraa toisille.»[234] Varsinaista kokonaisharkintalauseketta lainkohdassa ei ole. Vaarantamisvaatimuksen täyttymättä jäämisen vuoksi tekijä on joskus välttänyt vastuun törkeästä rattijuopumuksesta, vaikka promillekriteeri on täyttynyt.[235]

Vaarallisuutta arvioidaan tällöin siltä kannalta, millaisia vahinkoja esimerkiksi tietyssä kunnossa olevan autoilijan vähäisestä ajosta pysäköintialueella olisi voinut aiheutua. Jos vaarallisuutta arvioidaan pelkästään promillemäärän perusteella, vaarallisuutta nähtäneen useammassa tapauksessa kuin jos otetaan mukaan teon olosuhteet ja tilanteenhallinta. Lainkohta suorastaan velvoittaa tässä kontekstuaaliseen tarkasteluun. Jos siirtäminen on tapahtunut täysin hallitusti ja tavanomaisesti, ei vaarallisuutta voida osoittaa. Jos taas ajo on ollut jo epävarmaa, jonkinlaista vaaraakin on voinut aiheutua. Pysäköintialueella esimerkiksi voi liikkua ihmisiä, ja myös muut pysäköidyt ajoneuvot voivat vaurioitua. Jää tapauskohtaiseen harkintaan, täyttyykö vaarantamisvaatimus.

Abstraktin vaaran suhteuttaminen konkreettisiin teon olosuhteisiin konkretisoi vaarantamisarviota. Tällaista abstraktia vaaraa voisi kutsua abstraktis-konkreettiseksi. Samalla nousee kysymys, onko tällainen on omiaan -vaaran suhteuttaminen teon olosuhteisiin sallittua silloinkin, kun siitä ei ole erikseen lakitekstissä mainittu? Suomessa voitaneen lähteä siitä, ettei lainsäätäjä ole valinnut ilmaisutapojaan niin johdonmukaisesti, että poissulkemista voisi katsoa tarkoitetun. Suomessa pikemminkin katsottaneen, että on omiaan vaarantamaan -lausekkeen ottaminen tunnusmerkistöön velvoittaa tuomioistuimen harkitsemaan kysymystä siitä, kuuluuko tietty konkreettinen menettely lainkohdan alaan. Esimerkiksi jos tavallista rattijuopumusta koskevassa säännöksessä esiintyisi tuollainen on omiaan -kriteeri, olisi tuomioistuimen pohdittava tuota tekoa tyyppinä ja verrattava sitä lainsäätäjän kiellolla tarkoittamaan. Tuomioistuimet tuskin jättäisivät säännöstä soveltamatta *pelkästään* sillä perusteella, että promillemäärä olisi lähellä rangaistavan alarajaa.

---

[234] Ks. *HE* 110/1975 II vp., 15 lausuttua. – Esim. ratkaisussa Turun HO (D:1982-R-17-Pir-1, a: 16.12.1982) törkeästä rattijuopumuksesta tuomittiin moottoripolkupyörän kuljettaja, joka »ajoneuvon päällä istuen potkimalla antoi sille vauhtia» ja antoi ajoneuvon alamäessä rullata omalla painollaan. Mopon moottoria ei voinut sen epäkuntoisuuden vuoksi käynnistää.

[235] Oikeuskäytännöstä ks. esim. Kouvolan HO D:R78/905; a: 12.12.1978 (ajo pihamaalla 20 m; ei törkeä); Itä-Suomen HO, a: 9.12.1980 (ajo autokoulussa opettajan valvonnassa; ei törkeä); Vaasan HO, D:R1977/1868; a: 22.2.1980 (pakettiauton kuljettaminen 200 metriä kerrostalokorttelien ympäröimällä piha-alueella, 1,52 promillea; törkeä).

Liikenteen vaarantamista koskevissa kriminalisoinneissa tullaan vastaavaan ongelmaan. Esimerkiksi törkeän liikenteen vaarantamisen osalta asiaa pohdittiin aikanaan ennen TLL:n säätämistä, silloin kun teon törkeäksi kvalifioivista perusteista kaavailtiin lainkohtaan esimerkkiluetteloa. Lainopissa esitettiin kanta, jonka mukaan esimerkkiluettelossa mainitun liikennesäännön rikkominen ei sellaisenaan riittäisi säännöksen edellyttämän abstraktin vaaran toteutumiseen. Jos yksittäistapauksessa olosuhteet ovat olleet sellaiset, ettei säännön rikkomisesta huolimatta vakavaa vaaraa toisen hengelle tai terveydelle ole aiheutettu, säännöstä ei olisi tullut soveltaa. Ehdotetussa säännöksessä katsottiin lähdetyn säännön rikkomiseen liittyvästä abstraktin vaarantamisen kiellosta, mutta vastanäytöllä vaarantaminen olisi voitu poissulkea.[236] Tätä näkemystä kritisoitiin tuolloin siitä, että siinä tapauksessa säännös ei rakennukaan abstraktin vaaran periaatteelle.[237]

Samaa voisi kysyä myös nyt, kun vastaavaa esimerkkiluetteloa ollaan jälleen ottamassa liikenteen vaarantamisen törkeän tekomuodon kriminalisointiin (ehdotettu RL 23:2.1). Yhtenä ankaroittamisperusteena on huomattava suurimman enimmäisnopeuden ylitys. HE:n perusteluista saa kuvan, että pyrkimyksenä on laajentaa törkeän tekomuodon alaa suhteessa perustunnusmerkistöön. Nopeudenylityksen huomattavuutta ei kuitenkaan haluta määritellä kiinteänä lukuarvona, vaan harkinnassa tulee ottaa olosuhteet huomioon. »Arvioinnissa otetaan huomioon muut tapaukseen liittyvät tekijät, joiden yhteisvaikutuksesta vakava vaara toisten turvallisuudelle on omiaan aiheutumaan.»[238] Tällaista yhteisvaikutusta voi olla esimerkiksi ylinopeuden käyttäminen pitkällä ajomatkalla tai, kun siitä seuraa lukuisia ohituksia.[239]

Myös ohituskieltoa koskeva ankaroittamisperuste vaatii vastaavaa kontekstualisointia soveltamistilanteessa. Pelkkä ohituskiellon rikkominen ei riitä, vaan ohitukseen ryhtymisen tulee olla omiaan aiheuttamaan toisten turvallisuudelle vakavaa vaaraa.[240] Esitöissä lienee lähdetty siitä, että törkeän liikenneturvallisuuden vaarantamisen törkeysarvostelussa ratkaisevaa on kokonaisarvostelu, vaikka tätä koskevaa erillistä lauseketta ei ole sisällytetty säännösehdotukseen. Esimerkiksi useiden vakavien rikkomusten yhtäaikaisuus voi olla perusteena säännöksen soveltamiselle.[241]

---

[236] *Kantola* 1979, 20.
[237] *Lahti* 1979, 32.
[238] *HE* 32/1997 vp., 17.
[239] *HE* 32/1997 vp., 18.
[240] *HE* 32/1997 vp., 17.
[241] *HE* 32/1997 vp., 18.

Ehdotettu RL 23:2.1 on selvä esimerkki kontekstualisointia vaativasta abstraktin vaarantamisen kiellosta. Abstraktiksi tuollaisen on omiaan -kiellon tekee se, että tekoa tarkastellaan tietyssä määrin tyypillisiltä ominaisuuksiltaan. Konkreettisuutta ja tapauskohtaisuutta harkintaan tuo vaatimus olosuhteiden huomioonottamisesta. Vaikuttaa siltä, että esimerkkiluettelon säännöt eivät luo edes kovin vahvaa presumtiota kokonaistörkeyden täyttymisestä. Siinä tapauksessa, että ylinopeus on erityisen huomattava, se riittää sellaisenaan presumoimaan kokonaistörkeyden. Useimmissa käytännön soveltamistilanteissa on olosuhteista oltava selvitystä.

Liikennejuopumusrikosten yritystä ei ole säädetty rangaistavaksi. Vaikka näin olisikin, ei yritykselle jäisi kovin suuresti merkitystä, koska rikos täyttyy niin aikaisessa vaiheessa. Sellaisia tapauksia kuitenkin esiintyy, joissa ajoon lähtö on kuljettajasta riippumattomasta syystä epäonnistunut.[242] Rattijuopumuksen yritys voitaisiin periaatteessa säätää rangaistavaksi, jos perusteet katsotaan riittäviksi.

Rattijuopumuksen perussäännöksen teonkuvauksen jäykkyys on johtanut hyvin »kategoriseen» lainsoveltamiseen. RL:n rattijuopumussäännösten soveltamisalaa rajaa se, että kyse tulee olla *moottorikäyttöisen* ajoneuvon kuljettamisesta.[243] Ajoneuvon *kuljettamiseksi* puolestaan on katsottu jo se, että sivullinen on ajon aikana puuttunut auton hallintalaitteisiin.[244] Auton liikut-

---

[242] Ks. esim. Helsingin HO, D:R1983/349, A: 1.11.1984. Kyseisessä jutussa ajoon lähtö oli estynyt sen vuoksi, että auton pyörät olivat kaivautuneet hiekkaan.

[243] Moottoriajoneuvon käsite on määritelty AjoneuvoA:n 2 §:ssä (huom. myös AjoneuvoA 1 §:n 2)-kohta). Asetuksen 2 luvussa on myös muita moottorikäyttöisiä ajoneuvoja koskevia määritelmiä.

Itä-Suomen HO:n ratkaisussa I-SHO:1992:2; D:R90/1211; a: 10.3.1992 katsottiin, ettei akkukäyttöinen sähkömoottorilla toimiva nelipyöräinen pyörätuoli, jonka suurin nopeus eteenpäin oli 6 km/h ja taaksepäin 4 km/h, ollut rikoslain liikennejuopumussäännöksissä tarkoitettu moottorikäyttöinen ajoneuvo. – Jos ajoneuvoja koskevista säännöksistä olisi seurannut toisenlainen lopputulos, olisi koko rattijuopumuskriminalisointi joutunut outoon valoon. Perusoikeusrajoituksena on olennaisesti helpompi perustella rajoituksia alkoholinkäytölle, jos kyse kuitenkin on liikenteeseen osallistumisesta eikä esimerkiksi invalidille välttämättömästä liikkumisesta.

[244] KKO 1979 II 94; KKO 1989: 15. Edellisessä tapauksessa vastaaja oli sekä painanut autoa kuljettaneen B:n kaasupolkimella ollutta jalkaa että tarttunut ohjauspyörään ja ohjannut auton ajoradan vasemmalle puolelle. Jälkimmäisessä tapauksessa syyte ja tuomio koskivat törkeää rattijuopumusta; matkustaja oli vetänyt käsijarrun päälle auton ollessa liikkeessä, jolloin auton kuljettaja oli menettänyt osittain auton hallinnan. Ks. myös KKO 1995:122. Siinä kuljettamisena – tai kuljettamiseen osallistumisena – ei pidetty sitä, että juopunut matkustaja oli hihasta repimällä aiheuttanut sen, että kuljettaja oli hetkeksi

taminen vain muutamankin metrin on voinut johtaa rangaistukseen tuomitsemiseen.[245] Oikeuskäytännössä moottoriajoneuvon kuljettamiseksi on joskus katsottu myös sen liikuttaminen käynnistämättä moottoria.[246] Kuljettamisen käsitteen on katsottu laajentuneen lainsoveltamisessa siitä, mitä sillä yleiskielessä tarkoitetaan.[247] Lainsäätäjän tarkoitukseen vedoten rangaistavuutta voitaisiin rajata ainakin silloin, kun kuljetetaan moottoriajoneuvoa, jonka moottori on epäkuntoinen.[248]

Rattijuopumusrikoksissa lienee myös rangaistuksia mitattu varsin kaavamaisesti epävirallisten mittaamistaulukoiden pohjalta. Rangaistuksen mittaamisessa teon olosuhteet olisi tietysti jo mittaamisperiaatteidenkin mukaan viimeistään otettava huomioon. Vaarantamistunnusmerkin tulkinnan kautta tällaisia seikkoja on saatavissa jo osaksi itse rikoksen toteamista.[249]

---

menettänyt ajoneuvon hallinnan ja ajoneuvo oli kulkeutunut ajaradan reunaviivan yli. Matkustaja ei ollut koskenut suoraan ajoneuvon hallintalaitteisiin. Varsin muodollinen kriteeri, eli se että kuljettamisen tulee tapahtua hallintalaitteisiin puuttuen, on katsottu perustelluimmaksi, koska kuljettamiseen liittyy pidemmälle menevä kontrolli ajoneuvon kulkuun kuin mitä saavutetaan toisen kuljettamista estämällä ja häiritsemällä. Tarvittaessa häiritsemisestä voisikin olla oma kriminalisointinsa, tai se voisi olla yksi liikenteen vaarantamisen tekotavoista.

[245] Ellilä painotti erityisesti sitä, että vähäinenkin, aivan momentaaninen kuljettaminen on rangaistavaa. Perustelu tälle kannalle ei kuitenkaan vakuuta: »Vähäiseenkin kuljettamiseen liittyy näet jo sellaista vaaraa, jota ankaralla rattijuoppouslainsäädännöllä pyritään estämään.» *Ellilä* 1974, 114. Ruotsissa ajoneuvon kuljettaminen edellyttää sen saattamista liikkeeseen, mihin voi riittää jo puolen metrin matka. Ks. *Jareborg* 1987, 70–71.

[246] Varhemmasta käytännöstä ks. esim. KKO 1972 II 59 ja jo mainittu Turun HO, D:1982-R-17-Pir-1; a: 16.12.1982. Uudemmissa ratkaisuissa ajoneuvon työntämistä liikkeelle tai vierittämistä moottoria käynnistämättä ei ole yhtä usein pidetty kuljettamisena. Turun HO, D:R-90/831; a: 10.12.1990; Rovaniemen HO, D:R81/363, a: 3.9.1981. Jälkimmäisessä tapauksessa tosin auto oli lähtenyt vierimään taaksepäin kuljettajan sitä aikomatta, joten tahallisuus puuttui. Ks. myös *V. Lahti* 1993, 213–214.

[247] Ks. Varpu Lahden kriittisesti kommentoimaa oikeuskäytäntöä. *V. Lahti* 1993, 210–222.

[248] *V. Lahti* 1993, 215. Hänen mukaansa myös humalaisen tarttuessa rattiin tai muihin ajoneuvon hallintalaitteisiin olisi luontevampaa rankaista tekijää liikenteen vaarantamisesta kuin pitää häntä kuljettajana. *Mt.*, 219–220.

[249] Takalan mukaan se, että promilleraja-ajattelussa ei kiinnitetä huomiota yksilöllisiin suoritusvirhe-eroihin, ei kuitenkaan merkitse, että kaikki promillerajalle yltäneet kuljettajat olisi tuomittava. Tilannekohtaiset tekijät voidaan ottaa hänen mukaansa huomioon, jos se on liikenneturvallisuuden kannalta tarkoituksenmukaista ja kohtuussyistä perusteltua. *Takala* 1972, 7. Kyse on siis osaltaan ratio legikseen, osaltaan anteeksiantoperusteisiin palautuvista argumenteista.

Syyksilukemisen näkökulmasta voisikin sanoa, että modernissa rikosoikeudessa syyksilukemisen tulisi mielellään olla joko vaaran tai vahingon (loukkauksen) syyksilukemista. Pelkkää tiettyä käyttäytymistä sinänsä ei tulisi lähtökohtaisesti säätää rangaistavaksi. Tässä on presumoidulle vaaralle rakentuvien rikostunnusmerkistöjen ongelma. Vaarantamisen vuoksi kiellettyjen tekomuotojen piiriin saattaa tulla sellaisia tekoja, joiden erityistä vaarallisuutta on vaikea osoittaa. Jos näin käy, on luovuttu myös tiukasta yksilöllisen syyllisyyden periaatteesta.[250] Siihen voi toisaalta olla aihetta. Syyllisyysvaatimuksen luonne ja sisältö määritellään uudella tavalla. Syyllisyys onkin sosiaalista, kriminaalipoliittisesti perusteltavaa syyllisyyttä. Syyllisyys onkin sitä, että tekijä rikkoo normia, jonka noudattamisen tehokkuudesta liikenteen sääntelyn kokonaistulos on riippuvainen. Presumoidulle vaaralle rakentuva kriminalisonti voinee silti olla vain poikkeuksellisesti oikeutettavissa. Rattijuopumussääntely lienee tällainen poikkeus. Silloin täytyy olla kyse eräänlaisesta solidaarisuusvelvoitteelle perustuvasta käyttäytymisnormin legitimaatiosta sosiaalisesti hyödyllisenä instituutiona. Syyllisyys toisintoimismahdollisuutena on yleensä käsillä, koska sinänsä voitaneen edellyttää ihmisten luopuvan teoista, jotka lainsäätäjä on asettanut rangaistusuhkan alaiseksi. Syyksiluettavuus ei sinänsä tuota rattijuopumusrikoksissa erityisongelmia, sillä Suomessa syyksiluettavuuden asteena vaaditaan tahallisuutta.[251]

Promillerajatekniikkaa hyödyntävä kriminalisointi »syrjii» positiivisesti niitä, jotka sietävät huonosti alkoholia, mutta vastaavasti negatiivisesti niitä, jotka sietävät sitä hyvin. Yhteinen käyttäytymissääntö kummallekin ryhmälle voidaan legitimoida vain yhteistä hyvää palvelevana instituutiona. Lainsäätäjä on harkinnut, että tällainen kriminalisointitekniikka soveltuu liikenneturvallisuuden suojaksi.[252] Asiaa voidaan tarkastella siltäkin piirteeltään,

---

[250] Jacobsin mukaan kokonaisia henkilö-, toiminta- ja käyttäytymisluokkia koskevat sitovat presumtiot ovat yhteensopimattomia yksilöllistä syyllisyyttä korostavan rikosoikeuden kanssa. *Jacobs* 1989, 62–63. Toisaalta vahingollisuus ja vaarallisuus saadaan usein esille yleistämällä tarkastelutapaa. Ks. esim. von Hirschin huomautuksia abstraktista vaarasta ja etäisistä vahingoista, *von Hirsch* 1996, 263–265.

[251] Jacobsin mukaan USA:ssa tuomioistuimet mieltävät alkoholin vaikutuksen alaisena ajamisen ns. ankaran vastuun rikokseksi, vaikka kyse on hyvinkin ankarasti rangaistavasta teosta. Hyvin harvoin nousee lainkaan esille kysymys mens rea -vaatimuksen täyttymisestä, vaikka rangaistavuus on kytketty promillerajaan, jonka täyttyminen ei tavallisesti ole kuljettajien itsensä havaittavissa. *Jacobs* 1989, 73–76.

[252] Soveltuvuudesta käyttäytymisnormien legitimaation kannalta ks. *Lagodny* 1996, 164–178.

että rattijuopumuskriminalisoinnin merkitsemä vapauden rajoitus jää suhteellisen vähäiseksi suhteessa siihen kollektiiviseen hyötyyn, jonka kriminalisointi toteutuessaan lupaa. Tällainen institutionaalinen legimaatio jää kuitenkin siinä määrin heikoksi, että sen tulisi heijastua sanktionormin määrittelyyn.[253]

Törkeän rattijuopumuksen rikostunnusmerkistössä edellytetään moottoriajoneuvon kuljettamisen lisäksi, että verenalkoholipitoisuus on ollut 1,2 promillea tai kyky virheettömiin suorituksiin tuntuvasti huonontunut ja olosuhteet sellaiset, että rikos on omiaan vaarantamaan toisten turvallisuutta. Ero tätä ennen voimassa olleeseen (L 960/76) sääntelyyn on hyvin pieni, ja muutos koskee lähinnä promillerajaa. Voi kuitenkin kysyä, mitä promillerajavaatimuksen laskeminen 1,5 promillesta 1,2:een vaikutti vaarantamistunnusmerkin tulkintaan. Todennäköinen vastaus on, että se ei paljonkaan vaikuttanut siihen. Jo aikaisemman säännöksen tulkinnassa vaarantamisvaatimuksen merkitys oli rajattu koskemaan teon ulkonaisista olosuhteista lähinnä niitä tilanteita, joissa ajo oli tapahtunut muualla kuin varsinaisilla liikenneväylillä. Promillerajan aleneminen voisi vaikuttaa siten, että kun lievempiä päihtymyksen asteita tulee säännöksen soveltamisalan piiriin, vaarantamisvaatimuksen itsenäinen painoarvo kasvaa. Mitä alempana törkeän rattijuopumuksen promilleraja on, sitä enemmän vaarantamisvaatimus alkaa kontrolloida lainsoveltamista.

2.3.10 Rattijuopumuksen suhde liikenteen vaarantamiseen

Rattijuopumussäännösten ominaispiirteitä voisi lähestyä myös toisella tavalla: mikä on rattijuopumuksen suhde liikenteen vaarantamiseen? Törkeän rattijuopumuksen ja törkeän liikenteen vaarantamisen vaarantamistunnusmerkki on lähes sanasta sanaan sama, joskaan jälkimmäisessä ei ole viittausta teon olosuhteisiin. Tehdään ajatuskoe: jos TLL:ssa olisi ajoneuvon kuljettajan kuntoa koskevia nimenomaisia säännöksiä (kuten nykyisin), mutta rattijuopumusta koskevat rikossäännökset muuten puuttuisivat, rattijuopumustapaukset voitaisiin periaatteessa käsitellä liikenteen vaarantamisina.[254] Silloin saa-

[253] Sanktionormin legimointi edellyttää, että käyttäytymisnormi on ensin legitimoitu. Rikosoikeudellisen sanktionormin legitimoinnin edellytyksistä perusoikeuskysymyksenä ks. yleisesti *Lagodny* 1996, 275–509.

[254] TLL 63 §:n (676/90) mukaan »Ajoneuvoa ei saa kuljettaa se, jolta sairauden, vian, vamman tai väsymyksen vuoksi taikka muusta vastaavasta syystä puuttuvat siihen tarvittavat edellytykset.» Sanotut kriteerit poikkeavat esim. alkoholin nauttimisesta tietysti siinä, ettei tällainen tila ole yhtä selvästi itse hankittu.

taisiin kolmiportainen malli: liikennerikkomus, liikenteen vaarantaminen, törkeä liikenteen vaarantaminen. Ajokuntoisuuden puute voitaisiin määrittää useallakin tavalla. Esimerkiksi tietyn promillerajan ylittymisen voisi käydä tästä näyttönä. Promilleraja toimisi kuin nopeusrajoitus.[255] Esimerkiksi rikkomussäännöksessä alarajana olisi 0,5 promillea. Sitten kun on omiaan -vaarantaminen täyttyisi – vaikkapa noin 0,8:n kohdalla – siirryttäisiin tuomitsemaan liikenteen vaarantamisesta, ja kun on omiaan -vaara muuttuisi vakavaksi – ehkä noin 1,2:n kohdalla – tultaisiin törkeän liikenteen vaarantamisen alueelle.

Suomen rattijuopumussääntelyssä poiketaan selvästi tästä vaarantamisporrastuksen periaatteesta. Rikkomustyyppistä säännöstä ei ole, ja perustunnusmerkistöstä puuttuu on omiaan -vaatimus. Tai sitten perussäännös on presumoidulle vaaralle rakentuvana rikkomustyyppinen, joten tavallaan kvalifiointi olisi mahdollista suorittaa siitä vielä kahteen kertaan. Törkeä rattijuopumus vastaa lainkirjoitustekniikaltaan vasta perussäännöstä, joten senkin yläpuolella voisi olla vielä erityisen törkeä rattijuopumus.[256]

Miksi sitten rattijuopumus vaatii tällaisen aivan oman porrastuksensa, jos kuitenkin tähdätään liikenneturvallisuusintressien vaarantamiseen pohjaavaan porrastukseen eikä porrastusta tehdä muilla, esim. moraalisilla näkökohdilla? Jos rationaalisella kriminaalipolitiikalla tarkoitetaan sitä, että turvallisuusintressit ovat keskeisiä rikosoikeuden suojeltavia hyviä, ei moraalisten arvojen suojelu saa olla ensisijaista. Rattijuopumuksesta ei olla kiinnostuneita esimerkiksi epäsiveellisyyden näkökulmasta, vaan puhtaasti liikenneturvallisuutta vaarantavilta piirteiltään.[257]

---

[255] Promillerajan vertaaminen nopeusrajoitukseen ei ole aivan ongelmatonta. Liikenteen nopeus on positiivinen arvo, osa liikenteen sujuvuutta. Kuljettajan alkoholin nauttiminen ei ole välttämätön osa liikennettä eikä edistä liikenteellisiä arvoja. Sen vuoksi promilleraja voidaan asettaa eräässä mielessä »tiukemmaksi» kuin nopeusrajoitus. Promillerajaratkaisussa yhteensovitettavien intressien vastapainona oleva intressi on kevyempi.

[256] Kolmiportaista mallia on väläytelty Liikennejuopumustyöryhmän mietinnössä (*Liikennejuopumus* 1985, 86) ja Oikeuspoliittisen tutkimuslaitoksen 23.8.1994 päivätyssä lausunnossa rikoslakiprojektin ehdotuksesta liikennerikosluvuksi (allekirjoittajana Patrik Törnudd); *OPTL:n lausunto* 1994.

[257] Ks. esim. *Jacobs* 1989, xxi: »The study of drunk driving tests our capacity to overcome criminal stereotypes and to move toward a more rational and utilitarian criminal law that condemns behavior because of the harm or risk it creates, regardless of whether it is ancient and evil or contemporary and irresponsible.» Moralisoivat näkökohdat ovat käytännössä usein vaikuttaneet suhtautumiseen alkoholin ja liikenteen suhteeseen. Tähän kiinnittää huomiota esim. *Lindholm* 1993, 409.

Rattijuopumuksessa vaaran perusteena on kuljettajan ajokuntoisuutta koskevissa vaatimuksissa oleva puute. Se rinnastuu tässä suhteessa muihin TLL 63 §:n tuntemiin kieltoperusteisiin, vaikkakin lienee näitä vakavampi. Kuljettajaa koskevien määräysten rikkominen on mahdollista ilman, että samalla rikotaan esimerkiksi TLL 2 luvun liikennesääntöjä. Toisaalta usein niin rattijuopumuksessa kuin esimerkiksi väsyneenä ajamisessa tuosta puutteesta seuraa ajovirheitä ja vaaraa muille tielläliikkujille. Kuljettajaa koskevilla yleisillä vaatimuksilla kielletään ehdottomasti kuljettamasta ajoneuvoa, milloin edellytykset siihen puuttuvat. Teoriassa on mahdollista, että liikenteen vaarantamista koskevia säännöksiä sovellettaisiin näissä tilanteissa, vaikka mitään nimenomaista liikennesääntöä tai edes tienkäyttäjän yleisiä velvollisuuksia ei olisi rikottu. TLL:n esitöissä on maininta, että useimpien liikennesääntöjen rikkomisesta rangaistaisiin yleensä liikenteen vaarantamisena.[258]

Rattijuopumuksen ja muun ajokuntoisuuteen liittyvän vaarallisuuden yksi erityispiirre tavanomaiseen »kaahailuun» tms. verrattuna on siinä, että edellisessä puuttuu tilanteenhallinta totaalisemmin. Kaahailija saattaa kaahata vain hetkellisesti. Hän pystyy halutessaan poistamaan tilanteenhallinnassa olevan puutteen ja palaamaan lailliseen ajotapaan. Rattijuoppo taas on vaarassa tehdä arviointivirheitä pitkäkestoisemmin. Yhden virhearvion hän on tehnyt jo siinä, että hän on päättänyt yleensä lähteä liikenteeseen. Rattijuopon tuottamus on ryhtymis-tyyppistä. Hän on ryhtynyt johonkin, jota hän ei voi turvallisesti tehdä ja jonka välttämistä hän muiltakin edellyttää. Rattijuopon menettelyn virheellisyys ilmenee siinä, että hän ei pysty ajamaan niin turvallisesti kuin mihin hän normaalisti kykenisi. Rattijuoppo ei pystyne myöskään itseaiheutettujen vaarojen riittävään eliminointiin erityisellä tarkkaavaisuudella. Tämä voisi osaksi perustaa rattijuopumuksen moitittavuuden eron tavanomaiseen liikenteen vaarantamiseen nähden.

Tienkäyttäjän yleiset velvollisuudet määrittyvät vastoin sanonnan ilmiasua sangen tilannekohtaisesti ja konkreettisesti. Liikenteen vaarantamisessa taas tarkastelutapaa kuvataan yleiseksi. Sanonta »on omiaan aiheuttamaan vaaraa liikenneturvallisuudelle» tarkoittaa TLL:n esitöiden mukaan, että »niin sanottu abstraktinen vaara liikenneturvallisuudelle on riittävä säännöksen soveltamiseksi. Yksittäistapauksessa ei siis tarvitsisi osoittaa, että liikenneonnettomuus on ollut vähällä tapahtua.»[259]

---

[258] *HE* 74/1979 vp., 23.

[259] *HE* 74/1979 vp., 23. Ks. myös *HE* 32/1997 vp., 12.

Ruotsissa vastaava lainkohta, TBL 1.1, kattaa suurin piirtein kummankin säännöksen alan. Se täsmentää niin tienkäyttäjän yleiset velvollisuudet kuin kieltää olennaisen huolimattomuuden liikenteessä.[260] Suomessa kahden vastaavan säännöksen (TLL 3.2 ja 98 §) keskinäissuhteet tulevat ongelmallisiksi. TLL 3.2:n voi kuitenkin sanoa liikenteen vaarantamista selkeämmin liittyvän tiellä liikkumisen tapaan. Tuo sääntö on tarpeen erityisesti sen vuoksi, että liikennesäännöt eivät sääntele tyhjentävästi kaikkia liikennetilanteita.[261]

Oikeuskäytännössä on vakiintuneesti katsottu, että rattijuopumus tai törkeä rattijuopumus eivät kumpikaan ole lainkonkurrenssissa liikenteen vaarantamisen tai törkeän liikenteen vaarantamisen kanssa. Kuitenkin silloin, kun syytetty on tullut tuomituksi molemmista, on edellytetty kuljettajan syyllistyneen ajossaan virheisiin. Jos rattijuoppo muulla tavoin rikkoo tieliikennelainsäädäntöä, ei ole estettä tuomita häntä myös liikennerikkomuksesta tai liikenteen vaarantamisesta.

Rattijuoppo voi tietysti syyllistyä varomattomuuteen tai piittaamattomuuteen, joka ei suoraan johdu alkoholin nauttimisesta. Rattijuopumussäännökset voivat yrittää »leikata» rattijuopumukseen palautuvasta vaarallisuudesta sen osan, joka selkeästi liittyy alkoholin nauttimiseen. Voi olla huomattavan hankala osoittaa esimerkiksi, mistä jokin ajovirhe tarkkaan ottaen on johtunut.

Törkeän rattijuopumuksen suhde liikenteenvaarantamisrikoksiin on jossain määrin epäselvä. Vaikka selkeää lainkonkurrenssisuhdetta ei ole, on luultavasti jonkinasteista vaarantamista katsottu sisältyvän törkeään rattijuopumukseen. Oikeuskäytännössä on kuitenkin – erityisesti milloin rattijuopon aiheuttama vaaratilanne on johtanut henkilövahinkoihin – tuomittu vastaaja törkeän rattijuopumuksen ohella liikenteenvaarantamisrikoksesta ja kuolemantai vammantuottamusrikoksesta.[262]

---

[260] Olennaisuus-vaatimus on 1995 lisätty lainkohtaan. Sillä on tavoiteltu rangaistavuuden rajaamista vähäisimmistä liikennerikkeistä. Tarkoituksena on, että varomattomuus liikenteessä -tunnusmerkistöä sovellettaisiin vain tietoiseen riskinottoon tai sellaiseen huolimattomuuteen, joka jossakin suhteessa on erityisen moitittavaa. Suomessa TLL (143/57) 6.1 sääti: »Jos tiellä kulkeva laiminlyö sen huolellisuuden ja varovaisuuden noudattamisen, jota olosuhteet vahingon välttämiseksi edellyttävät, eikä laiminlyönti ole vähäinen, tuomittakoon varomattomuudesta liikenteessä...»

[261] *HE* 74/1979 vp., 5.

[262] Lain esityöt vaikenevat kokonaan rattijuopumusrikosten suhteesta liikenteenvaarantamisrikoksiin. Oikeuskäytännöstä ks. esim. KKO 1981 II 175; KKO 1983 II 37. Ratkaisussa KKO 1993:72 oli kyse rangaistuksen ehdollisuudesta, kun aikaisemminkin rangaistu kuljettaja oli kuljettanut ajoneuvoa siten, että hänen verensä alkoholipitoisuus heti

Liikenteen vaarantamisen ja rattijuopumusrikoksen erottaminen selvästi toisistaan yksinkertaistaa sinänsä tilanteiden arvostelua. Voi kuitenkin kysyä, onko tämä sittenkään optimaalinen ratkaisu. Kun rattijuopumusrikoksissa törkeysporrastus sidotaan tiukasti promillemääriin, ei rattijuopon liikennekäyttäytyminen tule tuossa törkeysarvostelussa kovin olennaisesti huomioonotetuksi. On hyvinkin ajateltavissa tilanteita, joissa kuljettaja, jonka promillemäärä niukasti alittaa törkeän rattijuopumuksen promillerajan, ajossaan aiheuttaa selkeitä vaaratilanteita. Rattijuopumus on sinänsä katsottavissa törkeäksi myös sillä perusteella, että rikoksentekijän kyky virheettömiin suorituksiin on tuntuvasti huonontunut. Viime mainitun toteaminen edellyttänee yleensä kliinistä humalatilatutkimusta, mutta on mahdollista myös esimerkiksi kuljettajan käyttäytymisestä ja ajotavasta annettujen todistajanlausuntojen perusteella.[263]

Suomen järjestelmässä nämä rikoksen vakavuutta osoittavat piirteet tulevat otetuiksi huomioon lähinnä siinä rajanvedossa, katsotaanko kuljettajan rattijuopumuksen lisäksi syyllistyneen tavalliseen vai törkeään liikenteen vaarantamiseen. Liikennerikosuudistuksen yhteydessä on jopa korostettu sitä, että törkeässä liikenneturvallisuuden vaarantamisessa arvioidaan teon kokonaistörkeyttä.[264] Luonnollisesti tekijän aiheuttamat vaaratilanteet tulevat joka tapauksessa otetuiksi huomioon määrättäessä rikoksista RL 7 luvun mukaista yhteistä rangaistusta. Niin Ruotsissa kuin Tanskassakin rattijuopumuksen törkeysarvostelussa promillekriteeri on vain yksi vaihtoehtoisista. Tällä tekniikalla rattijuopumusrikokset on saatu lähempään yhteyteen liikenteen vaarantamisrikosten kanssa. Vaikka lopputuloksessa ei välttämättä ole kovin suurta eroa, se merkitsee selkeää eroa törkeän rattijuopumuksen hahmottamisessa rikoksena. Suomen mallissa tuo rikos hahmottuu sittenkin melko presumoidusti vaarallisena: promillerajan ylityksen lisäksi riittää sellaisten ajoolosuhteiden toteaminen, että ajosta on saattanut aiheutua vaaraa. Törkeässä rattijuopumuksessa on omiaan -vaarantaminen hahmotetaan siten olennaisesti ontologisten vaatimusten kautta sen sijaan, että tapauskohtaiseen ajon hallittavuuteen ja turvallisuuteen kiinnitettäisiin suurtakaan huomiota. Tämä merkitsee samalla sitä, että erityistä yksilöllistä vaaratilanteen tai vahingon

---

ajon jälkeen oli 2,31 promillea. Kuljettaja oli lisäksi väärää kaistaa ajamalla aiheuttanut vakavan vaaratilanteen. Hänet tuomittiin törkeästä rattijuopumuksesta ja liikenteen vaarantamisesta.

[263] *HE* 110/1975 II vp., 15. Estettä ei siten olisi katsoa, että tietyntyyppiset ajovirheet voisivat sellaisenaan olla näyttönä ajokyvyn sanotunlaisesta heikentymisestä.

[264] *HE* 32/1997 vp., 16–18.

etukäteistodennäköisyyttä ei käytännössä juuri arvioida. Sinänsä tietysti promillemäärä kertonee myös jotakin ajon vaarallisuudesta ja siten myös tilanteenhallinnasta.

Suomen järjestelmässä ongelmana on se, miten vaarantamisvaatimus voitaisiin saada konkreettisemmaksi, kun myös liikenteen vaarantamista koskevat kriminalisoinnit ovat niin pitkälle tekojen yleisiin piirteisiin kiinnittyviä. Ainakin periaatteessa sama ongelma vaivaa siis näitäkin säännöksiä. On kuitenkin luultavaa, että *käytännössä* tieliikenteen vaarantamisarvostelmat ovat sittenkin konkreettisempia kuin mitä noita säännöksiä luotaessa ajateltiin. Liikennesääntöjen ajoneuvojen kuljettamiselle asettamat vaatimukset määrittyvät perustuvalla tavalla tilannekohtaisesti. Tähän liittyy myös se, että ehdotetun liikenneturvallisuuden vaarantamis -kriminalisoinnin sovellettavuus sulkeutuu pois, jos teko on ollut omiaan aiheuttamaan vain vähäisen vaaran. Vähäisyyden poissulkeutumista ei liene mahdollista todeta aivan yleisluonteisessa tarkastelussa. Rajauksen perusteena on teolla aiheutettu vaara, jonka »vähäisyyttä arvioitaessa on otettava huomioon muun ohessa tapahtumaolosuhteet ja teosta mahdollisesti aiheutuvan vahingon vakavuus».[265] Vastanäyttö teon vaarattomuudesta tai vähäisestä vaarallisuudesta lienee edellä sanotun johdosta aina sallittava.

Kontekstualisointivaatimusta korostaa se, että teon sallittuisuutta tai kiellettyisyyttä ei kuitenkaan voi tarkastella vain yleisellä tasolla. Esimerkiksi teon huolimattomuusopissa tarkasteltavana on kuitenkin nimenomaan kyseisen teon tai laiminlyönnin huolimattomuus. Teon huolimattomuus on teon kiellettyä riskinottoa, kiellettyä vaarantamista, eikä vaarallisuusominaisuutta voi kokonaan dekontekstualisoida.

2.3.11 Rattijuopumuksen yleisvaarallisuus?

Rattijuopumusrikoksissa on tiettyjä piirteitä, jotka yhdistävät niitä yleisvaarallisiin rikoksiin.[266] Rattijuopon uhriksi joutuu useimmiten rattijuoppo itse tai hänen matkustajansa. Ulkopuolisille aiheutetut vahingot kohdistuvat kuitenkin täysin sivullisiin: heillä ei ole ollut mitään henkilökohtaista suhdetta rattijuoppoon. Heitä ja rattijuoppoja yhdistää vain se, että molemmat ovat osallistuneet liikenteeseen. Rattijuoppo voi milloin tahansa nukahtaa tai tehdä jonkin vaarallisen arviointivirheen, vaikkakaan sen toden-

[265] *HE* 32/1997 vp., 15–16.
[266] *Ellilä* 1974, 108.

näköisyys ei ehkä ole kovin suuri. Voi myös olla, että useimmiten liikenteessä yhdellä kertaa vaarannettujen henkilöiden lukumäärä ei nouse kovin suureksi.

Tässä suhteessa rattijuopumus ei eroa liikenteen vaarantamisesta, jossa vaarantaminen usein kohdistuu samantyyppisesti ulkopuolisiin. Kova ylinopeus avaa onnettomuustilanteiden syntymahdollisuuksia ennakoimattomissa suunnissa, ja mahdolliset vahingot voivat aivan vastaavalla tavoin kohdistua sivullisiin. Rattijuopumuksen erityinen vaarallisuus ulkopuolisiin nähden voi johtua myös siitä, että ulkopuolisen saattaa olla vaikea havaita toisen humalatilaa. Hetkittäin ajo voi olla lähes normaalia. Esimerkiksi vastaantulevasta liikenteestä on huomattavan vaikea ehtiäkään tehdä tämäntyyppisiä havaintoja. Rattijuopon havaitsee ajotavan epävarmuudesta paljon helpommin, jos ajaa hänen kanssaan samaan suuntaan.

Saksan lainsäädännössä asia on ratkaistu siten, että niin liikenteen vaarantaminen kuin rattijuopumus ovat rikoslain yleisvaarallisia rikoksia koskevassa 27 luvussa: StGB § 315 c ja § 316. Tieliikennettä koskevan 315 §:n mukaan myös rattijuoppo tuomitaan tieliikenteen vaarantamisesta. Promillerajaa ei ole rikoslaissa asetettu, vaan siinä puhutaan vain kyvystä kuljettaa ajoneuvoa turvallisesti. Tieliikennelaissa on promillerajalle (0,8) rakentuva sakonuhkainen sääntely. StGB:ssä rattijuopumuksen vaarallisuus on presumoitua,[267] muunlainen vaarantaminen taas edellyttänee konkreettista vaarantamista. Esimerkiksi pelkkä ylinopeus ei siihen riitä, vaan kuljettajan on rikottava erikseen mainittuja keskeisiä liikennesääntöjä.

Kotimaisessa lainsäädännössä rattijuopumusta tai liikennerikoksia ei ole sijoitettu yleisvaarallisten rikosten joukkoon. Yleisvaarallisuuteen viittaavia perusteluita on voitu kuitenkin esittää määritettäessä tekojen vakavuutta rangaistuksen määräämisen yhteydessä.[268] Yleisvaarallisuudesta puhuminen voisi olla perusteltua lähinnä silloin, kun kuljettajan promillemäärä on hyvin korkea. Muussa tapauksessa onnettomuusriski jää joka tapauksessa suhteellisen alhaiseksi, eikä vaaran intensiteetti siinä mielessä olisi riittävä. Yleisvaaran kriteereistä ks. tuonnempana esitettävää.

---

[267] Teon vaarallisuus tulee siis kuitenkin selvitettäväksi kyvyn arvioimisen kautta.

[268] Ks. esim. KKO 1984 II 72. Siinä linja-autonkuljettaja A oli kuljettanut linjaliikenteessä olevaa linja-autoa, jossa oli noin kymmenen matkustajaa. Ajo tapahtui vahvassa humalatilassa yleisellä tiellä. Koska A oli vaarantanut vakavasti matkustajien ja muiden tiellä liikkuvien turvallisuutta, ei ehdollista vankeusrangaistusta oheissakkoineen pidetty riittävänä.

2.3.12 Rattijuopumus ja seurausten syyksilukeminen

Kun kuolemaan tai ruumiinvammaan johtaneessa onnettomuudessa joku osallisista on nauttinut alkoholia, esille nousee myös kysymys seurauksen syyksilukemisesta. RL 21 luvun mukaisissa tuottamuksellisissa seurausrikoksissa tunnusmerkistön soveltamisen edellytyksenä on, että seuraus kohdistuu toiseen, eikä tekijään itseensä. Samoin kuin TLL:n mukaisissa liikennerikoksissa, myös liikennejuopumusrikoksissa tekijäasema on määritetty, niihin voi tekijänä syyllistyä vain ajoneuvon kuljettaja.

Seurauksen syyksilukemisen kannalta liikennejuopumusrikokset ovat hankalia. Yksistään se seikka, että onnettomuudessa osallisena ollut kuljettaja syyllistyy rattijuopumukseen, ei vielä perusta sitä, että hänen tulisi vastata myös syntyneestä seurauksesta. Tuottamuksellisen seurausrikoksen täyttymisen kannalta nousee esille kysymys siitä, miten tekijän vastuun edellytykset täsmennetään, ja mikä on liikennejuopumuksen täyttymisen merkitys arvioitaessa tekijän vastuuta syntyneestä seurauksesta.

Liikenneonnettomuustilanteissa »luonnontieteellisen» kausaalisuusvaatimuksen täyttyminen voi olla usein itsestäänselvää. Tekijän ajoneuvo on törmännyt suoraan joko toiseen ajoneuvoon tai jalankulkijaan tai esimerkiksi väistöliikkeen seurauksena toinen ajoneuvo on suistunut tien sivuun.

Oletetaan, että tekijä on aiheuttanut liikenneonnettomuuden selvällä ajovirheellään, esimerkiksi suistumalla vastaantulevien kaistalle. Tekijä on silloin rikkonut ajossaan liikennesääntöjä, ja vastaa luultavimmin joka tapauksessa jostakin liikennerikoksesta. On myös sellaisia liikenteessä liikkumiseen liittyviä huolellisuusnormeja, joita ei liikennesäännöissä ole täsmennetty. Juopunut kuljettaja saattaa esimerkiksi olla nukahtanut rattiin, jolloin kuljettajan vastuu liikennerikoksesta voitaneen useimmiten perustaa TLL 63 §:ään tai 3.1:n mukaisten tienkäyttäjän yleisten velvollisuuksien rikkomiseen. Varsinkin, jos liikutaan alhaisissa promillelukemissa, voisi teoriassa olla hankalaakin kytkeä alkoholin nauttiminen liikennerikkomukseen. Huomaamattomuuteen ja varomattomuuteen kuljettaja voi syyllistyä muulloinkin kuin alkoholia nauttineena.

Lieneekin pitkälle tapauskohtaisesti selvitettävä, oliko alkoholin nauttimisella suoraan yhteyttä onnettomuustilanteen syntyyn. Ellei sitä voida osoittaa, tekijä tuomitaan rattijuopumuksesta normaalisti, ja kysymys muusta liikennerikoksesta ja mahdollisesta seurauksen syyksilukemisesta taas ratkaistaan pitkälle samoin kuin tavallisissakin liikennerikoksissa. Alkoholin nauttimisella voi kuitenkin olla merkitystä arvioitaessa tekijän syyllisyyttä suhteessa seurauksen aiheuttamiseen. Alkoholin vaikutuksen alaisuudella – ja

erityisesti sen asteella vakavimmissa tapauksissa – voi olla merkitystä esimerkiksi harkittaessa sitä, sovelletaanko kuoleman- ja vammantuottamuksessa kvalifioituja tunnusmerkistöjä. Tuottamuksellinen seurausrikos ei ole kuitenkaan törkeä pelkästään siitä syystä, että rattijuopumuksesta tuomittava tekijä on myötävaikuttanut seurauksen syntyyn. Arvostelussa on otettava huomioon rattijuopon ajossa ilmenneet virheet ja se, miten vaarallisia tilanteita niiden johdosta on sattunut. Tältä osin arvostelu tuskin poikkeaa siitä, miten ns. teon huolimattomuutta yleensä arvioidaan. Syyllisyysarvostelussa taas päihtymyksen merkitys on periaatteessa samantyyppinen yleisten oppien ongelma kuin muissakin rikoksissa. Siihen ei tässä puututa.[269]

Ellei tekijä ole lainkaan syyllistynyt liikennerikokseen, vaan onnettomuus on aiheutunut täysin hänen syyttään, on ainoastaan liikennejuopumus katsottava hänen viakseen. Teoriassa voisi kuitenkin pohtia sitä, miten rattijuopumuskriminalisointi vaikuttaa seurausrikoksia syyksiluettaessa. Eikö esimerkiksi riskinkorotusopin mukaan kuljettajan voitaisi katsoa jo lainvastaisella ajoon lähdöllään ottaneen määrättyjä kiellettyjä riskejä? Lainsäätäjän voi katsoa jo säätäessään liikennejuopumuksen rangaistavaksi päättäneen siitä, millainen riskinotto tässä suhteessa on sallittua. Perusteena noiden säännösten antamiseen on tarve edistää liikenteen turvallisuutta ja suojata ihmisiä onnettomuuksilta. Lainsäätäjä on vieläpä voinut turvautua lakia säätäessään promillemäärien ja onnettomuusriskien suuruutta koskevaan tilastotietoon. Rangaistavaan rattijuopumukseen liittyy aina kohonnut onnettomuusriski.

Jo tämä kysymyksenasettelu paljastaa sen, että riskinlisäämisoppia sen ankarimmassa muodossa ei voida hyväksyä. Se merkitsisi sitä, että liikennejuopumusrikoksissa jouduttaisiin suoraan ankaraa seurausvastuuta muistuttavaan seurausten syyksilukemiskonstruktioon, jossa tekijä vastaisi rikosoikeudellisesti ryhtymistuottamuksensa perusteella käytännössä kaikista vahingoista, joita hän ajonsa aikana aiheuttaa. Hänen syyllisyytensä olisi yksinomaan siinä, että hän on yleensä lähtenyt ajoon. Ongelman ydin on siinä, että jos jo ajoon lähtö tulkitaan kielletyksi riskinotoksi, ja jos tuo riskinotto on kiellettyä juuri tuontyyppisten seurauksien torjumiseksi, on vaikea välttää sitä johtopäätöstä, että tekijä vastaa myös seurauksen aiheuttamisesta.

Yksi puollettavissa oleva vaihtoehto olisi se, että normin tarkoitusta tulkitsemalla päädyttäisiin tietyissä tapauksissa vastuuta kaventavaan tulkintaan.

---

[269] RL 3:4.2:n säännös on ongelmallinen ehdottomuutensa vuoksi. Ks. problematiikasta *Lappi-Seppälä* 1989, 231–246; Ks. myös *SOU* 1996:185, 147–173. Ruotsin ehdotuksessa edellytetään päihtymyksen olleen syy-yhteydessä siihen, että tekijän syyllisyys ei »peitä» tekoa.

Voitaisiin siis katsoa, että lainsäätäjä on kieltänyt mainitut teot sen vuoksi, että halutaan välttää alkoholinkäyttöön yhteydessä olevien liikenneonnettomuuksien syntymistä, mutta että normin tarkoituksena ei kuitenkaan ole torjua sellaisia onnettomuuksia, jotka ovat johtuneet muusta syystä.[270] Sen vuoksi näissä – ei edes aivan harvinaisissa tilanteissa – seurausta ei olisi syyksiluettava pelkästään sen vuoksi, että kuljettaja oli rikkonut promillerajanormia. Esimerkkinä mainittakoon peräänajokolarit. Vahvasti juopuneen kuljettajan kuorma-auto seisoo liikennevaloissa, kun henkilöauto törmää takaa hänen autonsa perään sen kuljettajan saadessa vammoja. Olisi epäilemättä vastoin liikennejuopumussäännösten tavoitteita katsoa kuljettajan jo yksinomaan juopumuksensa perusteella vastaavan myös sellaisista syntyneistä seurauksista, joissa kuljettajan ajokunnon selväkään heikentyminen ei ole voinut vaikuttaa onnettomuuden syntyyn.[271]

Seurausten syyksilukemisproblematiikan kannalta on sen vuoksi aiheellista painottaa sitä, että normien suojelutavoitteita on eriytettävä. Puhtaan käyttäytymisnormin soveltamisala voi olla suhteessa laajempi kuin sellaisen normin, jossa soveltamisalaa rajaa sisällöllinen vaarantamisvaatimus. RL 21 luvun tunnusmerkistöissä siirrytään yksilön oikeushyvien suojaamiseen, mikä edellyttää hyvinkin tapauskohtaista tarkastelua ja huolellisuusvelvoitteiden määrittelyä. Vaikka liikenneturvallisuusintressit pitkälle ovat hengen ja terveyden suojaintressien »johdannaisia», TLL:n kriminalisointien suojelutavoite ei silti täysin samastu RL 21 luvun vastaaviin. On tärkeää, ettei tiettyä käyttäytymistapaa tai abstraktin vaarantamisen kieltoa käytetä »suoraan» syyksilukemisen sääntönä niissä rikoksissa, joissa syyksilukemisen rakenne on toisenlainen.

Varsin harvoin rattijuoppo voi toisaalta kokonaan välttää vastuun seurausten syntymisestä, mikäli hänen ajoneuvonsa on osallisena onnettomuudessa. Tämä perustuu siihen, että liikenneonnettomuustilanteiden hallintaan

---

[270] Vastaavasta kysymyksestä ylinopeuden osalta ks. *Niewenhuis* 1984, 130–153.

[271] Tämäntapainen ankaran vastuun konstruktio on voimassa esimerkiksi Floridassa. Ks. *Jacobs* 1989, 85–86. Siinäkin kuitenkin edellytetään osoitetuksi, että kuolema on »caused by the operation of a motor vehicle by any person while intoxicated...» Tekijä tuomitaan tällaisessa tapauksessa taposta (manslaughter). Oikeuskäytännön tulkinnan mukaan vastuu olisi jopa aivan puhdasta ankaraa vastuuta!

Vastaavasti monissa USA:n osavaltioissa on 1970-luvulta alkaen yhä useammin rangaistu kuolemaan johtaneen liikenneonnettomuuden juopuneita aiheuttajia jopa murhasta. Ristiretkeä rattijuopumusrikollisuutta vastaan on käyty siis myös rikosoikeudellisia henkirikossäännöksiä sovellettaessa. Jacobs kohdistaa tällaiseen erittelemättömään tekojen arvosteluun perusteltua kritiikkiä, ja vaatii tarkempaa tiettyjen nimenomaisten tekojen piittaamattomuuden osoittamista. *Jacobs* 1989, 86–88.

vaikuttaa useamman osapuolen toiminta. Usein tilanne lienee sellainen, että alkoholin nauttimisesta johtuva suorituskyvyn heikentyminen on todellisuudessa vaikuttanut tapahtumainkulkuun. Näin on esimerkiksi, jos kuljettaja normaalitilassa olisi vielä voinut toimia vahingon välttämiseksi ja ehkä olisi joko onnistunutkin siinä tai ainakin olisi voinut saada tilanteen vähemmän vaaralliseksi.[272] Tieliikennelain velvollisuuksien järjestelmässä 3.1:n yleisiä velvollisuuksia voidaan tulkita siten, että kun ne velvoittavat kunkin tienkäyttäjän huolellisuuteen ja varovaisuuteen vahingon ja vaaran välttämiseksi, vaaratilanteen uhatessa periaatteessa »syyttömänkin» osapuolen on käytettävä taitojaan vaarojen torjumiseksi.[273] Nähdäkseni alkoholin nauttimisen voi katsoa saavan merkitystä melko monissa tilanteissa silloinkin, kun syytä onnettomuuteen on muissakin. Toinen kysymys on tietysti, tuleeko alkoholia nauttineen henkilön vastata rikosoikeudellisesti sellaisen henkilön kuolemasta tai vammautumisesta, joka on pääasiassa itse onnettomuuteen syyllinen.[274]

Silloin, kun alkoholin nauttiminen saavuttaa tason, joka vaikuttaa tekijän yksilölliseen ajokykyyn, voitaneen periaatteessa lähes kaikissa tilanteissa sanoa, että kuljettaja olisi selvin päin ollessaan vielä voinut toimia onnettomuuden välttämiseksi. Vähäistä ajo-, reaktio- ja havaintokykyjen heikkenemistä on

---

[272] Tässä mielessä riskinlisäämisopissa on oikea lähtökohta. Vastaavanlainen ajotapa esimerkiksi vahvasti päihtyneenä ja täysin selvin päin eroavat olennaisesti toisistaan. Riskinlisäämisoppi on toisaalta ongelmallinen, jos riskinlisäämistä nähdään alemmissa promillemäärissä ja myös ilman näyttöä siitä, että vastaaja olisi todellisuudessa reagoinut liikennetilanteessa heikommin kuin selvin päin ollessaan. Ks. esimerkistä myös *Roxin* 1997, § 11 B I Rn 87. – Tieliikenteen luottamusperiaate suojannee periaatteessa myös liikennesääntöjä noudattavaa rattijuoppoa.

[273] Ks. *HE* 74/1979 vp., 5: »Silloinkin, kun liikennesäännöissä selvästi osoitetaan jollekin osapuolelle päävastuu vaaran välttämisestä esimerkiksi väistämissäännöin, olisi muidenkin noudatettava olosuhteiden edellyttämää huolellisuutta ja varovaisuutta.» Kyseisen lainkohdan »seuraushakuisuuteen» liittyvästä kritiikistä ks. *Nuutila* 1996, 303. Nuutilan mukaan mainittu sääntö on niin epämääräinen, ettei sitä voi välttämättä edes liikennesäännöksi sanoa.

[274] Vähäisen tuottamuksen rangaistavuus on ollut toistaiseksi epäselvä kysymys. Nuutila on pohtinut asiaa puolesta ja vastaan -argumentein, ja puoltanee lievän tuottamuksen dekriminalisointia mm. ihmisarvon loukkaamattomuuden periaatteeseen vedoten. Avoimeksi jää kysymys, voitaisiinko jo nykyisin päästä tulkinnallisesti siihen, että vähäinen tuottamus ei olisi rangaistavaa. *Nuutila* 1996, 608–612. Joillakin toimintalohkoilla voi olla aihetta tiukempaan tuottamusarvosteluun kuin toisilla. Erityisesti näin on silloin, kun kyse on esimerkiksi ihmishengen suojan tarpeista. Siitä syystä tuottamuksen rangaistavuuden alarajaa ei ehkä ole mielekästä määrittää kovin tiukkaan yleisten oppien kysymyksenä rikoslain erityisestä osasta irrallaan.

toisaalta voitu todeta jo hyvin alhaisilla promillemäärillä. Näin ollen jonkinlaista vaikutusta alkoholin nauttimisella voisi olla jo silloin, kun nauttiminen ei vielä yllä rangaistavan rajalle. Teoriassa olisi ajateltavissa, että kuljettaja, joka onnettomuustilanteessa saa alkometristä 0,4 promillen arvon, on jo menettänyt sellaisia ajokykyjään, jotka olisivat olleet tarpeen onnettomuuden välttämiseksi jossakin harvinaisessa ja hankalassa liikennetilanteessa. Joko kyse on sallitusta riskistä, tai sitten tuon kuljettajan vastuu voidaan perustaa muuhun liikennerikkeeseen.

Promillerajatekniikalla säädetty rattijuopumuskriminalisointi toimii varsin jäykästi kumpaankin suuntaan. Ajokuntoisuuden menetyksellä ei ole merkitystä, ellei tekijä yllä promillerajalle. Toisaalta tekijä ei voi tämän rikoksen osalta välttää vastuutaan sillä, että hän esimerkiksi ajaa erityisen varovasti tai valitsee hiljaisen ajoreitin.[275]

Rattijuopumuskriminalisoinnin soveltaminen ei edellytä varsinaisesti kontekstualisoitua tarkastelua. Törkeässä rattijuopumuksessa kontekstualisointia jo tehdään. Rattijuopumuksessa tekijä on ainakin osaksi »luopunut» sellaisesta liikenneturvallisuuteen vaikuttavasta kyvystään, jota hän suhteellisen useasti liikenteessä tarvitsisi. Abstrakti vaarantamisrikos olisikin silloin olemukseltaan sitä, että tekijä pettää toisten luottamuksen – heillä kun olisi perusteita luottaa siihen, että kyseinen henkilö pystyy tarvittaessa eliminoimaan paitsi itseensä, myös toisiin kohdistuvia riskejä. Jos mitään hankalia liikennetilanteita ei satu, tekijän »dispositioissa» oleva puute jää aktualisoitumatta. Kyse on eräänlaisesta piiloon jäävästä tuottamuksesta. Tekijä on sattumalta säästynyt joutumasta sellaiseen tilanteeseen, jossa hänen syyllisyytensä olisi aktualisoitunut. Abstrakti vaarantaminen ikään kuin siirtää rikoksen täyttymisen pisteen niin varhaiseksi, että alkoholin nauttiminen yhdessä liikenteeseen osallistumisen kanssa riittää »laukaisemaan» rikosoikeuden normin.

Tarkasteltavana oleva ongelma valaisee abstraktin vaarantamisen yleistä luonnetta rikosvastuun edellytyksenä. Presumoidusti abstraktissa vaarantamisessa toimintaa voidaan katsotaan täysin dekontekstualisoidusti. Silloin tekotyyppi on mitä yleisin. Vähintään määrätyllä tavalla juopuneena liikenteeseen lähteminen olisi esimerkki tällaisesta mahdollisimman yleisestä tekotyypistä. Tavallinen liikennejuopumus on ns. jatkuva rikos. Teko täyttyy välittömästi liikkeelle lähdettyä, ja vain rikoksen selvittämiseen liittyvistä seikoista käytännössä johtuu se, että yleensä tekijä jää kiinni vasta ajon jat-

[275] Ks. problematiikasta esim. *Niewenhuis* 1984, 210–213.

kuttua jonkin aikaa. Rattijuopumus puhtaana tekorikoksena olisi siten presumoidusti abstrakti vaarantamisrikos, jossa vaara perustuu erityiseen typisointiin, oletukseen tietynasteiseen päihteiden nauttimiseen liittyvästä puutteesta kenen tahansa tyypillisen kuljettajan kyvyssä turvalliseen ajoon. Vaaran kohteena on liikenneturvallisuus arvoksi tai tavoitteeksi ymmärrettynä. Liikenneturvallisuutta ei tällaisen säännöksen yhteydessä voisikaan purkaa yksilön oikeushyviksi, koska kyse on yleistetystä intressistä, liikenteen turvaamisesta sosiaalisena toimintajärjestelmänä.

Tämän tyyppinen abstrakti vaarantaminen on syyksilukemisen kannalta kiinnostava kahdesta syystä. Ensinnäkin siinä vastuun peruste on tietyllä tavalla sosiaalinen. Henkilö vastaa liikenteeseen osallistumisestaan, koska häneen liittyy erityinen riskitekijä ja koska tuollainen osallistuminen on kiellettyä. Kyse on tavallaan ajo-oikeuden eettisen ja sosiaalisen perusteen puuttumisesta. Kun syyksilukemisen kohteena oleva teko on tyypiltään näin yleinen, tällaisen teon syyksilukeminen ei toisaalta olennaisesti vaikuta toisten tekojen syyksilukemiseen. Jos henkilö A on a) kuljettanut ajoneuvoa päihtyneenä, b) aiheuttanut todellisen vaaratilanteen, ja hetkeä myöhemmin vielä c) ollut syypäänä liikenneonnettomuuteen, jossa B sai surmansa, ei a)-kohdan teon toteennäyttäminen vielä ratkaise kysymystä b)- ja c)-kohtien tekojen syyksilukemisesta hänen viakseen. Ongelmana on nyt se, liitetäänkö abstraktiin vaarantamiseen jotakin erityistä vaikutusta seurausten syyksilukemisen kannalta. Rikosoikeudessa myös syyllisyysperiaate kontrolloi asiaa. Suomen oikeudessa ei tunneta ankaraa vastuuta.

Abstrakti vaarantamisrikos täyttää kriminaalipoliittiselta kannalta katsottuna vahinko- ja vaarantamisrikosoikeuteen muuten jääviä aukkoja. Tästä syystä abstraktin vaarantamisen kriminalisoinneilla ei voidakaan ennakoivasti määrätä syyksilukemisesta muissa suhteissa.[276] Tätä voidaan havainnollistaa erottamalla kaksi lajia teon huolimattomuutta. Rattijuopumuksessa teon huolimattomuus on siinä, että tekijä lähtee kuljettamaan moottoriajoneuvoa, vaikka hänen asemassaan olevalla on hyvät syyt luopua tuosta toiminnasta tiedossa olevien seikkojen perusteella. Ne hyvät syyt, jotka perustelevat tällaisen teon huolimattomuuden, ovat luonnollisesti muita kuin ne syyt, joilla teon

[276] Angloamerikkalaisessa teoriassa ollaan ilmeisesti vasta löytämässä nämä kiintoisat kysymykset. Esim. von Hirsch kiinnittää huomiota siihen, että kun kriminalisoidaan abstraktia vaarantamista, tuon teon ja seurauksen syntymisen välinen etäisyys samalla kasvaa. Samalla syyksilukemisessa »päättelyllä» ylitettävä etäisyys kasvaa. Yhä tärkeämmäksi tulee tuntea tarkkaan se, miten vahinko on syntynyt. *Von Hirsch* 1996, 265–266, 270.

huolimattomuutta perusteltaisiin suhteessa esimerkiksi tapahtuneeseen seuraukseen. Jälkimmäinen teon huolimattomuus on välttämättä rakennettava yksittäistapausta koskevaksi. Näiden kahdenlaisen teon huolimattomuuden eroa voi vielä havainnollistaa sillä, että edellinen »syntyy» vasta, kun liikennejuopumus kriminalisoidaan. Jos liikennejuopumusta ei olisi erikseen säädetty rangaistavaksi, jouduttaisiin seurausten syyksilukeminen rakentamaan kokonaan muiden liikenteeseen osallisen velvollisuuksia koskevien normien varaan.

Presumoitu, abstrakti vaarantaminen on ns. ryhtymistuottamuksen eräänlainen vastine. Sillä kriminalisoidaan yleisesti vaaralliseen tekoon ryhtyminen. Ryhtymistuottamuksen suhde yleiseen tuottamusoppiin on vaarantamisen syyksilukemiselle rinnakkaisella tavalla ongelmallinen. Pisimmälle vietynä ryhtymistuottamus merkitsisi ankaraa vastuuta ryhtymisen seurauksista, ts. sitä, että muunlaista teon huolimattomuutta ei enää tarvitsisi osoittaa. Ryhtymistuottamus ymmärrettäisiin silloin seurauksien syyksilukemisen säännöksi. Abstrakti vaarantamisrikos ei merkitse näin pitkälle vietyä kannanottoa seurausten syyksilukemiseen.

Abstraktissa vaarantamisessa teko käsitteellistetään toisella tavalla kuin konkreettisen vaaran tai vahingon syntyä edellyttävissä teoissa. Ei olekaan mieltä kysyä suoraan esim. »edeltääkö abstrakti vaara konkreettista?» Rattijuopumukseen syyllistynyt voi aiheuttaa vaaratilanteita liikenteessä myös vaikkapa muuten piittaamattomalla ajollaan. Vasta liitettynä yksilöllisesti tulkittuun ajokyvyn heikentymiseen juopumuksesta voidaan saada selitys vaaratilanteen tai vahinkojen syntyyn. Rattijuopumuksessa tällaista yksilöllistä tarkastelua taas ei edellytetä. Tämän vuoksi varsinaisten ajovirheiden selvittelystä tulee keskeistä.

Syyksilukemisen yleisen rakenteen kannalta olisi tärkeä tuntea erilaisten rakenteiden keskinäiset suhteet. Millä tavoin abstraktin vaarantamisen syyksilukeminen eroaa konkreettisen vaaran syyksilukemisesta, ja miten konkreettisen vaaran syyksilukeminen seurauksen syyksilukemisesta? Syyksilukemisopin sisällä löytyy useita rakenteita, joiden suhde toisiinsa muistuttaa konkurrenssiopillista tilannetta. Tekijä voi yhdellä teolla tehdä monta tekoa. Teot ovat kuitenkin erillisiä yksiköitä toisiinsa nähden, vaikka ne periaatteessa voivat sisältää toisensa kokonaan (lainkonkurrenssityyppisesti).[277] Syyksilukemisen rakenteiden kehittelyä jatketaan seuraavassa jaksossa.

---

[277] Jareborg erottaa sääntökonkurrenssin ja tekokonkurrenssin, joista edellinen on lainsäädännön tasoista, kun taas jälkimmäinen liittyy konkreettisten tekojen suhteeseen. *Jareborg* 1995, 166–239.

3. Esimerkki 2: Yleisvaaralliset rikokset

3.1 Yleisvaarallisten rikosten historiallinen tausta ja nykyiset säännökset

Yleisvaarallisten rikosten historiallisten juurien katsotaan yleensä ulottuvan roomalaiseen oikeuteen. Germaanisessa keskiaikaisessa oikeudessa tunnettiin tuhopoltto- ja tulvan aiheuttamis -kriminalisointeja. Yleisvaarallisten rikosten tarkempi eriytyminen omaksi ryhmäkseen on kuitenkin nimenomaan moderni ilmiö. On korostettu, että tämä edellytti aikaisempaa laajempaa tietoa luonnonvoimista. Kyse ei ollut kuitenkaan yksinomaan teknisestä tiedosta. 1700-luvulla yleisvaarallisten rikosten luonne tuli tieteessä käsiteltäväksi myös mm. sen vuoksi, että ius communeen kuuluva CCC 125 §:n säännös ja sen mukaan määrätyt rangaistukset koettiin valistusajan hengen vastaisiksi. Myös kasvava tietoisuus siitä, että politiaoikeus ja rikosoikeus tulisi pitää erillään, korosti yleisvaarallisten rikosten ongelmallista luonnetta. Vaarantamisen piti kuulua politiaoikeuteen, vahingoittamisen rikosoikeuteen.[1]

Varsinaisen sysäyksen yleisvaarallisten rikosten erilliseen hahmottamiseen antoi kuitenkin partikulaarioikeus. Termi »yleisvaarallisuus» tuli lakitekstiin Preussin yleisessä maanlaissa vuodelta 1794, jossa oli ensi kertaa lukukokonaisuus yleisvaarallisista rikoksista. Lakikoonnoksen rikosoikeudellisen osan 17 luku koski vahingoittamisia, joista oli yleistä vaaraa (Von Beschädigungen mit gemeiner Gefahr). Luku on mittavan lain viimeinen, ja siinä on 83 säännöstä.

Luvun ensimmäisessä säännöksessä julistetaan, että maanvahingoittajaa, joka vahingoittaa tai vaarantaa useita valtion kansalaisia tai kansaa yleisemminkin, kohtaa aina kovennettu useampivuotinen linnoitustyörangaistus. Monissa tapauksissa yleisvaarallinen rikos edellytti, että taustalla oli tahallinen vahingoittamisrikos, ja yleisen vaaran aiheutuminen liittyi tuon vahingoittamisrikoksen tekotapaan.[2] ALR:ssa oli säännöksiä myös esim. varomattomasta tulenkäsittelystä. Yleisvaarallisia rikoksia olivat mm. tuhopoltto, juomaveden tai ruuan myrkyttäminen sekä tulvan aiheuttaminen.

---

[1] *Siebenhaar* 1886, 245–248; *Binding* 1919, 203–204.

[2] *Siebenhaarin* (1886, 247–248) mukaan itse asiassa vasta v. Woringenin tutkimus vuodelta 1847 muutti käsitystä näiden rikosten luonteesta: rangaistavaa ei ole tietynlainen »kvalifioitu» vahingoittaminen, vaan yleisen vaaran aiheuttaminen jo sinänsä. Forsman erottaa yleisvaaralliset rikokset politiarikkomuksista sillä perusteella, että politiarikkomukset ovat ainoastaan vaarallisia, kun taas yleisvaarallisissa rikoksissa vaara aiheutetaan teolla, joka on jo sinänsä myös oikeudenloukkaus. Ks. *Forsman* 1896, 884.

Preussin ALR oli valistusajan tuotetta: vaarojen torjunta yksityiskohtaisia velvoitteita eri tahoille antamalla on sille muidenkin lukujen osalta tunnusomaista. Fredrik Suuren Preussi oli kuitenkin sotilasvaltio, jonka rikosoikeudelle oli leimallista poliisivaltiollinen holhous.[3]

Ruotsi-Suomen vuoden 1734 lain pahantekokaaren XI luvussa oli neljä säännöstä murhapoltoista. Yleinen vaara ei terminä esiintynyt säännöksissä, mutta toisaalta murhapoltto oli rangaistavaa, vaikka tekijä jäi kiinni ennen kuin mitään vahinkoa oli aiheutunut.

Suomen rikoslakiin kuului jo sen tullessa voimaan 34 luku yleisvaarallisista rikoksista. Tuossa luvussa, joka oli vuoteen 1995 saakka voimassa lähes alkuperäisessä asussaan, säänneltiin samantyyppisiä vaarallisia toimintoja kuin Preussin maanlaissa. Uusia asioita Preussin lakiin nähden olivat rautatiet, höyrykoneet, telegrafit ja telefonilaitokset. Viimeksi 1970-luvulla lukuun lisättiin säännöksiä ilmaliikenteen suojaksi. Silti alkuperäisessä RL 34 luvussa oli paljon samaa henkeä kuin preussilaisessa edeltäjässään. Säännökset olivat yhtä pedanttisen yksityiskohtaisia.

Ruotsissa vastaava luku säädettiin rikoslakiin vasta vuoden 1948 lainuudistuksessa. Tuolloin muodostettiin kolme rikoslain (silloinen SL) lukua käsittänyt kokonaisuus »yleisöä vastaan suunnatut rikokset» (brotten mot allmänheten). Rikokset erotettiin muista suuren rangaistavuusarvonsa perusteella. Niihin piti voida puuttua jo siinä vaiheessa, kun »yleinen vaarallisuus» olisi käsillä.[4] Nyttemmin sääntely on BrB 13 luvussa. Murhapolton perussäännös (13:1) rakentuu tavanomaisen konkreettisen vaaran varaan. Vasta törkeässä murhapoltossa tulee yleisvaarallisia piirteitä arvioitavaksi.

Suomessa RL 34 luku uudistettiin osana rikoslain kokonaisuudistuksen toista vaihetta (L 578/95). Tässä uudistuksessa tunnusmerkistöjä syntetisoitiin olennaisesti. Laajamittaiseen yleisvaarallisten rikosten alan uudelleenharkintaan ei ryhdytty. Yleisvaarallisten rikosten ala rajautuu käytännössä koskemaan käytännössä samoja tekotyyppejä, joista säädettiin aikaisemmassakin vastaavassa luvussa. Monia luonteeltaan yleistä vaaraa aiheuttavia tekotyyppejä on edelleen jäänyt luvun ulkopuolelle. Osa liikennerikoksista, rattijuopumus mukaan lukien, saattaisi oikeastaan olla yleisvaarallisia. Joissakin työ- ja ympäristörikoksissakin voi nähdä yleisvaarallisia piirteitä.[5]

---

[3] Sinänsä Preussin yleisen maanlain katsotaan merkinneen rangaistusten lieventymistä aikaisempaan oikeustilaan nähden. Preussin kriminaalipolitiikasta ks. esim. *Schmidt* 1914, passim.

[4] Ks. taustasta *Jareborg* 1986, 17–18, *Beckman ym.* 1990, 1.

[5] Ks. esim. *HE* 94/1993 vp., 119.

Yleisvaarallisia rikoksia koskeneen aiemman luvun perusrikoksena oli murhapoltto (RL 34:1). Silloiselle murhapolttosäänteylylle oli tunnusomaista, että tekotapa kuvattiin hyvin tarkasti. Teonkuvaus kertoi varsin selvästi siitä, minkä tyyppisiä intressejä säännöksellä on tarkoitus suojata.

> »Joka tahallansa sytyttää talon, rakennuksen, aluksen tahi muun, joka on ihmisten asuttava, taikka jossa siihen aikaan, jolloin rikos tehdään, ihmisiä tavallisesti oleskelee, taikka missä hänen tietensä joku on, rangaistakoon murhapoltosta...»

34:2 taas säänteli tilanteet, joissa teko kohdistui erikseen nimettyihin julkisiin rakennuksiin tai niissä oleviin esineistöihin. 34:2:n mukaisessa murhapoltossa vankeuden erityisminimi oli korkeampi kuin 34:1:n mukaan rangaistavassa teossa. 34:3:ssa oli edelliseenkin nähden ankarammin arvosteltava tekomuoto, jossa kvalifoivina seikkoina olivat joko se, että tekijä on tahallaan poistanut sammutuskalustoa tai se, että teko tehtiin kapinan tai sodan aikana tai silloin kun yleinen kulkutauti tms. vaara uhkasi. 34:4:ssä säänneltiin eräät murhapolttotapaukset, jotka eivät mahtuneet 34:1–2:n piiriin. Vaikka nimike edelleenkin oli murhapoltto, näissä tilanteissa suojattiin omaisuusarvoja. Tekijä oli sytyttänyt tuleen jonkin muunlaisen rakennuksen tai viljaa, metsää tai suota, lautoja, tavaravaraston tms.

Tässä sääntelyssä etsittiin vakavuus- ja merkityseroja erilaisten tulipalon sytyttämistilanteiden välillä. Räjäyttämisetkin rangaistiin 34:5:n nojalla murhapolttoina. Jos nämä merkityserot ovat tärkeitä ja huomioonotettavia, miten ne ilmenevät uudessa ne korvanneessa säännöstössä?

Otan seuraavassa esille joitakin seikkoja, jotka aiheuttanevat hankaluuksia uuden tuhotyö-säännöksen soveltamisessa, ja jotka samalla osoittavat kiinnostavia periaatteellisia ongelmia käytettäessä tällaista avoimia normatiivisia tunnusmerkistötekijöitä soveltavaa lainsäädäntötekniikkaa. Erityisesti on syytä tarkastella uuden vaarantamisvaatimuksen tulkintaa ja sitä, mikä oikeastaan muuttuu, kun presumoidun vaaran kiellosta siirrytään lainsäädäntöteknisesti abstraktin tai konkreettisen vaarantamisen kieltoon.

Aiempi murhapolttosäännös tunnusti monenlaisia tapauskohtaisia eroja relevanteiksi teon oikeudellisen arvioinnin kannalta. Erot liittyivät pikemminkin teon kohteen ominaisuuksiin kuin suoraan suppeassa mielessä käsitettyyn tekoon itseensä. Tuomioistuin saattoi siten aluksi arvioida kohteen (teko-objektin) laatua ja rajatapauksissa erityisesti sitä, oleskeliko kohteessa tavallisesti ihmisiä tekoaikaan.

Tuhotyön (RL 34:1) tunnusmerkistössä kuvataan ensin teonsanoilla yleisesti *ulkoinen tekotapa* (sytyttää, räjäyttää, panee alulle). Tätä määrittelyä

täydentää aikaansaatua *kielteistä ilmiötä* koskeva rajaus (tulipalo, räjähdys, vedentulva tai muu luonnontilan mullistus).[6] Tulipalon sytyttämistä koskeva vaatimus rajannee jonkin verran täytetyltä teolta edellytettävää teon etenemisen astetta. Tulipalosta puhuminen edellyttänee, että tuli on tavalla tai toisella irti. Tulipalossa tuli ei ole täysin hallinnassa, vaan sen leviämisestä on vaaraa. Silti kovin merkittävään rajaukseen ei kielteistäkään ilmiötä koskevan vaatimuksen avulla päästä. Tästä syystä korostuu tarve täsmentää tulkinnallisesti yleisvaarallisuutta koskeva vaatimus.

Tuhotyön yrityksen soveltamistilanteet lienevät yleisimmin niitä, joissa kohteen sytyttämistä on yritetty, mutta syystä tai toisesta tulipaloa ei ole saatu aikaan. Yritysopillisesti hankalimmat kysymykset liittynevät rangaistavan yrityksen alkupisteeseen ja ns. kelvottomaan yritykseen. Kelvottomassa yrityksessä puuttuu teon hetkellä huomioon otettava vaara rikoksen täyttymisestä. Koska täytetyn tuhotyön vahingollisuus ja vaarallisuus oikeushyville on hyvin vakavaa, voitaneen lähteä siitä, että varsin alhainen etukäteistodennäköisyys seurauksen syntymiseen riittää yrityksen kelvollisuuteen. Yrityksen rangaistavuudessa edellytetään pääsääntöisesti konkreettista vaaraa rikoksen täyttymisestä, mistä syystä asetetaan myös kohdetta koskevia ontologisia vaatimuksia. Tietyissä tilanteissa ontologisista vaatimuksista on tingitty sillä perusteella, että kohteen puuttumisen on katsottu johtuneen satunnaisista syistä.[7] Yritysopissa toistuu eräässä suhteessa samantyyppinen jako abstraktiin ja konkreettiseen vaaraan, jota edellä on käsitelty.[8] Poikkeukset tekoobjektia koskevasta ontologisesta vaatimuksesta merkitsevät helposti sitä, että teolta edellytetään vain yleisluonteista vaarallisuutta.[9] Tuhotyön yrityksessä teon kohde on yleensä selvästi olemassa, mutta jokin satunnainen seikka saattaa estää palonalun leviämisen. Tässä ei ole kuitenkaan mahdollisuuksia paneutua laajemmin yritysopin kysymyksiin.

---

[6] Ks. *HE* 94/1993 vp., 117.

[7] Ruotsissa BrB 23:1:ssa sanottu kriteeri on otettu itse säännökseen. Ks. siitä esim. *Beckman ym.* 1990, 591–594; *Wennberg* 1985, 226–231. Ks. myös *SOU* 1996:185, 234–236, missä selitetään rangaistavan yrityksen edellyttävän konkreettista vaaraa rikoksen täyttymisestä. Sellaiset kelvottomatkin yritykset, jotka on syytä ottaa vakavasti, ovat sisältämänsä abstraktin vaaran vuoksi rangaistavia.

[8] Honkasalo edellytti periaatteessa yritykseltä tunnusmerkistön täyttymistä seurausta lukuun ottamatta. Ontologisessa suhteessa Honkasalo edellytti vaarantamiskelpoisen kohteen olemista vaaravyöhykkeessä, ja vaaravyöhykettä määritti osaksi myös tekijän tahallisuus. *Honkasalo* 1967, 155–170.

[9] Lahti lienee tällä kannalla. Ks. *Lahti* 1989, 9–10.

Teon ja kielteisen ilmiön kuvauksen lisäksi tuhotyön 1 momentin mukaisessa tekotavassa keskeistä on vaatimus abstraktista yleisestä vaarasta hengelle ja terveydelle. Kuten edellä jo selvitettiin, on omiaan -lauseke viittaa siihen, että tekijän näkökulmasta on kyettävä osoittamaan konkreettisen vaaran tai vahingon syntyminen yleisellä tasolla todennäköiseksi tai mahdolliseksi. Kuten edellä on esitetty, on omiaan -rikoksia voidaan vielä jakaa ryhmiin ja antaa niille erilaisia tulkintoja. On omiaan vaarantamisen tulkinta voi edellyttää teon suhteuttamista olosuhteisiinsa. Lauseke »on omiaan aiheuttamaan vahinkoa» on usealla tavalla tulkittavissa, ja siitä ainakin hienokseltaan eroaa sen lausekkeen tulkinta, että teko »on omiaan aiheuttamaan vaaraa». Tuhotyö-säännöksessä tulkintatehtävä on entistäkin vaikeampi, sillä analysoitavana on lauseke »on omiaan aiheuttamaan yleistä... vaaraa».

3.2 Yleisen vaaran määrittäminen

Edellä on selvitelty abstraktin ja konkreettisen vaaran suhdetta. Jako yleiseen vaaraan ja »yksittäiseen» vaaraan eroaa tuosta jaottelusta. Toisaalta yleistäkin vaaraa täytyy voida tarkastella myös abstraktina vaarana.

Kuvio 5:

vaara/yleisyys	konkreettinen	abstrakti
yksittäinen		
yleinen		

Ensi alkuun käsittelen yleistä vaaraa kuin se olisi konkreettinen. Erityisen kiinnostava on abstrakti vaara yleisenä vaarana. Siinä on kyse kahdenkertaisesta abstraktiosta. Yleistä vaaraa koskeva tarkastelu auttaa yleisemminkin ymmärtämään on omiaan -abstraktion luonnetta. Teoreettisen hyödyn lisäksi yleisen vaaran konstruktion tulkinnalla on myös käytännöllistä merkitystä.

Kotimaisessa rikosoikeustieteessä yleisvaarallisia rikoksia pidetään asiallisesti politiarikkomuksiin rinnastettavina, mutta niitä törkeämpinä rikoksina. Yleistä vaaraa aiheuttavat rikokset uhkaavat yleistä järjestystä, ja uhkaavat siten yleisiä intressejä. Lienee jo kielenkäytön perusteella selvää, että yhden tai kahden ihmisen hengen vaarantaminen ei voi olla yleistä hengen vaa-

raa. Vaikka hengenvaara yhden ihmisen kohdalta on mitä vakavin, tämä ei voi tehdä sitä yleiseksi.[10]

Honkasalon yleiselle vaaralle antamassa määritelmässä korostetaan ennalta määräämättömyyttä yleisen vaaran kriteerinä. »Meikäläisessä rikosoikeustieteessä yksimielisesti omaksutun mielipiteen mukaan henkeä ja terveyttä uhkaava vaara on y l e i n e n [harv. BH], 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».[11]

Yleinen vaara on abstraktio, mutta erilainen abstraktio kuin tavallinen on omiaan -vaarantaminen. Yleisyys on määräämättömyyttä, oikeastaan määrittymättömyyttä, kun teon mahdollisia vaikutuksia katsotaan joko tietyn tekijän näkökulmasta tai yleisemmin tekijän asemassa olevan henkilön näkökulmasta.

Määrittyneisyys ei oikeastaan tarkoita pelkästään kausaalista määräytymistä ja determinaatiota, vaan käsitteen käytännöllinen sisältö on yhteydessä samaan ilmiöön, joka edellä jo oli esillä. Sosiaalisen toiminnan kentässä monimutkaiset interaktiosuhteet määrittävät sitä, miten ihmiset toimivat ja valintojaan suorittavat. Vaaraa aiheuttavien tekojen vaikutusten piirin määrittäminen ei aina ole teoriassakaan mahdollista ja ennakoitavissa, ei etenkään kausaalisessa mielessä. Sen vuoksi oikeastaan kysymys määrittyneisyydestäkin edellyttää käytännöllistä tekojen mahdollisten vaikutusten arviointia. Toisaalta juuri se, että tuota teon vaikutuspiiriä ei pystytä määrittämään, taas perustelee vaaran yleisyyttä. Vaaravyöhykkeen käsite on tässäkin hyvä apuneuvo.

Honkasalon määritelmä jättää täsmentämättä sen, milloin henkilöön kohdistuva vaara todella on yleinen. Yhden ainoan tai useamman määrätyn vastakohtana ei ole määräämätön ihmisjoukko. Honkasalo ei sulje nimenomaisesti pois vaihtoehtoa, että yksi ainoa määrittymätön vaaraan joutuva henkilö voisi tehdä vaaran yleiseksi.[12] Olisi nimittäin tulkittavissa, että vaara voi

---

[10] Tämä on ollut lähtökohtana myös saksalaisessa keskustelussa. Ks. esim. jo *Siebenhaar* 1886, 255–256.

[11] *Honkasalo* 1960, 133. Helminen viittaa hyväksyvästi Honkasalon määritelmään, ja hänen mukaansa näin tulee asia ymmärtää myös tuolloin jo valmisteltavana olleen uuden RL 34 luvun mukaan. *Helminen* 1989, 122.

[12] Forsman mainitsee nimenomaisesti, että henkeen ja terveyteen kohdistuva vaara ei ole yleinen, jos se vahinko, jota vaarasta voi odottaa, uhkaa vain yhtä ihmistä tai »ett begränsadt antal af personer». *Forsman* 1896, 882.

kohdistua määrittymättömään ihmisjoukkoon silloin, jos se kohdistuu johonkin ennalta määrittämättömään sen jäseneen.

RL 34 luvun esitöissä otetaan selvä kanta siihen, että jos vaaran alaiseksi voi joutua vain yksi henkilö, yleisen vaaran vaatimus ei täyty. Yleinen vaara ei sen sijaan edellyttäisi välttämättä kovin monta kohdehenkilöä.[13] HE:n perusteluissa käsitellään yleisen vaaran käsilläoloa. Siteeraan muutamaa kappaletta:[14]

> »Ehdotetun 34 luvun keskeinen ja sen rikoksia yhdistävä käsite on yleinen vaara. Vaaraa voidaan pitää yleisenä silloin, kun se ei kohdistu ainoastaan yhteen henkilöön tai tiettyihin henkilöihin, vaan se uhkaa määrältään tai muilta ominaisuuksiltaan määrittelemätöntä ennalta rajoittamatonta ihmisjoukkoa. Vaaran ollessa yleinen ei voida etukäteen tietää, keiden henki tai terveys on uhattuna tai muuten vaaralle alttiina.»
> »Hengen ja terveyden vaarassa riittää, että teko on luonteeltaan vaarantava. Niin sanottu abstraktinen vaara riittää täyttämään siltä osin tuhotyön tunnusmerkistön... Rikoksen toteutuminen ei edellytä sen osoittamista, että teko juuri siinä tilanteessa on aiheuttanut jollekin hengen tai terveyden vaaraa, kunhan se tekotyyppinä kokemusperäisesti yleensä aiheuttaa sellaista vaaraa.»
> »Yleinen vaara ei välttämättä edellytä kovin monta kohdehenkilöä. Kohdehenkilöiden lukumäärää ei senkään vuoksi voida määritellä, että hengen ja terveyden vaaran ei tarvitse olla konkreettinen...»
>
> Taloudellisen vahingon osalta yleisyys on samantyyppinen kriteeri: »Omaisuuteen tai taloudelliseen etun kohdistuvan vaaran olisi oltava konkreettinen. Lisäksi vaaditaan, että uhkaavan vahingon vaaran tulee olla sillä tavalla yleinen, että sen kohde ei ole etukäteen tarkoin määriteltävissä. Jotta vaara olisi yleinen, se edellyttää ulkopuolisen omistajapiirin etujen vaarantamista.» »Se, milloin kysymyksessä on erittäin huomattavan taloudellisen vahingon vaara, on ratkaistava yleisen mittapuun mukaan.»

HE:n perusteluissa suhteellistetaan yleisen vaaran käsilläolon vaatimuksia. Yleisyys ei suoraan viittaisi vaarannettujen henkilöiden lukumäärään, vaan lukumäärän ohella siihen, onko heidän joukkonsa ennalta määrittynyt. Yleinen vaara olisi siten rajoittamattomaan henkilöjoukkoon kohdistuva vaara.

Lainlaatija on halunnut ottaa käyttöön yhteisenä nimittäjänä yleisvaarallisille rikoksille yleisen vaaran käsitteen. Ei käy ilmi, mistä syystä toisaalta abstrakti yleisvaara on katsottu riittäväksi. Ilmeisesti kyse on jonkinlaisesta

---

[13] *HE* 94/1993 vp., 119.
[14] *HE* 94/1993 vp., 119.

kompromissista niiden vaihtoehtojen välillä, että yleisvaara olisi joko jätetty kokonaan kirjoittamatta rikostunnusmerkistöön tai että siltä edellytettäisiin konkreettisuutta. Legaliteettiperiaatteen ja syyllisyysperiaatteen kannalta pyrkimys ottaa yleinen vaara tunnusmerkistötekijäksi on perusteltu. Tunnusmerkistöjen syntetisointi korostaa tarvetta siihen. Näin yleistä rikostunnusmerkistöä ei ehkä olisi voinut legitimoida käyttäytymisnormina, ellei siinä olisi ollut tunnusmerkistöä täsmentävää vaarantamisvaatimusta. Rikosteonkuvausta ja vaarantamisvaatimusta on tältä kannalta tarkasteltava yhtenä kokonaisuutena.

Konkreettisen henkilöön kohdistuvan yleisvaaran edellyttäminen yleisvaarallisissa rikoksissa olisi voinut merkitä rangaistavuuden alueen olennaista supistumista. Sitä ei luultavasti toivottu, sillä ilmeisesti esimerkiksi aikaisemman murhapolttosäännöksen soveltamisalaa ei pidetty merkittävästi liian laajana.

Jos yleistä vaaraa ajatellaan konkreettisena vaarana, yleisen vaaran kriteereiksi tulisi ex post tehtävä arvio siitä, että ryhmä satunnaisesti määrittyviä ihmisiä on ollut vaarannettujen piirissä, vaaravyöhykkeessä (l. ontologinen vaatimus), sekä jonkinlainen kokemukseen perustuva ex ante -todennäköisyys seurauksen syntymisestä. Täysin konkreettisesti yleinen vaara ei siis määrity edes konkreettisena vaarana.

Jos ontologinen vaatimus vaaran yleisyydestä tarkoittaisi, että joukon ihmisiä on tullut olla vaaravyöhykkeessä, ei tällaisen ratkaisun varaan rakentuvalle säännökselle jäisi kovin laajaa soveltamisalaa. Esimerkiksi tulipalon sytyttämistapauksessa edellytettäisiin joukon ihmisiä olleen teon vaikutuspiirissä.[15] Vain suurehkon asuinrakennuksen sytyttäminen tuleen täyttäisi selkeästi yleisvaarallisuus-kriteerin. Samoin voisi olla silloin, jos on ollut (konkreettisesti) vaarana, että palo leviää toisiin asuttuihin rakennuksiin.[16]

Murhapolton historiallisesti muotoutunut asema yleisvaarallisten rikosten standardityyppinä lienee yhteydessä juuri tähän piirteeseen: tiiviissä puutalokaupungeissa jokainen tulipalon alku oli yleiseltä kannalta hyvin vaarallinen, ja varsin usein sattui laajoja kaupunkipaloja. Kun palo oli syttynyt, ei sitä ehkä enää lainkaan saatu hallintaan. Tämä perusteli hyvin tiukkaa sään-

[15] Tietysti voisi pohtia sitä, soveltuisiko yritysopissa esitetty kriteeri satunnaisten syiden vuoksi poissulkeutuneesta vaarasta tässäkin. Voisi periaatteessa ajatella, että sytytetyn talon asukkaita vaarannettaan silloinkin, kun he eivät sattumalta ole kotona. Satunnaisuus edellyttää normaalisuuden määrittämistä satunnaisuuden vastakohtana.

[16] Ks. palon leviämisvaarasta esim. ratkaisua KKO 1971 II 56.

telyä jo tilanteen kehittymisen aikaisessa vaiheessa, erityisesti tarkkaa tulen käsittelyn sääntelyä.[17]

Myöskään räjäyttäminen ei aina aiheuta kiistattomasti yleistä hengen ja terveyden vaaraa. Lähinnä mieleen tulevat ulkomaisista uutisfilmeistä kuvat, joissa voimakas pommi on räjäytetty linja-autossa, supermarketissa tai kadulla, niin että kymmenet ihmiset ovat loukkaantuneet. Yleisvaarallisten rikosten soveltamisala voisi kaventua, ellei nähdä sitä, että toisaalta näissä rikoksissa tekojen mahdolliset vaikutukset voivat kohdistua moniin ihmisiin. Potentiaaliset uhrit ja vaarannetut muodostavat ryhmän, mutta tuo ryhmä ei ehkä ole sellaisenaan ja konkreettisena yhtä aikaa »koolla».

Yleinen vaara on silloin jonkinlaista »yleisöön» kohdistuvaa vaarantamista. Yleinen vaara olisi ikään kuin yksilön oikeushyvien ja kollektiivin oikeushyvien välimaastoon sijoittuvaan »joukkomittaisten ilmiöiden oikeushyvätasoon» kohdistuva uhka.[18]

Yleisyys voi kuitenkin tarkoittaa myös toisentyyppistä yleisyyttä, abstraktisuutta. Vaara voi olla sillä tavoin yleinen, että se kohdistuu määrittymättömään joukkoon ihmisiä. Jos kadulla räjäytetään pommi, uhrit määrittyvät aivan satunnaisesti ohikulkijoista. Yleinen vaara voisi siis olla tällaiseen »avoimeen ja satunnaisesti määrittyvään ihmisjoukkoon» kohdistuva vaara. Yleinen vaara uhka tiettyä satunnaisesti määrittyvää ihmisryhmää, ja ainakin osaa tämän joukon jäsenistä. Yleinen vaara uhkaa »sivullisia», ulkopuolisia. Rikosteon hetkellä heidän asemansa ei ehkä ole edes selvillä. Aikapommin asettaja ei lainkaan tiedä, kuka tulee kulkemaan kadulla räjähdyksen aikaan.

Voidaan tietysti ajatella myös näiden kahden kriteerin kombinaatiota: mitä enemmän sivullisia on mukana, sitä herkemmin kyse on yleisestä vaarasta, ja mitä suurempi joukko, sitä vähemmän tarvitaan sivullisia mukaan, sitä vähemmän tarvitsee joukon olla määrittynyt.[19] Yleisen vaaran käsite olisi jous-

---

[17] Ks. myöhemmässä jaksossa tästä politiaoikeuden kannalta esitettyä. Tulen leviämisvaarasta yleisvaarallisuuden perusteena ks. esim. *Beckman ym.* 1990, 2, 6–8. Ruotsin BrB 13:2:ssa säädetään törkeästä murhapoltosta. Teon törkeäksi kvalifioinnissa (13:2.2) kiinnitetään erityistä huomiota siihen, onko tuli sytytetty taajaan asutussa yhteisössä, jossa se voisi helposti levitä, tai onko se muutoin saanut aikaan vaaraa useille ihmisille tai erityisen merkittävälle omaisuudelle.

[18] Ruotsissa tätä vastaa se, että yleisvaaralliset rikokset kuuluvat nimikkeen »brotten mot allmänheten» alle.

[19] Ruotsissa vastaavaa kysymystä on pohdittu BrB 13:7:n osalta. Siinä kyse on myrkyn tai tartunnan levittämisestä. Vaarantamistunnusmerkki on kirjoitettu muotoon: »Joka aiheuttaa yleisen vaaran ihmisten hengelle tai terveydelle...» Yleinen vaara on tällöin konk-

tava juuri siitä syystä, että se on argumentatiivinen konstruktio, joka muodostuu rajatapauksissa kahdella kriteerillä operoinnista.

Kolmantena kriteerinä voisi ajatella vaaran intensiteettiä. Sellainen vaara, joka toteutuessaan kohdistuu useaan henkilöön, on yleisempi kuin sellainen, joka kohdistuu enimmillään vaikka kahteen ryhmään jäseneen. Teoriassa olisi ajateltavissa, että sellainenkin henkilöön kohdistuva vaara olisi yleinen, joka uhkaisi ryhmää ihmisiä, mutta joka voisi realisoitua vain yhteen ihmiseen kohdistuvana vahinkoseurauksena. Tällöin yleisvaarallisuus liittyisi enemmän tekotapaan kuin suoranaisesti vaaran realisoitumiseen seurauksessa. Jos lähdetään siitä, ettei yleisen vaaran tarvitse voida realisoitua ryhmään kohdistuvana vahinkoseurauksena, voi kuitenkin tulla ongelmaksi selittää on omiaan -vaaran ja yleisen vaaran abstraktion ero. Täysin mahdotonta se ei ole. Tällainen yleinen vaara olisi ikään kuin moniin henkilöihin kohdistuvaa konkreettista tai abstraktia vaaraa.

Määrittymättömyyttä ja sivullisuutta koskevat kriteeritkin ovat jossakin määrin epätäsmällisiä, vaikka liikuttaisiin konkreettisen yleisvaaran luonnehdinnassa. Kuka on ulkopuolinen ja sivullinen? Onko pyromaanin sytyttämässä omakotitalossa kyläilevä sukulainen sivullinen? Onko hän satunnainen, ulkopuolinen uhri vaikka toisaalta hän oli sytytetyn talon sisällä? Hänen asemansa oli määrittynyt jo sytyttämisen hetkellä.[20]

On tiettyjä viitteitä siitä, että vanhempaa murhapolton sääntelymallia ei ole oikeuskäytännössä pidetty täysin tyydyttävänä. Yhtenä esimerkkinä ratkaisu Itä-Suomen HO:sta.[21] Siinä tulkittiin RL 34:1.1:n (39/1889) ratiota, jonka ei katsottu kattavan syytteessä kuvattua tilannetta. Syytetty A oli välittömästi tulipalon sytytettyään ryhtymällä toimiin sen sammuttamiseksi pienentänyt palosta aiheutuvaa sellaista yleisvaaraa, joka oli RL 34:1.1:n säätämisen perusteena. HO ei kuitenkaan jättänyt mainittua lainkohtaa soveltamat-

---

reettista. Kommentaarissa yleistä vaaraa koskevan vaatimuksen tulkintaa on selitetty niin, että joskus kriteerin täyttyminen on selvää, toisinaan taas vähemmän selvää. Tämä johtuu ilmeisestikin siitä, että vaaran yleisyyden kriteereinä käsitellyt vaarannettujen piiri ja piirin määräytyneisyys on mielletty kumpikin eri tavalla vaaran yleisyyttä osoittavaksi. »Om kretsen av dem som hotas av fara är vid, torde kravet på kretsens obestämdhet böra fattas mindre strängt.» *Beckman ym.* 1990, 33.

[20] Saksassa on jo vuosisadan alkupuolella keskusteltu siitä, voidaanko kohdehenkilöiden määrittymättömyyttä pitää vaaran yleisyyden kriteerinä. Esim. *Appel* 1930, 16–19, on sillä kannalla, että vaaran yleisyys tarkoittaa vain vaaran kohdistumista useaan henkilöön.

[21] A: 16.2.1979.

ta, vaan ainoastaan piti tätä perusteena rangaistusasteikon alittamiseen RL 3:5.2:n nojalla.[22]

Eduskuntakäsittelyssä kiinnitettiin lakivaliokunnan mietinnössä huomiota siihen, että uuden RL 34:1:n soveltamisala saattaisi HE:n perusteluissa esitetyn valossa supistua enemmän kuin on tarkoitettu, niin että syntyy rangaistavuusaukkoja. »Jos yleisen vaaran täyttymisen katsotaan suoraviivaisesti edellyttävän määrältään tai muilta ominaisuuksiltaan määrittelemättömän ja ennalta rajaamattoman ihmisjoukon vaarantamista, voi jokin edellytyksistä jäädä täyttymättä teossa, johon säännöstä aivan ilmeisesti on tarkoitettu soveltaa ja johon sitä valiokunnankin käsityksen mukaan tulisi soveltaa. Myös ihmisjoukolla tarkoitetun henkilömäärän määrittelyssä saatetaan päätyä tulkintaan, joka ei vastaa säännöksen tarkoitusta.»[23]

Säännösperusteluissa ei ole RL 34:1:n kohdalla otettu esille sitä vaaran »ketjuuntumista», joka useinkin voi olla yleiselle vaaralle tunnusomaista. Sen sijaan RL 34:4:n esitöissä selitetään terveyden vaarantamisen 2)-kohdan tekomuodon »levittää vakavaa sairautta» yhteydessä yleisen vaaran vaatimuksen täyttyvän, milloin sairaus on tartutettu toiseen ja on käsillä vaara, että »tartutettu levittää vakavaa sairautta edelleen».[24]

Monissa tilanteissa on suhteellisen helppoa hahmottaa, mitä vaaran kohdistuminen ennalta määrittämättömään tahoon tarkoittaa. Erityisiä tulkintaongelmia tulee vahinkotilanteissa, joille on tunnusomaista vahinkojen selkeä rajautuminen ajallisesti ja paikallisesti. Määrittyneisyys liittyy tällöin ennen muuta siihen, miten rajataan se joukko, jonka katsotaan voineen tulla vaarantamisen kohteeksi. Tekijän tarkoitusten kannalta näillä seikoilla saattaa olla vain hyvin vähän merkitystä. Yksi vaihtoehto jäsentää ennalta määrittymättömyyttä olisi tarkastella sitä suhteessa tekijän tarkoitusperiin ja sii-

---

[22] Ratkaisussa KKO 1976 II 50 sen sijaan RL 34:1.1:n tunnusmerkistö ei täyttynyt, kun kyse ei ollut asuttavasta rakennuksesta ja kun syytetty oli erityisesti herättänyt purettavaksi aiotussa rakennuksessa hänen tietensä tilapäisesti yöpyneet henkilöt. Hän oli huolehtinyt ennen rakennuksen tuleen sytyttämistä siitä, ettei heille tai muillekaan ollut vaaraa sytyttämisestä. KKO tuomitsi teosta RL 34:4.1:n (39/1889) mukaan.

[23] *LaVM* 22/1994 vp., 16–17. – Lakivaliokunta kiinnittää merkittävällä tavalla huomiota mahdollisuuteen, että lainkohtaa tulkittaisiin tarkoituksensa vastaisesti. Toisaalta lainkohdan tarkoitus on toki selvitettävä juuri esityömateriaalin perusteella, ja siinä kyseinen valiokuntamietintö on ensiarvoisen tärkeä. Lakivaliokunta siis lausuu lainkohdan tarkoituksesta pyrkien selventämään sitä.

[24] *HE* 94/1993 vp., 125. Esimerkiksi hiv-infektion tarttumisen tilanteessa voidaan yleisvaarallisuuden piirteitä nähdä kolmansille syntyvässä vaarassa. Tuo vaara aiheutuu siitä, että infektion saanut ei alkuun itse ole siitä tietoinen.

hen, mitä teon hetkellä voidaan teon vaikutuksista tietää. Yleisvaarallisuus olisi vaarantamisen kohdistumista sivullisiin.

Määrittyneisyys on kuitenkin joissakin tilanteissa epäluonteva vaaran yleisyyden kriteeri. Onko esimerkiksi päiväkodissa oleva lapsi ulkopuolinen, jos päiväkoti sytytetään tuleen? Määrittyykö sivullisuus tekijän tarkoitusten mukaan, vai jollakin objektiivisemmalla kriteerillä? Ajatellaan, että tekijä esimerkiksi polttaa talon ja tietoisesti vaarantaa mahdollisesti talossa olevat. Jos palo siirtyy naapuritaloon, sen asukkaat ovat jo sivullisia. Niin lukumäärää kuin joukon määrittymistä koskevat kriteerit ovat joka tapauksessa hyvin väljiä. Jos tekijä sytyttää tuleen merellä olevan laivan, jossa on lukuisia ihmisiä, on vaikea olla pitämättä vaaraa yleisenä vain sillä perusteella, että vaara uhkaa vain ja ainoastaan kaikkia laivalla olevia.[25] Uhattu ryhmä on suuri ja määrittynyt, mutta uhka kohdistuu koko tuohon ryhmään. Vaaran intensiteetti on huomattava.[26]

Entä sitten vaihtoehtoinen vaatimus yleisen erittäin huomattavan taloudellisen vahingon vaarasta? Määre yleinen voisi sulkea pois sen, että yhden oikeushenkilön yksityiseen omaisuuteen kohdistuva tuhoaminen voisi tulla kysymykseen, ellei sitten ole kyse todella mittavista vahingoista. Erittäin huomattava taloudellinen vahinko viittaa jo sellaisenaan melkoisiin jättivahinkoihin, ja nyt on lisämääreenä vielä vaaran yleisyys. Voisi toisaalta ajatella – samaan tapaan kuin henkeen ja terveyteen kohdistuvassa yleisvaarassa – että vaaran yleisyys viittaisi sekä vahinkojen mahdolliseen määrään että »sivullisille» aiheutuvien omaisuusvahinkojen vaaraan. Tyyppitilanteena saattaisi olla tulipalon sytyttäminen sellaisella varastoalueella, jossa tuli voi levitä laajalle siellä oleviin rakennuksiin, tai autokorjaamolla, jossa on lukuisia eri omistajille kuuluvia arvokkaita autoja.

Erona henkeen ja terveyteen kohdistuvaan vaarantamiseen on nyt lisäksi se, että vaarantamisen tulee olla konkreettista. Taloudellisella perusteella tuhotyön katsotaan täyttyvän vain poikkeustapauksessa.[27] Esitöissä taloudellisen vahingon määrästä esitetään ylimalkainen vaatimus: miljoonaluokkaa.[28]

---

[25] Ks. tästä kritiikistä jo *Appel* 1930, 17–18.

[26] Jareborgin mukaan yleinen vaara on käsitettävissä vastaavantyyppisen abstraktion kautta. Yleinen vaara on käsillä, jos jonkin ryhmän jäsenistä vähintään yksi henkilö tulee konkreettisesti vaarannetuksi. Yleistä vaaraa hengelle ja terveydelle on syntynyt jo, kun on myyty yksi myrkkytabletti muiden tablettien joukossa. *Jareborg* 1986, 30–31.

[27] *HE* 94/1993 vp., 120.

[28] Ruotsin vastaavassa säännöksessä edellytetään tulen aikaansaavan vaaran toisen omaisuuden huomattavasta tuhoutumisesta. Omaisuuden vaarantamiselta ei edellytetä sen

Olisi periaatteessa ajateltavissa, että vaaran yleisyyttä tulkittaessa otettaisiin huomioon erityyppisten vaarojen »kokonaismäärä». Henkeen ja terveyteen kohdistuvissa teoissa aiheutuu säännönmukaisesti myös omaisuusvahinkoja. Jos omaisuusvahingot ovat huomattavia, tämä saattaisi vaikuttaa siihen, mitä vaaditaan henkeen ja terveyteen kohdistuvalta vaaralta. Lainkohdan kirjoitustapa ei kuitenkaan tuntuisi puoltavan tällaista tulkintamahdollisuutta.

Viime vuosien KKO:n oikeuskäytännön perusteella syntyy mielikuva, että useat murhapoltot ovat todellakin olleet vaarallisuudeltaan melko vähäisiä, katsotaan sitten määrittyneisyys-kriteeriä tai vaarannettujen lukumäärää. Kaikki ratkaisut ovat vielä lainuudistusta edeltävältä ajalta.

Tapauksessa KKO 1988:21 (Ään.) sytytettiin kaksikerroksinen puinen omakotitalo, jossa oleskeli tekijän tieten tietyt neljä ihmistä, heistä yksi liikuntavammainen. Tekijä tiesi täsmälleen, keiden hengen hän vaaransi. Tulipalo oli sytytetty rakennuksen eteisestä, joka oli samalla sen ainoa uloskäynti. Kaikki rakennuksessa olleet olivat pelastautuneet ikkunoiden kautta. Liikuntavammainen D oli saanut pahoja palovammoja. Syyte tapon yrityksestä hylättiin. Syytetty tuomittiin yhdellä teolla tehdyistä murhapoltosta ja ruumiinvamman tuottamuksesta.

Jos ajatellaan vaarannettujen piirin ennalta määrittyneisyyttä ja henkilöiden lukumäärää rinnakkaisina vaaran yleisyyttä perustelevina kriteereinä, tässä tapauksessa vaaran yleisyys voisi perustua vain vaarannettujen määrään ja ehkä sen ohella vaaran intensiteettiin. Tässä tilanteessa vaaran intensiteetti oli jo melkoinen, koska talon yläkerrassa oleskelleista erityisesti D oli joutunut pelastautumaan hyppäämällä 5 m:n korkeudella olleesta ikkunasta ja saanut tilanteessa pahoja palovammoja.

Teossa on epäilemättä voimakkaasti yleisvaarallisia piirteitä. Tekijä on valinnut vaaran intensiteettiä lisäävän tekotavan, koska eteiseen sytytetty palo on estänyt tavanomaisen poistumistien käytön. Toisaalta tekoajankohta on ollut sellainen, että tekijä on tiennyt talossa olijoiden olevan hereillä ja pukeissa, mihin nähden on ollut luultavaa, että rakennuksessa olevat henkilöt voivat sieltä pelastautua. Tekijä ei ole varmastikaan voinut olla kovin tarkkaan teon aikaan selvillä siitä, mitä rakennuksessa voisi tapahtua sen jälkeen, kun se on sytytetty tuleen.

---

erityisempää yleisvaarallisuutta. Oikeuskäytännössä jo yhden perheen rahallisesti – mutta ei tunnearvoltaan – suhteellisen vähäarvoisen (arvo n. 60 000 kr.) koti-irtaimiston tuhoaminen tuhopoltolla on katsottu tähän riittäväksi. *Beckman ym.* 1990, 7.

Rakennuksen alakerrasta on ehkä ollut hyvin helppo pelastautua näissäkin oloissa, kun taas yläkerrasta vaikeampaa. Tekijän näkökulmasta ei ehkä ollut tiedettävissä, onko joku yläkerrassa tulipalon aikaan. Yleisluontoisessa vaarallisuusarviossa lienee lähdettävä pääsääntöisesti siitä realistisesta mahdollisuudesta, joka on pahin. Kaksikerroksisessa rakennuksessa voi olettaa, että ihmisiä saattaa olla myös yläkerrassa. Konkreettisesti vaarannettujen piiriin on kuulunut rakennuksessa tekijän tieten olleet neljä henkilöä, joista osa – tässä tapauksessa kaksi – on todellisuudessa ollut suurimmassa vaarassa. Määrittyneisyys koskisi tässä vain joukon rajautumista, ei sitä, keihin vaara joukon sisällä kohdistuu.

Joukon määrittyneisyys ei ole kovin täsmällinen kriteeri. Omakotitalossa voidaan vielä varsin luotettavasti tietää, keitä potentiaaliset uhrit ovat. Mitä suurempi rakennus on, sitä vaikeampaa tästä on tehdä tarkkoja päätelmiä, vaikka tekijä olisi siitä kiinnostunutkin. Sitä vaikeampaa tekijän on myös edes halutessaan varmistua siitä, kenelle teosta konkreettisesti voi aiheutua vaaraa, eli erityisesti siitä, että teosta ei aiheudu vaaraa kenellekään. Yleisessä vaarassa tekijäkään ei enää hallitse potentiaalisten uhrien piiriä. Kadulla räjäytettävä pommi käy malliesimerkistä. Tekijä voi pyrkiä juuri jonkun ihmisen surmaamiseen, mutta tulee vaarantaneeksi lukuisan, satunnaisesti määrittyvän joukon muita ihmisiä. Tällainen olisi konkreettisen yleisen vaaran tyyppitapaus.

Entä sitten yleisvaarallisuus pakettipommi-tilanteessa? Pakettia avaamaan kerääntyneet ja muut lähellä olevat henkilöt saavat surmansa tai tulevat vaarannetuiksi. Onko heidän joukkonsa etukäteen määrittynyt? Tavallisinta olisi ehkä, että vastaanottajaksi merkitty henkilö avaa paketin muiden perheenjäsenten läsnäollessa. Tuskin tekijä tai kukaan muukaan voi etukäteen olla siitä varma. Teonhetkisestä näkökulmasta on kyse vielä jokseenkin määrittelemättömästä tilanteesta, josta voi aiheutua vahinkoa ennakoimattomalla tavalla. Toisaalta taas ex ante tekijän näkökulmasta on hyvin vaikea sanoa, kuinka monille ihmisille teosta aiheutuu »on omiaan» -tyyppistä vaaraa. Perheeseen voi kuulua vaikka vain kaksi tai kolme henkilöä. Voi myös olla tilanteita, joissa sen etukäteisarviointi on täysin mahdotonta. Vaikka mies ehkä joskus avaa paketin kotona vaimonsa kanssa kahden, hän olisi yhtä hyvin voinut tehdä sen merkkipäivänään kaikkien vieraiden läsnäollessa tai kotimatkalla linja-autossa jne. Pakettipommitilanteessa yleisvaarallisuus on silti ilmeistä, ellei kyse ole kelvottomasta yrityksestä. Kelvollisesti tehty pakettipommi räjähtää tyypillisesti siten, että siitä on vaaraa ihmisille. Vaaran intensiteetti on huomattava.

Yksi toisen surmaamisen murhaksi kvalifioiva peruste on se, että surmaaminen tapahtuu yleistä vaaraa aiheuttavalla tavalla. Murhassa yleisvaaralta

edellytetään konkreettisuutta. Uudistetussa lainkohdassa (RL 21:2.1 3)-kohta; L 578/95) edellytetään tekotavalta vakavan yleisen vaaran aiheuttamista.[29] Ratkaisussa KKO 1981 II 32 tulkittiin yleisen vaaran käsitteen sisältöä murhatunnusmerkistön yhteydessä:

> »A oli käyttäen panoksena dynamiittia rakentanut pommin lähettääkseen sen postipaketissa B:lle, koska tämä oli kirjeenvaihdossa hänen ystävättärensä kanssa. Postittaakseen paketin A oli varta vasten tehnyt 300 km:n pituisen matkan. B:n avatessa pakettia pommi oli räjähtänyt surmaten heti B:n sekä aiheuttaen muitakin henkilö- ja esinevahinkoja. A:n teko oli edellyttänyt suunnitelmallisuutta ja tarkkuutta. Koska B:n surmaaminen oli tapahtunut vakaasta harkinnasta ja yleistä vaaraa aiheuttavalla tavalla, A tuomittiin rangaistukseen murhasta.»

Olisiko yleisvaarallisuuteen liittyvä kvalifiointiperuste soveltunut, mikäli B olisi sattumalta avannut paketin yksin ollessaan? Tähän lienee vastattava myöntävästi. KKO ei ole ottanut huomioon vain pommipakettia avattaessa läsnäolleiden henkilöiden lukumäärää, koska tuo seikka on saattanut olla varsin satunnainen. Vaarana on ollut myös se, että pommi on ollut viritettynä koko matkallaolonsa ajan siihen saakka kunnes se avattiin ja räjähti. Se olisi ehkä voinut räjähtää kuljetettaessa ilman avaamistakin. Ratkaisun perusteluissa sanotaankin, että pommin »lähettämisestä postitse oli aiheutunut vaaraa muillekin kuin surmansa saaneelle... B:lle ja vammoja saaneille viidelle henkilölle».

Perustelut ovat niukat, koska KKO:n kannalta lienee ollut jokseenkin selvää, että juuri tuollaisia tilanteita murhan tunnusmerkistöön otetulla kriteerillä tarkoitettiin. Yleinen vaara oli pommin monille sivullisille matkansa varrella ja räjähtäessään aiheuttamaa vaaraa, jota hyvinkin voi kuvata laadultaan konkreettiseksi. Pakettia käsitelleet eivät lainkaan olleet tietoisia siitä, että he käsittelevät pommia. Sellainen tapahtumainkulku on hyvinkin ennakoitavissa, että joku muukin kuin paketin avaaja saa samassa yhteydessä surmansa tai vammoja.[30]

---

[29] *HE:ssä* 94/1993 vp., 93, mainitaan, että lisäämällä »vakavuus» tähän lainkohtaan haluttiin korostaa yleisen vaaran laadulle asetettavia vaatimuksia. Tarvetta tähän yleisvaaran kvalifiointiin selitetään syntyvän siitä, että vaarantamisvastuun yleistyttyä lainsäädännössä on lukuisia esimerkkejä rikoksista, jotka aiheuttavat yleistä vaaraa, kuten vaaraa liikenneturvallisuudelle. Tähän nähden on syytä edellyttää murhan tunnusmerkistössä enemmän kuin vain yleistä vaaraa. – Perusteluissa siis lähes samastetaan abstrakti vaara ja yleisvaara, mikä ei voi olla oikein.

[30] Jo intuitiivisesti on selvää, ettei murhan yhteydessä tarkoitettu yleisvaarallisuus voi edellyttää kovin suuren joukon saattamista hengenvaaraan. Näin ilmeisesti myös *Frände*

Pommipakettia postissa käsittelevät ovat olleet »vaaravyöhykkeessä» siinä mielessä kuin konkreettisen vaaran osalta on tapana edellyttää. Vaarantamisen kohteen ontologinen olemassaoloehto täyttyy selkeästi. Toisaalta vaarantamisen kohdehenkilöitä ei välttämättä ole kerrallaan kovin monia.

Ratkaisussa KKO 1987:81 murhapoltosta tuomittiin tekijä, joka oli tahallaan sytyttänyt tuleen maatilan asuinrakennuksen, jossa ei vakituisesti asuttu, mutta joka oli kalustettu ja asumiskelpoisessa kunnossa. Jotta tässä tapauksessa olisi uuden lain mukaan voitu tuomita tuhotyöstä, olisi perusteena lähinnä voinut olla se, että asuinrakennuksen laadusta olisi päätelty siellä voineen olla ryhmä ihmisiä.

Jutussa KKO 1992:131 oli sytytetty tuleen rakenteilla ollut lasten päiväkotirakennus ja erään yhtiön saha-alueella olleen katoksen kevytpeite, jolloin tuli oli levinnyt saha-alueella olleisiin rakennuksiin ja muuhun omaisuuteen sekä lähellä olleisiin asuintaloon ym. Vastaaja oli syyntakeettomana jätetty tuomitsematta kahdesta murhapoltosta. Ratkaisu koskee korvausvelvollisuutta.

Jutussa KKO 1993:125 oli sytytetty tuleen tyhjillään ollut omakotitalo. Kun oli jäänyt selvittämättä, kumpi vastaajista oli tulen sytyttänyt tai että se olisi sytytetty yhteistuumin, syytteet murhapoltosta hylättiin.

Jutussa KKO 1993:44 vastaaja oli omilla toimillaan ja hälyttämällä palokunnan ehkäissyt tulen leviämisen talon rakenteisiin, joten hän oli luopunut murhapolton yrityksestä. Tapahtumat sijoittuivat asuinkerrostalon 7. kerroksessa olevaan vuokrahuoneistoon. Vastaaja tuomittiin vain varomattomasta tulenkäsittelystä.

Jutussa KKO 1995:85 syytetty oli horjahtanut kirjahyllyä vasten, jolloin kirjahyllyllä ollut palava kynttilä oli pudonnut sänkyyn ja sytyttänyt sängynpeitteen tuleen. Syytetyn katsottiin varomattomuudellaan aiheuttaneen ihmisten asuttavan talon palamisen. Syytetty tuomittiin rangaistukseen tuottamuksellisesta murhapoltosta.

(1991, 856), joka kommentoi sanottua ratkaisua: »Lienee itsestään selvää, että lähetettäessä kuvatunlaista pakettia on varsin todennäköistä, että muu kuin suunniteltu uhri saattaa vahingoittua tai saada surmansa.»

3.3 Konkreettisesta yleisestä vaarasta »on omiaan» yleiseen vaaraan

Murhassa vakava yleinen vaara -tunnusmerkki esiintyy konkreettisena vaarana, kun taas tuhotyössä yleistä vaaraa koskeva vaatimus edellyttää vaaralta vain on omiaan -vaarantamista. On omiaan -tyyppinen yleinen vaara taas on vielä selvemmin arvioitava abstraktion tasolla. Ex ante ja ex post -elementtejä on pyrittävä yhdistämään. Eri näkökulmista tilanne voi näyttää erilaiselta. Joissakin tilanteissa tästä ei aiheudu suurta eroa (esim. jos tekijä tarkkaan kontrolloi tapahtumien kulkua), mutta toisissa tilanteissa ero on hyvin suuri.

Joskus voi olla melko mahdotonta konstruoida on omiaan yleisen vaaran kannalta mitään täsmällisiä oletuksia siitä, mitä olisi voinut tapahtua. Varsinkaan mitään teonhetkisiä todennäköisyyksiä ei aina voida laskea. Voi olla etukäteen aivan mahdotonta arvioida sitä, miten tilanne tulee kehittymään, koska vaarallisuuden olemukseen suorastaan kuuluu se, ettei tekijä tai kukaan muukaan hallitse tapahtumien kulkua. Pakettipommiesimerkissämme voitaisiinkin ajatella, että tekijän näkökulmasta voi tapahtua melkein mitä tahansa. Yleisluonteista vaarallisuutta arvioitaessa lienee perustelua lähteä sellaisesta realistisesta vaihtoehdosta, joka kuuluu seurauksiltaan vakavimpiin. Näin myös pakettipommiesimerkissä.

Jos tilannetta olisi arvioitu abstraktin vaaran kannalta, teon mahdollisia seurauksia olisi harkittu suhteessa useammanlaatuisiin seurausvaihtoehtoihin. Abstraktissa vaarantamisessa otetaan huomioon konkreettista vaaraa vapaampia konstruktioita siitä, mitä olisi voinut tapahtua. Abstraktiin yleisvaaraan riittäisi se, että teko olisi voinut johtaa yleisvaaran syntyyn. Riittäisi siis se, että on konstruoitavissa ajateltavissa olevia (otaksuttavia) »kausaalilinjoja» teosta tällaiseen yleisvaaraseuraukseen. Näin tulkittuna on omiaan -yleisvaaralle annetaan tavallaan tulkinta »voi»-rikoksena: teko voi johtaa yleisvaaraan, jos tietyt realistiset tapahtumainkulun vaihtoehdot toteutuvat.

Merkittäväksi ongelmaksi joka tapauksessa jää se, että on omiaan yleinen vaarallisuus on varsin vahvasti kiinni siitä, miten tapahtumainkulkujen mahdollisuuksia konstruoidaan. On omiaan -vaarantamista tarvitaan satunnaisuuksien poissulkemiseksi. Tämä on lähellä juuri aiemman murhapolttosäännöksen (34:1:n) tausta-ajatuksia. Tekijä vastasi murhapoltosta heti, jos hän sytytti asutun rakennuksen tuleen, koska hän ei useinkaan voi täysin varmistua siitä, etteikö teosta sittenkin saata aiheutua vaaraa jollekulle. Tekijälle ei ole haluttu antaa mahdollisuutta vedota siihen, että tietty tapahtumienkulku ei ole ollut teon hetkellä hänen ennakoitavissaan, jos se kuitenkin oli

selvästi mahdollinen. Murhapoltossa teonkuvaus rakennettiinkin sellaisten kriteerien varaan, jotka ainakin periaatteessa ovat polttajan havainnoitavissa ja tiedettävissä. Murhapolttoa ei voitu tehdä »riittävän turvallisesti», ja siksi se oli kategorisesti kielletty. Asutun rakennuksen sytyttäminen on »presumoidusti» yleisvaarallista. Toinen kysymys on, voitiinko presumtio kumota vastanäytöllä esimerkiksi, jos tekijä on etukäteen huolellisesti varmistunut siitä, että teosta ei ole vaaraa hengelle ja terveydelle.

Epäilemättä murhapolttokriminalisoinnilla haluttiin myös vahvistaa kiellon ehdottomuutta. Tältä kannalta ei ollut suuri ongelma, että kiellon piiriin ehkä tuli myös tekoja, jotka eivät luonteensa mukaan olisi sitä ansainneet.[31] Kyse olisi samantyyppisestä asiasta kuin promillerajan asettamisessa rattijuopumuksen kriminalisoinnissa: toimintarajoituksen perusta on siinä hyödyssä, joka kiellon ehdottomuudella on saatavissa suojattaville oikeushyville.[32]

Vaarantamisvaatimuksen ottaminen tuhotyön tunnusmerkistöön on tervetullut siksi, että kriminalisoinnin varsinainen suojelutavoite (vaarantamisen kielto) saadaan yhdeksi oikeudenkäynnin »kohteeksi». Tämä edellyttää kuitenkin vaarantamistunnusmerkkien tulkinnallista täsmentämistä ja sitä kautta relativoi kriminalisoinnin sisältämää kieltoa. Täsmentäminen on silti entistä välttämättömämpää, jotta kiellon ala ei laajane koskemaan esimerkiksi erilaisia vähäpätöisiä tuleen sytyttämisiä.

On omiaan -vaarantamisrikoksissa saa suojaa abstrakti intressi. On omiaan -vaarantamiselle on siten tunnusomaista ontologisen kohdetta koskevan vaatimuksen väljentäminen. Vaatimuksesta ei kuitenkaan luovuta kokonaan, sillä kohteen tulee voida joutua vaaraan.

Jäänee väistämättä toimintaympäristöä koskevasta tiedosta ja siten myös oikeusjärjestelmän perusteista riippuvaksi, miten tällaista abstraktia suojan tarvetta ajatellaan. Esimerkiksi ihmisen tarve saada suojaa sille, että hän ei joudu vaaraan toisen sytytettyä tulipalon tai räjäytettyä jotakin, on niin keskeinen, että jo vähäinenkin tekijän varmistautumistoimenpiteiden jälkeen jäävä mahdollisuus on perusteena on omiaan -vaarantamisen katsomisen kielletyksi. Toisaalta yleisvaaraan liittyy siinä suhteessa kvalifioitu vaarantamisvaatimus, että teosta tulee voida seurata yleisvaara. Tekijän näkökulmasta

[31] Ongelmat liittyivät pikemminkin siihen, että murhapolton vankeusasteikko oli ankara.

[32] Yleisvaarallisia rikoksia koskevat kriminalisoinnit ovat siinä mielessä »jo valmiiksi» kvalifioituja, että teko yleensä on rangaistava jo muidenkin säännösten perusteella, esimerkiksi vahingontekona. Luvun säännösten alarajallakaan ei liikuta suoraan sallitun toimintavapauden käytön alueella.

tilanteen kehitystä arvioivan tulee pitää mahdollisena, että teosta seuraa sellainen vaaratilanne, joka täyttää yleisen vaaran kriteerit.

Kyse olisi hieman samantyyppisestä tarkastelusta kuin Nils Jareborgin teon huolimattomuutta koskevassa opissa. On omiaan -vaarantamisessa tietyn teon kieltoa perustellaan määrätyllä tai määrätyillä mahdollisilla tapahtumienkuluilla, jotka samalla ovat niitä syitä, joiden vuoksi tekoon ei saa ryhtyä. Kriminalisoinnin kriminaalipoliittinen ratio ikäänkuin tiivistetään tällaiseen normatiiviseen harkintaan. Erona teon huolimattomuuteen on kuitenkin se, että on omiaan -vaarantamisessa kieltoa perustellaan muullakin kuin toteutuneella tapahtumainkululla.

Tältä pohjalta abstraktin on omiaan -vaarantamisen, konkreettisen vaarantamisen ja suhteessa seuraukseen määritettävän teon huolimattomuuden suhde olisi kuvattavissa seuraavasti. Seurausta syyksiluettaessa teon huolimattomuudessa toteutunut ja vahinkoon johtanut tapahtumienkulku kuuluu lainsäätäjän kieltämiin, mistä seuraa tekijälle vaatimus pidättyä kyseisestä teosta. Loukkaamisrikoksessa ontologinen vaatimus vahinkojen syntymisestä on mitä olennaisin, ja kausaalisuustarkastelu rajoittuu todellisiin, syntyneisiin vahinkoihin. Teon huolimattomuusopissa tuodaan kausaalisuhteiden tarkasteluun seurausrikosten kriminaalipoliittinen ja rikoslainopillinen perspektiivi.

Konkreettisessa vaarantamisessa kriminaalipoliittinen perspektiivi määrittyy väljemmin. Vaarannetun intressin tulee olla konkreettinen, ja tätä vastaa se, että vaarantamisen kohteesta tehdään ontologisia oletuksia. Vaarantamista katsotaan tietyn, vaarannetun intressin näkökulmasta. Konkreettinen vaara edellyttää sitä, että toteutunut tapahtumienkulku on ollut normatiivisesti katsoen »liian» lähellä sellaista, joka olisi johtanut tuon intressin loukkaukseen. Kyse olisi todellisen tapahtumienkulun ja otaksuttavien, sitä lähellä olevien mahdollisten tapahtumakulkujen »vertailusta».

Abstraktissa on omiaan -vaarantamisessa ontologiset vaatimukset ovat entistä heikompia. Se ilmenee siten, että toteutuneen tapahtumienkulun ja mahdollisten, vahinkoon johtaneiden tapahtumienkulkujen vertailua ei tehdä tietyn nimenomaisen kohteen näkökulmasta. Tarkasteltavana on yleisempi tietynlaisten intressien suojan tarve. Vertailuoperaatiosta on silti nytkin kysymys. Abstrahointi tehdään suojattavan intressin suunnassa, ja ontologiset kohdetta koskevat oletukset korvataan näiden intressien perustellulla suojan tarpeella.

On omiaan -vaarantamisessa teon tulee olla yleiseltä luonteeltaan vaarantava, minkä voi tulkita tarkoittavan sitä, että tekijän näkökulmasta on oltava järkevä, kuviteltavissa oleva mahdollisuus (yksi tai useampia) siihen, että teosta syntyy vaaratilanne tai suorastaan vahinkoseuraus. On omiaan

-vaarantamisessa edellytetään vaaran ja vahingon mahdollisuutta ex ante -tarkastelussa, mutta vahingon tai vaaran etukäteistodennäköisyyttä ei ole tarpeen asettaa kovin korkeaksi, etenkään milloin kyse on keskeisimpien oikeushyvien suojasta. Etukäteistodennäköisyyden tarkastelun sijaan on ajateltavissa sellainen tulkinta, että mahdollisten vaaraan tai vahinkoon johtavien tapahtumainkulkujen konstruointi on argumentointia on omiaan -vaarantamisen/ -vaarallisuuden puolesta. On omiaan -vaarantamisessa ei tarvita kovinkaan painokasta argumentaatiota, ennen kuin voidaan katsoa teon olleen yleiseltä luonteeltaan vaarantava.

Kriminaalipoliittinen oikeudellisten intressien suoja ilmenee tässä argumentaatiossa siten, että mitä perustellumpi jonkin intressin suojan tarve on, sitä painavamman argumentin se muodostaa. Esimerkiksi tieliikenteessä ajoneuvon kuljettaja ei saa koskaan lähteä siitä, että näkemäesteen takaa ei tule ketään. Sellaiseen oletukseen perustuva toiminta on tyyppiesimerkki luonteeltaan vaarallisesta teosta.

On omiaan -luonteiseen yleiseen vaaraan liittyy tiettyjä erityispiirteitä. Jos tuollainen vaarantaminen edellyttää, että vaarannetuiksi olisi voinut joutua useita ihmisiä, joudutaan – aivan kuten on omiaan -vaarassa yleensäkin – tekemään arvioita siitä, miten tilanne olisi voinut kehittyä. Tieliikenteessä se on suhteellisen helppoa, kun ajattelemme vain, olisiko joku voinut tulla ohittajaa mutkassa vastaan.

Abstraktion tasolla yleistä vaaraa joudutaan tarkastelemaan joko ex ante -todennäköisyytenä tai tekotyypin vaarallisuutena. Ratkaisevaksi tulee se, voidaanko faktis-juridisella argumentaatiolla perustella sellaisia tapahtumainkulkuja, jotka olisivat johtaneet konkreettiseen yleisvaaraan tai konkreettiseen »yleisvahinkoon». Konkreettisella yleisellä vaaralla puolestaan tarkoitetaan määrittymättömään ryhmään kohdistuvaa vaaraa. Kuten edellä mainittiin, erityisesti ryhmän ja vaaran intensiteetin ollessa suuri saattaisi sellainenkin vaara olla yleinen, joka realisoituessaan kohdistuisi vain yhteen ihmiseen.

Oliko tekijän asemassa olevan henkilön kannalta tekotilanteessa olemassa jonkinasteinen ja huomioon otettava todennäköisyys siihen, että teosta aiheutuisi yleistä vaaraa? Oliko tekotyyppi sellainen, että siihen liittyy kokemuksen mukaan tai tilastollisesti riski tuollaisen seurauksen syntymisestä? Voidaanko perustella oikeudellisesti argumentoiden ne kvasiontologiset oletukset, joiden varassa on omiaan -vaarantamisen edellyttämät »vaara- ja vahinkokertomukset» saadaan kertoa?

Tulipalon sytyttäminen ei olisi tyypillisesti yleisvaarallista, jos tekijän tieten ainoastaan paria ihmistä on vaarannettu hyvin vähäisellä intensiteetil-

lä, mutta varmasti vain heitä. Sen sijaan, jos tekijä ei ole varmistunut tästä, ts. jos tekijä ei ole tutkinut huoneita etukäteen tai tehnyt asiasta muita havaintoja, hän ei voi tietää vaaran laajuudesta tai intensiteetistä. Silloin yleisvaara olisi tyypillisesti käsillä.

Oikeudellisella argumentaatiolla perustettavien vahingon syntymahdollisuuksia koskevien konstruktioiden rajat jäävät väistämättä epäselviksi. Tämä vaikeuttaa erityisesti yleisen vaaran käsittelyä abstraktina. Yleisen vaaran käsitettä aikaisemmin täsmentäneistä kriteereistä määrittymättömyys kuvaa oikeastaan jo sellaisenaan ex ante perspektiivistä abstraktin vaaran tavoin vaarailmiötä. Sen vuoksi myös käsitteen »ihmisjoukko» sisältö jää tällä tasolla ei-konkreettiseksi. Konkreettisena vaaranakin yleinen vaara määrittyy osaksi abstraktiona teonhetkisen tilanteen pohjalta.

Olen edellä lähtenyt siitä, että vaarantamisdogmatiikan luokitteluissa erotellaan tiettyjä kysymyksiä ja asetetaan niitä vastaavia argumentaatiorakenteita. Konkreettisen yleisvaaran voisi nähdä argumentaatiorakenteena sellaiseksi, että määrittelemättömyys ja vaarannettujen piiri (sen lukuisuus sekä mahdollisesti vaaran intensiteetti) muodostavat toisiaan täydentävät argumentaatiosuunnat vaaran yleisyyden toteamisessa. Mitä intensiivisempänä ja mitä jäsenmäärältään lukuisampaan ihmisryhmään yleinen vaara kohdistuu, sitä vähempi arvo voidaan antaa määrittelemättömyys-kysymykselle. Itse asiassa määrittelemättömyys voi siirtyä koskemaan ryhmän sisäisiä suhteita: ryhmän sisällä ehkä joku vahingoittuu, mutta tekijä ei tiedä kuka. Jos teko toisaalta taas suuntautuu tyypillisesti sivullisiin, ja sattumanvaraisesti määräytyy, kuka joutuu vaaratilanteeseen tai vahingoittuu, olisi kohdehenkilöiden lukumäärää koskeva vaatimus alimmillaan. Vaaran tulee kohdistua ryhmään, jossa voi olla useita jäseniä.[33]

Erityisesti kysymys joukon määrittyneisyydestä asettuu hankalasti yleisessä tarkastelussa. Ei ole aina helppoa arvioida sitä, olisiko vaarannetuksi voinut tulla sellaisia henkilöitä, jotka kuitenkaan eivät kuuluneet konkreettisesti vaarannettujen piiriin. Tekijän toiminta määrää tapahtumien etenemisestä vain osaksi.

Määräytyneisyys-kriteeri toimii vaaran yleisyyttä supistavaan suuntaan. Jos vaaravyöhyke ja konkreettisesti tai potentiaalisesti vaarannettujen piiri jäävät hyvin suppeaksi, peruste pitää tekoa yleisvaarallisena poistuu, erityi-

[33] On otettava huomioon se, että tuhotyön suhde RL 21:13:n vaaran aiheuttamiseen ei saisi muodostua epäluontevaksi. Tuhotyösäännöksellä ei ole ollut tarkoituksena täyttää sitä rangaistavuusaukkoa, joka johtuu siitä, että vaaran aiheuttamisessa »yksilövaaran» tulee olla konkreettista, eikä tähän ilmeisesti olisi kriminaalipoliittista tarvettakaan.

sesti milloin vaaran intensiteettikin on vähäinen. Määräytyneisyydellä voi olla merkitystä osoituksena niinikään tekijän tilannekontrollin laadusta. Jos kontrolli on heikko, jää lähinnä satunnaisuuksista riippuvaksi, syntyykö vahinkoja. Esimerkiksi täysin satunnaisesti valitun rakennuksen sytyttämisessä voi nähdä yleisvaarallisuuden piirteitä jo siitä syystä, että teon vaarallisuusaspekti on luultavasti tekijälle täysin yhdentekevä. Niin satunnaisesti valitun kuin tietyn tarkoitetunkin asutun talon sytyttäminen tuleen on normaalitapauksessa tuhotyönä rangaistavaa jo siitä syystä, että tulipalon aiheuttamat vaarat ovat vakavia ja tyypillisesti kohdistuvat yhtä useampaan ihmiseen.

Potentiaalisesti vaarannettujen lukumäärä saa siis merkitystä. Tämä argumentti itse asiassa rakentaa sen varaan, että kyseisenlainen rakennus on tyypillisesti sellainen, että siellä voi oleskella ihmisiä. Teoriassa voitaisiin rakennuksen ulkoasusta useinkin päätellä, miten suureen joukkoon vaara esimerkiksi tulipalon sattuessa kohdistuu.

Tarvittavaa vaara-arviota ei voida mielekkäästi perustaa yksinomaan esimerkiksi tilastolliseen tietoon, kuten: tällaisessa rakennuksessa oleskelee keskimäärin x ihmistä. Vaarallisuusharkinnan sitominen puhtaasti empiiriseen tilastotietoon peittäisi näkyvistä sen oikeudellisen intressiensuojanäkökulman, joka on olennainen peruste vaarantamiskriminalisointien säätämiseen. Sentyyppistä tietoa, jota tässä tarvittaisiin, ei yleensä ole edes saatavilla.[34] On omiaan -vaatimus edellyttää, että otamme huomioon sellaisiakin intressejä, jotka eivät ole »aktuaalisesti läsnä», mutta jotka olisivat voineet olla. Potentiaalisen vahinkoon johtavan tapahtumainkulun ei tarvitse olla kaikkein tavanomaisin ja tyypillisin.

Abstraktia yleistä vaaraa on hankala saada käsitteellisesti täsmennetyksi ja vastaavasti soveltaa tällaisen määrittelyn sisältävää normia, ellei vaarantamisen ympäristönä ole jokin selkeästi hahmottuva toiminto, joka helpottaa otaksuttavien tapahtumainkulkujen hahmottamista. Ei tule nähdä puutteena sitä, että on omiaan -vaaraa koskeva argumentaatio joutuu ottamaan kohteekseen toteutumattomia tapahtumakulkuja. Silti on muistettava, että vaarallisuusarvostelmissa ei voida tukeutua mielivaltaisiin tai täysin imaginaarisiin tapahtumainkulun konstruktioihin. Kvasiontologisella kontrafaktuaalisuudella on oltava järkevät rajansa. Abstraktia yleisvaaraa arvioitaessa voidaan kuitenkin yleensä lähteä siitä, mikä olisi ollut pahin järkevästi kuviteltavissa oleva vaihtoehto. Tuhopoltossa voitaneen lähteä siitä, että oma-

[34] Tieliikenne on niitä harvoja elämänaloja, joilla onnettomuusriskiarviot saadaan edes jossakin mielessä »ihanteellisella» tavalla perustetuksi tilastoihin. *Kamppinen ym.* 1995, 50–51.

kotitalo on perheen asunto siitä riippumatta, kuka siinä asuu. Toisaalta jos esimerkiksi murtomiehet murtautuvat omakotitaloon, jonka havaitsevat olevan tyhjillään, ja lähtiessään sytyttävät sen palamaan, ei yleisvaarallisuutta voine varauksitta perustella sellainen mahdollisuus, että joku olisi voinut piileskellä kellarissa tai ullakolla. Mikä merkitys näille mahdollisuuksille annetaan, jää oikeuskäytännön täsmennettäväksi.[35]

Yleisvaarallisten rikosten uudistus osoittaa, että teoreettisen, lainsoveltamista palvelevan lainopin kehittelyn tarve voi olennaisesti kasvaa lainsäätäjän ratkaisujen vuoksi. Lainopilliset tulkintaongelmat voivat myös olennaisesti muuttaa muotoaan.

Jos asiaa katsoo lainsäätäjän kriminaalipoliittisten ratkaisuvaihtoehtojen näkökulmasta, mitään välttämätöntä syytä tällaiseen hyvin konstruktivistiseen yleisvaara-ajatteluun ei sinänsä ole. Jos uusien yleisvaara-tunnusmerkistöjen tulkinta osoittautuisi liian hankalaksi, olisi ajateltavissa, että uudelleen lähennyttäisiin kasuistisempaa sääntelytekniikkaa. Yksi vaihtoehto olisi myös Ruotsin mallin mukainen kriminalisointitekniikka, jossa vältetään abstraktin vaaran ja yleisen vaaran yhdistelmää.

Edellä oli rattijuopumusrikosten yhteydessä esillä se kysymys, että abstrakti vaarantaminen tulee usein arvioida vain olosuhteissaan konkretisoidun teon ominaisuutena. Konkreettisten tekojen abstraktin yleisvaarallisuuden arvioinnit voivat poiketa toisistaan, mikäli teoilla on vaarallisuuden näkökulmasta relevantteja eroja. Esimerkiksi tuhotyössä voidaan lähteä siitä, että arvioitavana on juuri määrätynlaisen tulipalon sytyttämisen tai räjäyttämisen yleisluonteinen vaarallisuus.

Ajatellaan, että A sytyttää tuleen tavallisen puisen kaksikerroksisen omakotitalon. A jää seuraamaan rakennuksen syttymistä siksi ajaksi, että tuli lähtee hyvin leviämään. A on melkoisen varma siitä, että rakennus palaa kokonaisuudessaan. Tekotyyppiä voidaan ehkä konkretisoida jonkin verran olosuhteiden mukaan. A on saattanut jonkin verran selvittää sitä, näkyykö rakennuksessa merkkejä siitä, että kotosalla olisi ihmisiä. Nämä ovat sellaisia olosuhteita, joiden mukaan lähtöoletuksia teon vaarallisuudesta voidaan korjata. Jos tekijä on esimerkiksi alkuillasta mutta pimeän aikaan selvittänyt, ettei missään huoneessa pala valoa, viittaisi se siihen, ettei ketään ole kotosalla. Jos taas sisällä näkyy liikehdintää ja valoja, on vastaavasti luonnollista lähteä siitä, että sisällä on joku.

---

[35] Ratkaisun perusteluissa olisi aiheellista ottaa rajatapauksissa kantaa siihen, ovatko tekijät riittävällä tavalla varmistautuneet siitä, ettei teko ole omiaan aiheuttamaan lainkohdan tarkoittamaa vaaraa.

Näin ollen tekotyyppejä on mahdollista eriyttää vaarallisuutensa näkökulmasta. Tuhotyön tyyppisissä tunnusmerkistöissä voi kuitenkin lähteä siitä, ettei konkretisointia tule viedä kovin pitkälle. Lainsäätäjä lienee tarkoittanut tätä mainitessaan, että asuinrakennuksen polttaminen olisi lähtökohtaisesti tuhotyötä. Lainsoveltaja ei saa viedä konkretisointia niin pitkälle, että edellytettäisiin konkreettista yleisvaaraa.

Ruotsissa murhapoltosta tuomitaan BrB 13:1:n mukaan se, joka sytyttää tulipalon niin, että siitä aiheutuu vaaraa toisen hengelle ja terveydelle tai vaaraa huomattavasta toisen omaisuuden tuhoutumisesta. Säännös edellyttää konkreettista vaaraa. Yhdenkin henkilön vaaraan joutuminen riittää. Toisaalta, jos kukaan ei joudu vaaraan, säännöstä ei voida soveltaa. Ruotsissa murhapoltto ei edellytä siten varsinaista yleistä vaaraa. Jotta kyse on murhapoltosta henkilöön kohdistuvan vaaran perusteella, on jonkun pitänyt olla sytytetyn tulipalon vaikutuspiirissä.

Ruotsissa yleisen vaaran käsitteen tulkinta tulee sen sijaan keskeiseksi myrkyttämistä ja tartunnan levittämistä koskevan BrB 13:7:n yhteydessä. Jareborgin mukaan yleinen vaara edellyttää yksittäistä ja satunnaista konkreettista vaaraa. Yleinen vaara hengelle ja terveydelle edellyttää vähintään yhden henkilön joutuneen konkreettiseen vaaraan sillä tavalla kuin vaaran aiheuttamista koskevassa säännöksessä edellytetään. Konkreettisesti vaarannetun tulee »edustaa» suurempaa vaarannettujen ryhmää. Heidän piirinsä voi olla joko määrittymätön tai määrittynyt. Jos tuo ryhmä on määrittynyt, tulee siihen joka tapauksessa kuulua runsaslukuinen joukko ihmisiä. Yleinen vaara on ryhmän yhteen tai useampaan jäseneen kohdistuvaa vaaraa. »Det skall vara existensiellt möjligt och plausibelt att någon, obestämt vem, i gruppen drabbas.»[36]

Jos Jareborgin esittämän perusteella määritettäisiin yleinen vaara abstraktina vaarana, se tarkoittaisi etukäteistodennäköisyyttä tai mahdollisuutta yksittäisen ja satunnaisen konkreettisen vaaran syntymiseen. Tulisi siis olla mahdollista, että muodostuisi sellainen ryhmä, jossa vähintäänkin yksi sen jäsenistä joutuisi konkreettiseen vaaraan. Tämän määrittelyn ero edellä esitettyyn ei oikeastaan ole kovin suuri. Suurin ero olisi siinä, että tämän ryhmän sisällä riittäisi konkreettisessa yleisessä vaarassa yhdenkin jäsenen joutuminen vaaraan, ja abstraktissa yleisessä vaarassa tästäkin voitaisiin luopua. Sinänsä jo Jareborgin määrittely osoittaa, että konkreettisena vaaranakin yleisessä vaarassa on abstraktin vaaran piirteitä. Jos ryhmän muodostumista katsotaan ex ante, voidaan ajatella, että kohdejoukko voidaan oikeastaan mää-

[36] Ks. *Jareborg* 1995, 115.

ritellä ainoastaan »joukko-opillisesti» siten, että ryhmään kuuluvat kaikki ne x:t, jotka täyttävät ehdon y.

Ruotsissa omaksuttua yleisvaaran määrittelyä voisi valaista vielä esimerkillä. Ajatellaan, että ilkeä apteekkari laittaa yhden myrkkypillerin apteekkinsa itsepalveluosan hyllylle johonkin käsikaupassa olevaan lääkepurkkiin.[37] Vaara ostajille on olemassa. Kuka tahansa voi mennä ja ostaa vahingossa myrkkytabletin. Kun liike on avattu ja asiakkaita alkaa tulla sisään, he kaikki tulevat vaarannetuiksi. Heidän omista ostopäätöksistään on kiinni se, mitä seuraavaksi tapahtuu. Etukäteen ei ole tietoa, kuka asiakkaista ostaa mitäkin tuotteita. Lopputulos voi olla, että kukaan ei osta myrkkytablettia, vaikka se olisi hyllyssä useita päiviä. Tuhansia ihmisiä on silti joutunut jonkinlaiseen vaaraan. Jos joku olisi ostanut tabletin ja jos hän tai joku muu olisi nauttinut sen, seurauksena olisi ollut myrkytys. Nyt ryhmä on määritettävissä: kaikki jotka ovat liikkeessä asioineet ovat joutuneet vaaraan, vaikkakin sen todennäköisyys, että tietty henkilö ostaa tabletin, jää hyvin pieneksi. Toisaalta taas mitä suuremmaksi ryhmä tulee, sitä suurempi on todennäköisyys, että joku ostaa myrkkytabletin. Pitkän ajan kuluessa tämä on jokseenkin varmaa. Tekijän näkökulmasta kohderyhmä on rajaamaton, koska hänellä ei ole kontrollia ryhmän muodostumiseen.

Abstrakti yleisvaara hengelle ja terveydelle voisi nyt tarkoittaa, että jo hyvin alhainenkin todennäköisyys sille, että joku ostaa tabletin, tekisi teon rangaistavaksi. On omiaan -vaarantamisen ja konkreettisen vaarantamisen ero voisi olla myös eroa rikoksen täyttymisen ajankohdassa. On omiaan -rikos täyttyisi periaatteessa jo silloin, kun liike avataan: heti silloin joku saattaa törmätä sisään liikkeeseen ja ostaa myrkkytabletin.[38] Jos yleinen vaara määrittyy ryhmän vaarantamisena, ryhmän muodostavat ne ihmiset, jotka olisivat voineet tulla liikkeeseen. Abstraktin vaaran täyttyminen heti liikkeen avaamisella saisi perustelun siitä, että tuotteiden markkinointi kuluttajille on sellaista vaihdantaa ja siis sosiaalista käytäntöä, jossa vuorovaikutussuhteet perustuvat typisoituihin rooliodotuksiin.

Jos konkreettinen vaara edellyttää seurauksen syntymisen mahdollisuudelta korkeampaa todennäköisyyttä ja jopa ontologista mahdollisuutta (esim.

---

[37] Ks. RL 34:4:n (578/95) säännös terveyden vaarantamisesta. Esimerkkimme sopisi periaatteessa 1)-kohdan tekotapaan.

[38] Jokin hatara »ontologinen» oletus on nytkin tehtävä. Jos viranomaiset ovat evakuoineet kaupungin tulvavaaran vuoksi, ei jää järkevää mahdollisuutta siihen, että joku tulisi liikkeeseen ostoksille. – RL 34:4.1:n 1)-kohdassa terveyden vaarantamista voi olla »vaaralliseksi saatetun» aineen pitäminen muiden saatavilla. Ks. myös *HE* 94/1993 vp., 124–125.

että liikkeessä on liikkunut joku mahdollinen asiakas), rikos ei täyttyisi vielä liikkeen oven avaamisella. Esimerkiksi Honkasalo määritteli konkreettisen vaaran: »Konkreettinen vaara on tila, johon olemassa olevien, tahdontoiminnan hetkenä yleisesti tai myöskin vain tekijälle tunnettujen seikkain vallitessa liittyy läheinen mahdollisuus (todennäköisyys) siitä, että seurauksena tulee olemaan oikeushyvän loukkaus».[39] Luultavasti konkreettisen vaaran katsottaisiin olevan käsillä vasta, kun joku on kyseisen purkin ostamassa. Kokemussääntö sanoo, että tabletteja ostetaan käyttöä varten, eikä ole odottamatonta, että joku nauttii tabletteja ostamastaan lääkepurkista.

Jos ajatellaan on omiaan yleistä vaaraa siitä näkökulmasta, miten suurella todennäköisyydellä teon seurauksena on konkreettinen vaara, todennäköisyys on selvästi suurempi kuin silloin, jos ajatellaan suoraan hengenmenetyksen tai myrkyttymisen riskiä. On monia kuviteltavissa olevia tilanteita, joissa konkreettinen vaara ei johda vahinkoseuraukseen. Myrkkytabletin sisältävä purkki saattaa kadota tai tuhoutua, purkki voi unohtua lääkekaapin hyllylle lopullisesti, mainittu yksittäinen tabletti voi pudota lattialle, joku voi havaita yksittäisen pillerin erilaisen ulkomuodon ja arvata vaaran jne. Lisäksi tabletin nauttiminenkaan ei ehkä aivan varmasti johda myrkytykseen tai kuolemaan.[40]

Tekotyypin muodostamisen kannalta on vielä tarkasteltava, mikä merkitys on sillä, miten hyvän kontrollin apteekkari säilyttää tilanteeseen?[41] Jos yleisen vaaran määritelmään kuuluu se, että satunnaisesti määrittyvä ulkopuolinen joutuu vaaraan, on varmasti merkitystä sillä, mitä apteekkari itse tekee. Jos hän varta vasten asettaa myrkkypurkin sillä tavoin, että hän voi

[39] *Honkasalo* 1960, 132–133.

[40] Frände on kiistänyt sen, että voitaisiin erottaa toisistaan lausekkeet on omiaan -vaarantamaan ja on omiaan -aiheuttamaan vahinkoa. Perusteena on se, että on omiaan -vaarantamisessa hänen mukaansa todennäköisyys tulisi arvioitavaksi kahteen kertaan. On kuitenkin eri asia vastata siihen, oliko teko omiaan aiheuttamaan (konkreettista) vaaraa kuin oliko se omiaan aiheuttamaan vahinkoa. Fränden kanta johtaa tässä – samoin on konkreettisen vaaran edellyttämän todennäköisyyden osalta – siihen, että on omiaan -vaatimusta tulkitaan liiankin supistavasti. Ks. *Frände* 1994a, 50–51.

[41] Jareborg on viimeaikaisessa rikosoikeusteoriassaan korostanut teon kontrolloitavuuden vaatimusta. Itse kontrolloitavuuden vaatimus jää kuitenkin epäselväksi. Teko on kontrolloitu, jos tekijä voi pysäyttää sen kausaalisen tapahtumisen, joka teosta muuten olisi seurauksena. Kontrolloitavuus tarkoittaa tässä yhtäältä tietynlaista ihmisen perustoimintojen kontrolloitavuutta, teon tietoisuutta, mutta myös pidemmälle ulottuvaa teon seurausten kontrollointia. Jareborg korostaa sitä, että kontrolloitavuus ei kytkeydy suoraan tekijän kykyyn ja omiin käsityksiin, vaan on yleisempää kykyä ja kontrolloitavuutta. *Jareborg* 1994, 30–31.

tehdä havaintoja siitä, milloin joku sen aikoo ostaa, ja jos hän pysyy kassalla, hän voinee hallita tilanteen kehitystä varsin pitkälle. Vasta kassalla, kun joku tulee purkkia ostamaan, joutuu apteekkari lopullisesti valitsemaan sen, päästääkö hän asiakkaan menemään. Jos hän taas ei tiedä, mihin monista samanlaisista purkeista hän on myrkyn laittanut, hän luopuu tilannekontrollista jo aikaisemmin. Hallitsematon tapahtumainketju on voinut lähteä liikkeelle heti, kun ensimmäinen purkki, jossa myrkky on saattanut olla, on myyty.

Yleisessä vaarassa tekijäkään ei hallitse tekonsa vaikutuksia. Yleisvaarallisuus alkaa varsinaisesti siitä, mihin kontrolli päättyy. Tuhopoltossa tulen riistäytymisen piste voi olla jo pian tulen sytyttämisen jälkeen. Ilkeän apteekkarin tapauksessa kontrolli menetetään silloin, kun apteekkari ei itsekään tiedä, missä myrkkypilleri on, ja siitä huolimatta sallii tuotteiden myynnin.[42]

Tilannekontrollin vaatimus voi heijastua vielä toisellakin tavalla yleisvaarallisten rikosten tekotapoihin. Tekijä on saattanut hankaloittaa pelastustoimiin ryhtymistä esimerkiksi poistamalla palopaikalta pelastusvälineistöä tai estämällä puhelimen käytön avun kutsumiseen tms. Tekijä voi ts. omilla (kontrolloiduilla ja tarkoitetuilla) toimillaan pyrkiä lisäämään tilanteen vaarallisuutta, eli vähentämään pelastajien tilannekontrollia. Monessa tapauksessa tekijä- ja uhritaho ovatkin vastakkain myös tilannekontrollin kannalta. Tekijän kontrolli yleisvaarallisessa rikoksessa on tyypillisesti sellaisen tapahtumasarjan käynnistämistä, johon muiden ja ehkä hänen itsensäkin on vaikea saada uudestaan kontrollia ennen suurten vahinkojen syntymistä. Tilannekontrolli liittyy paitsi teon vaarallisuuteen, myös tekijän syyllisyyteen. Esimerkiksi pelastusvälineiden poistaminen palopaikalta ilmentää luonnollisesti tekijän tarkoituksia ja käy osaltaan näytöksi teon tahallisuudesta.[43] Saksan rikoslaissa (StGB 307 § 3)-kohta) on tuhopolton (Brandstiftung) tällaisella perusteella erityisen törkeäksi kvalifioiva säännös.

Saksassa on edelleen tulipalon sytyttämisestä omat säännöksensä; murhapolttosäännöstä vastaava Brandstiftung (StGB § 308) on kolmiportainen, ja lisäksi on vielä erikseen tuottamuksellista tulipalon aiheuttamista koskeva säännös. Myös tulipalon vaaran aiheuttamisesta on oma säännöksensä, jollaista meillä ei lainkaan tunneta (ks. kuitenkin esim. RL 44:21 ja 22). Saksalaisissa säännöksissä ei yleisen vaaran käsite esiinny lainkaan. Brandstif-

[42] Vrt. sellaiseen tapaukseen, jossa myrkyllä aiheutettiin yleistä vaaraa aitauksessa oleville kotieläimille. KKO 1961 II 55.

[43] Aikaisemman RL 34:3:n mukaan sammutuskalujen pois toimittaminen oli yksi teon törkeäksi kvalifioivista seikoista.

tung muistuttaa lähinnä Suomen aiempaa murhapolttoa eri variaatioineen. Sytytettävän kohteen laadun perusteella määrittyy pitkälle se, mitä säännöstä sovelletaan. StGB 307 §:ssä on erityisen vakavan tulipalon sytyttämisessä rangaistuksen erityisminiminä 10 v. vankeutta. Tätä säännöstä sovelletaan mm., jos joku rakennuksessa sytyttämishetkellä ollut saa palossa surmansa.

Vaikka saksalainen lainsäädäntöratkaisu lähtee presumoidusti vaarallisesta perusrikoksesta, huomiota kiinnittää erikseen säädetty mahdollisuus tehokkaaseen katumiseen. Tekoa ei rangaista tuhopolttona, jos tekijä sammuttaa palon ennen kuin hänet on havaittu ja ennen kuin tuleen sytyttämisestä aiheutuva vahinko on syntynyt (StGB 310 §). Tekijällä on mahdollisuus tehokkaan katumisen perusteella vapautua rikosvastuusta. Mahdollisuus ulottunee käytännössä siihen hetkeen, kun hän ei enää omilla toimillaan pysty sammuttamaan palonalkua.[44]

Suomessakin voisi olla mahdollista tulkita RL 34:1:ää siten, että tehokkaan katumisen tilanteessa päästäisiin teon rajautumiseen tämän säännöksen ulkopuolelle. Tämä edellyttäisi kuitenkin sitä, että yleisen vaaran vaatimusta tulkitaan siten, että tunnusmerkistö täyttyy vasta, kun tulen leviämisen estäminen omin toimin ja siten tehokas katuminen ei enää ole mahdollista. Samaa tulosta voitaisiin perustella myös sillä, että tuli ei ole vielä silloin päässyt irti. Toisaalta se, että rangaistavuus edellyttää vain abstraktia yleisvaaraa, periaatteessa varhentaa rikoksen täyttymistä.

Huomattakoon, että 34:7:n mukaisessa yleisvaaran tuottamuksessa on erityinen toimenpiteistä luopumisen mahdollistava 3 mom:n säännös, jonka perusteena on tekijän tehokas vaaran poistaminen ennen vahinkojen syntymistä. Esimerkiksi rattijuopumusrikoksissa ei ole eroteltavissa yhtä selkeästi tilanteen kehittyminen kohti varsinaisten vahinkojen syntyä. Niissä ei olekaan aihetta kehitellä katumisen sääntelyn kautta rangaistavuuden poistavia perusteita.

Mikäli abstraktille yleisvaaralle asetettaisiin kovin vaativat kriteerit, voisi syntyä rangaistavuus-aukkoja. Esimerkiksi niissä tilanteissa, joissa pyromaanin sytyttämässä tulipalossa joku hänen tietämättään sisällä oleva saa surmansa, mikään henkirikossäännös ei ehkä sovellu. Tekijältä saattaa puuttua tahallisuus tappoon tai surmaan. Entä hänen vastuunsa tuottamuksellisesta seurausrikoksesta? Onko pyromaani »rikkonut huolellisuusvelvollisuuttaan» siinä, ettei hän ole tarkastanut rakennuksen tiloja ennen tekoaan? Olisiko huolellisesti suoritettu polttaminen estänyt seurauksen syntymisen, jne? Tällai-

[44] Vastaavaa mahdollisuutta vanhan RL 34:1:n osalta on perustellut *Honkasalo* 1960, 135–136.

sia kysymyksiä ei ole tapana esittää, yhtenä syynä varmastikin se, ettei rakennusten polttamisen nähdä olevan sellaista yhteiskunnassa järkevää toimintaa, joka vaatisi erityistä suojaa. Vastaavasti rakennuksissa olevien intressi saada oleskella niissä turvallisesti on mitä keskeisin.

Tuottamusopin kannalta on usein luontevampaa puhua huolimattomuuden sijaan varomattomuudesta, vaikka vaarat taas perustelevat velvollisuutta kantaa toisten intresseistä huolta – tekijä kun vastaa toiminnastaan. Sinänsä huolellinenkin polttaminen, eli harkitusti ja tunnollisesti suoritettu teko, voi olla varomatonta tekijän tarkoituksiin nähden sivullisten intressien suhteen.

Luultavasti siitä syystä, että tuhopolton sosiaalista arvoa pidetään olemattomana, kynnys tuottamuksellisesta seurausrikoksesta tuomitsemiseen jää väistämättä alhaiseksi. Polttajalta on edellytettävä teon huolimattomuuden poissulkeutumiseksi siinä määrin pitkälle meneviä varotoimia, että jos joku kuitenkin on rakennukseen jäänyt, se todistanee jo yleensä varotoimien riittämättömyydestä.

Abstraktin yleisvaaran ja teon huolimattomuuteen kuuluvan kielletyn riskinoton yhteys on siinä, että yksittäisen seurauksen syyksilukemisen kannalta merkitystä ei olekaan sillä, onko teko kielletty yleisvaarallisuutensa vai ainoastaan »yksilöllisen vaarallisuutensa» perusteella. Tekijä vastaa RL 21 luvun mukaisesta seurausrikoksesta jo silloin, kun teko oli kielletty yksittäisvaarallisen luonteensa vuoksi. On siis mahdollista, että tekijä vastaa tuottamuksellisesta seurausrikoksesta, vaikka esimerkiksi tuhotyön tunnusmerkistö ei täyttyisi.

Oikeushyvien suojelun näkökulmasta murhapolton ja tuhotyön tapaisilla kriminalisoinneilla jaetaan huolenpitovastuuta. Presumoidulle tai abstraktille vaaralle rakennetut rikostunnusmerkistöt merkitsevät vastuunjakoa toisin kuin jos asiaa katsotaan tuottamuksellisten seurausrikosten näkökulmasta. Jos vaara kohdistuu rakennuksessa asuvien tai siellä satunnaisesti oleskelevien turvallisuuteen, on pohdittava, kenen vastattavaksi se kulloinkin kuuluu. Voidaan lähteä siitä, että asukkailta ei tarvitse edellyttää varotoimenpiteitä sen suhteen, että heidän asuntoaan ei tahallaan polteta. On oikein, että sytyttäjä vastaa kaikissa suhteissa niistä vaaroista, joita teosta koituu asukkaiden turvallisuudelle. Tällä selittyy tarve normatiiviseen vastuiden jakautumiseen selkeästi niin, että asukkailta ei tarvitse edellyttää varotoimia tällaisten tekojen varalta.[45] Sitä satunnaisuutta, että asukas ei jollakin hetkellä ole koto-

[45] *Kindhäuser*, 1989, 296, korostaa sitä, että tuottamuksen suunnasta katsottuna turvallisuuden ongelma ei tule asianmukaisesti esitetyksi ja ratkaistuksi. Tuhopolton kiel-

na, ei saa tulkita varotoimenpiteeksi tuhopolttoon nähden. Kenenkään ei tarvitse väistyä talostaan tuhopolton uhkan vuoksi. Juuri tässä mielessä on omiaan -kriminalisoinnilla on tarpeen suojata niitä intressejä, jotka eivät muuten tulisi edustetuiksi.

Tuhopolton abstrakti vaarallisuus on luonteeltaan objektiivista eli se todistaa olevan sellaista käyttäytymistä, jonka olemassaoloon on syytä varautua. Lisäksi sen vaikutukset välittyvät myös subjektiiviseen turvallisuuden tunteeseen. Positiivisen yleisprevention kannalta onkin tärkeää, että ihmiset voivat luottaa siihen, ettei tällaisia turvallisuusnormeja yleisesti loukata, ja että toisten toiminnan voidaan tulevaisuudessakin odottaa olevan norminmukaista.

Lainuudistuksen jälkeen nousee kuitenkin kysymys, miten varotoimiin olisi suhtauduttava. Jos tekijä esimerkiksi pieneen omakotitaloon murtautumisen jälkeen, kierrettyään rakennuksen huoneet läpi, päättää sytyttää rakennuksen palamaan, on epäluontevaa enää nähdä perusteita teon yleiselle vaarallisuudelle hengen ja terveyden kannalta. Lakivaliokunnan mietinnössä luotiin eräänlainen presumtio siitä, että esimerkiksi asutun rakennuksen tuleen sytyttäminen olisi lähtökohtaisesti yleisvaarallista ja kuuluisi tuhotyösäännöksen soveltamisalaan. Valiokunnan nimenomaisen lausuman mukaan säännöstä ei kuitenkaan voitaisi soveltaa, jos »tekijä on ensin tarkkaan varmistautunut siitä, että kukaan ei joudu vaaraan».[46]

Yleisvaara presumoitaisiin lähtökohtaisesti, mutta toisaalta presumtio on kumottavissa. Lakivaliokunnan kannanotto on kuitenkin ongelmallinen siinä suhteessa, että varmistautumistoimenpiteiltä edellytetään niin paljon, että kukaan ei saa joutua vaaraan. Olisi luonnollista – jos yleinen (on omiaan) vaara eroaa tavallisesta (on omiaan) vaarasta – että tekijän tulisi varmistautua vain siitä, että teko ei aiheuta abstraktia yleistä vaaraa. Nyt vaarantamisvaatimuksen ja varotoimenpiteiden tason välille jää epäsuhta, joka tarkkaan otettuna merkitsee sitä, että yleisvaara edelleenkin säilyy käytännössä presumoituna. Siltä osin kuin tekijän varmistautuminen riittää sulkemaan pois mahdollisuuden yleisen vaaran aiheutumiseen, mutta ei sulje kaikkea vaarallisuutta pois, jää yleistä vaaraa koskeva presumtio voimaan ja tekijä olisi tuomittava. Asialla on yhteys myös syyksiluettavuuteen: teon tosiasiallista

---

lolla nimenomaan kompensoidaan normatiivisesti sitä asukkaiden puutetta, että he eivät ole kykeneviä ennakollisesti huolehtimalla torjumaan tällaisten tekojen turvattomuutta tuottavaa vahingollisuutta.

[46] *LaVM* 22/1994 vp., 17.

yleisvaarallista luonnetta koskeva erehdys voisi sulkea pois teon tahallisuuden.

Sanotulla kysymyksellä on yleisempi yhteys todistusoikeudellisiin harkintaperiaatteisiin. Sikäli kuin juridinen presumtio tehdään, mutta se kuitenkin on kumottavissa, edellytetään vastanäytöltä saksalaisen todistusopin mukaan »täyttä vakuuttavuutta», kun taas faktisen presumtion tai ns. prima facie -näytön kumoamiseen riittää vakuuttuneisuutta heikentävä vastanäyttö. Mielestäni ei ole tarpeen rakentaa sellaista oppia presumoidusta vaarantamisesta, että presumtioita erityisesti suojattaisiin suhteessa vastakkaiseen suuntaan osoittavaan näyttöön.[47]

3.4 Yhteiskunnan tärkeän toiminnon vakava vaarantaminen

RL 34:1.2:ssa ei aseteta yleisen vaaran vaatimusta. Tunnusmerkistön täyttyminen edellyttää sen sijaan, että määrätyin tavoin aiheutetaan vakava vaara energiahuollolle, yleiselle terveydenhuollolle, maanpuolustukselle, oikeudenhoidolle tai muulle näihin rinnastettavalle yhteiskunnan tärkeälle toiminnolle. Vaaran vakavuus tarkoittaa sekä vahingon etukäteistodennäköisyyttä että mahdollisten vahinkojen mittavuutta

Esitöiden mukaan mainittua 2 momenttia tarvitaan tukkimaan aukkoja, joita syntyy siitä, että 1 momenttia ei voida soveltaa joihinkin selvästi tuomittaviin tekoihin. 2 momentissa taas teonkuvaus olisi yleisemmällä tasolla, mutta teon kohdentuminen ja ilmenemismuodot määritellään tarkemmin. Vaarantamisen kohteena ovat eräät yhteiskunnalle tärkeät toiminnot.[48] Vakavalta vaaralta edellytetään konkreettisuutta, mutta toisaalta vaarannettavat oikeushyvät ovat mitä yleisimpiä, ne kuulostavat suorastaan yhteiskuntapoliittisten tavoitteiden luettelolta. Miten tällaisia tavoitteita konkreettisesti vakavasti vaarannetaan? Jos veroviraston ikkunan alla räjäytetään yöllä pommi, uhkaako teko automaattisesti yhteiskunnan tärkeää toimintoa?

Se, että asetetaan vaatimus vakavasta konkreettisesta vaarantamisesta ei paljonkaan täsmennä säännöksen käyttöalaa, koska siinä on kyse erityisen abstraktien intressien suojasta. Erityisen ongelmallinen on perusteluista ilmi käyvä tavoite kattavaan sääntelyyn.

---

[47] Ks. *Graul* 1989, 234–235. – Mainittakoon, että jo *Siebenhaar* (1886, 257) selittää abstraktin yleisvaaran tarkoittavan sitä, että lainsäätäjä on tarkoittanut yleisvaaran olevan käsillä poikkeuksettomasti.

[48] *HE* 94/1993 vp., 120.

Tällaisissa säännöksissä voi nähdä kielteistä kehitystä oikeusvaltiollisten periaatteiden kannalta ja varautumista joihinkin »riskiyhteiskunnan» uusiin uhkakuviin, jotka ovat vielä niin jäsentymättömiä, ettei niitä vastaavia tekoja edes osata vielä hahmottaa. Kansalaisia tarkastellaan epämääräisesti vaarojen lähteenä, häiriöiden aiheuttajana yhteiskunnan toimintajärjestelmille. Toisaalta tulee myöntää sekin, että tällaisille toiminnoille koituvat häiriöt heijastuvat nopeasti laajalti yhteiskunnassa. Esimerkiksi jonkin tärkeän viranomaisrekisterin käytön estäminen tietyksi voisi heijastua piankin laajalti yhteiskuntaan, kun taas esimerkiksi jonkin pienen voimajohdon katkaisemisen vaikutukset yleensä jäänevät hyvin paikallisiksi.

3.5 Lainuudistus ja syyksilukemismallien rakenteet

Yleisvaarallisten rikosten uudistaminen osoittaa hyvin konkreettisesti sen, että pyrkimys vanhanaikaisesta kasuistiikasta eroon ja kohti tiiviitä vaarantamiskriminalisointeja voi tuottaa tulkintaongelmia, jos lainsäätäjä etenee nopeammin kuin teoreettiset konstruktiot saadaan kehitetyiksi. Tämä korostaa teoreettisen lainopin tehtävää palvella lainsäätäjää ja tarvittaessa myös osoittaa, mistä tietyntyyppiset lainsoveltamisongelmat johtuvat. Teoreettisen lainopin arvoa lisää se, että juuri vaarantamisrikosta koskevassa lainopissa on tarpeen hylätä totunnainen käsitys lainopista valmiiden sääntöjen tulkitsijana tai tiettyjen systemaattisten rakenteiden kuvaajana. Vaarantamisrikoksissa on tärkeää osoittaa ne argumentaatiorakenteet, jotka vastaavat kutakin vaarantamisrikoskategoriaa. Kukin argumentaatiokehikko on kytkettävissä sille tyypilliseen tapaan edistää oikeudellisten intressien suojaa. Kuvaamalla tuo argumentaatiokehikko voidaan ymmärtää, miten vaarantamisrikosten jaottelut liittyvät oikeudellisten intressien suojaan.

Oikeudellinen syyksilukemisoppi, joka koskee teon ulkonaisia elementtejä, voidaan rakentaa usean argumentaatiokehikon varaan. Vaarantamisrikokset olisivat eräässä mielessä integroitavissa yleiseen rikosoppiin tuomalla siihen lisää erotteluita. Erilaisissa rikostyypeissä rikostunnusmerkistön määrittelyyn voidaan käyttää erilaisia elementtejä. Objektiivinen syyksilukeminen voi koskea: 1) käyttäytymistä, 2) abstraktia vaarantamista, 3) konkreettista vaarantamista tai 4) seurauksen syntymistä.

1)-kohdassa on kyse siitä, onko tekijä syyllistynyt norminrikkomuksena kiellettyyn menettelyyn. Tämä kysymys voidaan palauttaa ns. kiellettyä riskinottoa koskevaksi. Myös ns. presumoidusti vaaralliset käyttäytymistavat kuuluvat asiallisesti tähän luokkaan. Käyttäytymisen syyksilukemisessa syyksilukemisen kohteena on tunnusmerkistössä kuvattu teko. Tunnusmerkistös-

sä on kuvattu tekorikos, eikä mitään vaaraa tai seurausta edellytetä syntyneen. Tietyissä seurausrikoksissa ei käyttäytymisnormia ole annettu sisällöllisesti teonkuvauksessa, minkä vuoksi se joudutaan tietynlaisena syyksilukemisen välivaiheena konstruoimaan. Tätä koskevat teon huolimattomuusopin kiellettyä riskinottoa ja objektiivisia huolellisuusvelvollisuuksia koskevat kehittelyt.

2)-kohdan on omiaan -vaarantamisen kriminalisointiin liittyy Suomessa aina nimenomainen käyttäytymisnormi. Sen vuoksi on omiaan vaarantamisesta ei milloinkaan rangaista täysin vailla tekoa koskevia muita määreitä. On omiaan -vaarantamisvaatimuksen voi luontevasti tulkita selvemmin rangaistavuutta rajoittavaksi kuin sitä perustelevaksi. Suhteessa presumoidusti vaarallisiin rikoksiin siinä asetetaan rangaistavuutta rajoittavia lisävaatimuksia. Toisaalta, jos kehitystä katsotaan konkreettisten vaarantamisrikosten väistymisenä ja abstraktien vaarantamisrikosten lisääntymisenä, abstrakteja vaarantamisrikoksia voi pitää ongelmallisena tapana laajentaa rangaistavuutta. Abstrakteissa vaarantamisrikoksissa korostuu tarve käyttäytymisnormin täsmentämiseen itse rikostunnusmerkistössä[49] samoin kuin tarve rajoittua suhteellisen selväpiirteisten intressien suojaamiseen. Suojattaessa yhteisöllisiä oikeushyviä abstraktilta vaaralta tullaan helposti useampikertaiseen abstraktioon. Se lisää vaikeuksia päästä tyydyttävään lainsoveltamiseen, mikä on niin legaliteetti- kuin syyllisyysperiaatteenkin tavoitteiden vastaista.

On omiaan -vaarantamisessa liikutaan niin ikään hyvin lähellä tuottamusopista tuttua teon huolimattomuuden arvostelua. Tältä osin ero 1)-kohdan mukaiseen käyttäytymisnormin rikkomiseen on siinä, että tekoa katsotaan nyt kuitenkin kontekstuaalisemmin. Kontekstualisointi voi vaihdella sen mukaan, minkä tyyppisestä tunnusmerkistöstä on kysymys. Jos arvioitavana on olosuhteisiinsa tarkkaan suhteutetun teon abstrakti vaarallisuus, voisi puhua jopa

[49] Tieliikenteen yhteydessä ongelmia syntyy siitä, että liikennesäännöissäkin esiintyy runsaasti vaarantamistunnusmerkkejä. Ne ovat yleensä ensi katsomalta konkreettiseen vaaraan viittaavia, joten niiden suhde liikenteen vaarantamista ja liikennerikkomusta koskeviin säännöksiin nousee ongelmaksi. Jos määrätty liikennesääntö täsmentyy ainoastaan vaarantamiskieltona, ei mielestäni ole estettä pitää kieltoa ainakaan tietyissä tapauksissa konkreettisen vaarantamisen kieltona. Esim. ajoneuvojen välistä etäisyyttä koskeva TLL 10.1. Ks. kysymyksestä *Lahti* 1982a, 49–51, jossa päädytään puoltamaan sitä tulkintaa, että »ainakin osassa yksittäisiä liikennesääntöjä on tarkoitettu abstraktisen vaarantamisen vaatimuksen asettamista silloinkin, kun käytetty sanonta viittaa pikemmin konkreettisen vaaran aiheuttamisen edellyttämiseen.»

abstraktis-konkreettisesta vaarantamisesta. Suhteessa tuottamuksellisten seurausrikosten kiellettyä riskinottoa sisältävään tarkasteluun eroa on siinä, että teon vaarallisuus voi olla rangaistavaa silloinkin, kun seurauksilta vältyttiin. On omiaan -vaarantamisessa teon vaarantava luonne todetaan osoittamalla vahinkoon ja vaaraan johtavia tapahtumainkulkuja mahdollisiksi ja huomioonotettaviksi. Tarkasteltavana ei siis ole yksinomaan tietty konkreettinen tapahtumakulku. Ontologiset oletukset ovat väljempiä kuin konkreettisessa vaarassa.

3)-kohdan konkreettisissa vaarantamisrikoksissa syyksiluetaan tekijälle paitsi käyttäytymisnormin rikkomus, myös vaaraseurauksen aiheuttaminen. Konkreettisissa vaarantamisrikoksissa tullaan vielä konkreettisemmin teon huolimattomuuden kysymyksiin, koska tekoa ja vaarantamista välittää teon kvalifiointi kielletyksi. Konkreettista vaarantamista edellyttävissä kriminalisoinneissa tuotetaan suojaa ontologisessa suhteessa määrittyneille oikeudellisille intresseille. Konkreettisissa vaarantamisrikoksissa uhattujen intressien piiri täsmentyy konkreettisiksi intresseiksi ja eräässä mielessä rikosoikeuden normien perustavanlaatuinen polariteetti tekijä- ja uhritahojen intressivastakohtana tulee esille. 1)- ja 2)-kohdan rikoksissa tuo yhteys jää yleisemmäksi. Konkreettisessa vaarantamisessa – asiaa uhatun intressipiirin näkökulmasta katsottaessa – vertaillaan toteutunutta tapahtumainkulkua sitä lähellä oleviin toteutumattomiin. Konkreettisen vaaran edellyttämä läheltä piti -tilanne korostaa sitä, että vahingoilta säästymisen on tullut olla kiinni sattumasta. Konkreettisessa vaarassa on tekijän näkökulmasta teon hetkellä katsottuna otaksuttavaa, että vahinkoon johtava tapahtumienkulku voi toteutua. Konkreettista vaaraa ei kuitenkaan muussa suhteessa arvioida tekijän, vaan uhritahon näkökulmasta. Kausaalikulkujen vertailu tehdään ex post.

4) Seurauksen syyksilukemisessa uhriperspektiivi tiivistyy edelleen. Nyt tarkastellaan lain kriminaalipoliittista suojelutavoitetta suhteessa erityisesti toteutuneeseen tapahtumainkulkuun. Kysymys käyttäytymisnormin täsmentämisestä tulee syyksilukemisen ensimmäiseksi vaiheeksi. Toisessa vaiheessa voidaan suoraan kysyä sitä, kuuluuko toteutunut, nimenomainen ja vahinkoon johtanut tapahtumienkulku ylipäätään niiden joukkoon, joiden suojaamiseksi käyttäytymisnormi on säädetty. Tapahtumienkulkua ei ole enää tarpeen niinkään verrata toisiin, toteutumattomiin, vaikkakin luonnollisesti tältäkin kannalta on tärkeää tietää esimerkiksi, miten sattumanvaraisesti seuraus loppujen lopuksi syntyi. Olennaista on se, voiko toteutunutta tapahtumienkulkua käyttää argumenttina kiellon tueksi. Tähän liittyy myös esimerkiksi uhrin oman myötävaikutuksen arviointi sellaisten periaatteiden pohjalta, joita mm. Nuutila ja Matikkala ovat kehitelleet.

Monilta osin seurauksen syyksilukemisen kysymykset ovat konkreettisissa vaarantamisissa samoja kuin konkreettisissa loukkaamisrikoksissa. Kummassakin tarvitaan syyksilukemista välittävä taso.

Ns. rikosteon ulkoisen puolen syyksilukemisen ongelmat on näin jäsennetty oikeudellisten intressien suojan näkökulmasta. Aivan samalla tavoin kuin nuo intressit ovat argumentatiivisia rakennelmia, joihin lainkäytössä otetaan kantaa, myös näitä intressejä suojaamaan pyrkivän lainopin tulee olla argumentatiivista. Argumentatiivisuus edellyttää kuitenkin sitä, että argumentaatiokehikot kyetään erottamaan toisistaan. Rikoslainopissa on kunnioitettava määrättyjä eroja, joita lainsäädännössä hyödynnetään. Esimerkiksi abstrakteissa vaarantamisrikoksissa ratkaistava kysymys – syyksilukemisen kohde – on eri kuin konkreettisissa vaarantamisrikoksissa. Eri argumentaatiokehikkoja vastaa erilainen legitimaatiotarve arvioitaessa lainsäätäjän kriminaalipoliittisia ratkaisuja. Edellä mainitut neljä luokkaa ovat jäsennyksen apuvälineitä, ja ne erottuvat lähinnä suojattavien intressien yleisyystason perusteella. Argumentaatiokehikkojen sisällä voidaan vielä jatkaa lainopillista keskustelua siitä, miten tietyn yleisyystason ilmiöiden kannalta lainsoveltamiskäytännön oikeudenmukaisuutta ja tarkoituksenmukaisuutta parhaiten palvelevat argumentaatiorakenteet on muotoiltava.

On omiaan -rikosten yleistymisen voi nähdä yhtenä pohjoismaisen hyvinvointivaltion oikeuden tyypillisenä modernisoitumisilmiönä, johon liittyy myös ongelmia. Yleisempien oikeudellisten intressien suojaaminen rikosoikeudellisilla säännöksillä väljentää väistämättä klassisia syyksilukemisen rakenteita ja laajentaa rangaistavuutta. Samalla modernin rikosoikeuden legitimaatiota koskevat kysymykset on muotoiltava uudestaan. Erityisesti klassiset oikeusvaltiolliset periaatteet, joiden olennaisena tehtävänä on rajata rikoslainsäädännön vaikutuksia yksilön autonomiaan, on tulkittava uudelleen. Nuo periaatteet eivät ole menettäneet merkitystään, vaan tulleet entistä tärkeämmiksi.

Abstraktien vaarantamisrikosten lisääntyessä syntyy uudenlaista tarvetta ymmärtää esimerkiksi abstraktin vaaran ja yleisen vaaran ero. Yleinen vaarakin on jo sellaisenaan abstraktio. Lisää tulkintaongelmia seuraa siitä, että lainsäätäjä kriminalisoi yleisvaarallisia rikoksia abstraktin vaarantamisen kiellon tekniikalla. Abstraktille yleiselle vaaralle on etsitty tulkinnallista rakennetta edellä tässä luvussa. Olennaista on tässäkin selvittää se, mitä eroa erilaisilla abstraktioilla tavoitellaan. Kaikissa oikeusjärjestyksissä ei ole modernisoitu yleisvaarallisten rikosten sääntelyä yhtä voimakkaasti kuin juuri Suomessa. Yleisvaarallisten rikosten sääntely ei edellytä sinänsä, että näiden rikosten määrittelyssä käytetään käsitettä yleinen vaara.

Tiettyjä ongelmia voi seurata siitä, että lainsäätäjä kriminalisoi vaarantamista sellaisella tekniikalla, johon liittyvää teoriaa ei ole vielä lainopissa koeteltu. Aktiivinen lainsäätäjä toisaalta tuottaa haasteellisia ongelmia lainopilliselle tutkimukselle ja edistää siten myös teorian kehitystä. Tässä edustetun näkemyksen mukaan teorian kehitys ei ole itseisarvo. Olennaista on se, että todelliset ja käytetyt kriminalisointitekniikat saavat sellaiset tulkinnat, että lainsäätäjän järkevät tarkoitukset voidaan saavuttaa ja että vaarantamiskieltojen järjestelmä saadaan sovitetuksi oikeusjärjestyksen muihin tehtäviin. Vaarantamisrikosoikeus tulee tulkinnallisesti saattaa osaksi muuta rikosoikeutta. Näin voidaan parhaiten estää se, että riskiyhteiskunnan rikosoikeudessa joko supistetaan aiheettomasti kansalaisvapauksia tai jätetään olennaisia oikeudellisia intressejä vaille ansaitsemaansa suojaa.

Seuraavassa edetään pienen historiallisen ekskursion kautta modernin rikosoikeuden justifikaatiota koskeviin kysymyksiin. Edellisessä on esillä rikosoikeuden ja rikosprosessioikeuden suhteen muotoutuminen sekä ns. politiaoikeuden ja varsinaisen rikosoikeuden suhde. Kummallakin on merkitystä sen vuoksi, että vaarantamisrikosten historiallinen tausta liittyy politiaoikeuteen, mikä edelleenkin näkyy vaarantamiskriminalisoinneissa. Se, että modernissa rikosoikeudessa käyttäytymis- ja vaarantamiskriminalisoinnit lisääntyvät, ei sinänsä kerro siitä, että nämä olisivat historiallisesti uusia ilmiöitä. Vasta tämän ekskursion jälkeen on mielekästä käsitellä kysymystä modernin rikosoikeuden ja erityisesti vaarantamiskriminalisointien legitimaatiosta.

4. Politia, vaara, todistusharkinta

Rikosoikeuden tutkijat ovat perin harvoin pohtineet sitä, millä tavoin rikosprosessuaaliset järjestelyt ovat asettaneet rajaehtoja aineelliselle rikosoikeudelle ja suunnanneet sen kehitystä. En pyri mihinkään varsinaisesti oikeushistorialliselta kannalta itsenäiseen tutkimuspanokseen tällä suunnalla. Voidaan silti esittää politiaoikeuden, rikosoikeuden ja rikosprosessin historiaan liittyviä havaintoja, jotka suhteuttavat tärkeällä tavalla rikosoikeuden doktriinin muotoutumista ja kehitystä yleisempiin modernia oikeutta ja sen epistemisiä lähtökohtia koskeviin tunnusmerkkeihin. Keskeisin vaarantamisrikosoikeuden kehityspiirre on epäilemättä sen oikeudellistuminen ja siihen liittyvä tarve tulkita vaarantamisrikokset aidolla tavalla osaksi modernia rikosoikeutta.

Viime vuosina on kahdessakin merkittävässä kotimaisessa tutkimuksessa käsitelty modernisoituvan rikosprosessin historiaa: modernin, oikeuspo-

sitivistisen, säädännäisen lain hallitseman, mutta ammatillisesti koulutettujen juristien systematisoiman ja soveltaman oikeuden aikaa. Kevät Nousiainen tarkastelee laajalla säteellä modernille prosessille ominaisia tietämisen tapoja niin oikeudenkäyttöä koskevan doktriinin kuin sosiaalisten käytäntöjen ja instituutioidenkin tasolla.[1]

Tähän liittyvä aihe on esillä Heikki Pihlajamäellä hänen selvitellessään sitä, miten oppi vapaasta todistusharkinnasta tuli viime vuosisadalla syrjäyttämään legaalisen todistusteorian. Pihlajamäen kiinnostus kohdentuu kuitenkin Nousiaista selvemmin todistusoikeudellisen muutoksen ajoittamiseen ja tuon muutoksen selittämiseen ja tulkintaan. Pihlajamäki mm. osoittaa, että vapaan todistusharkinnan läpimurto oli välttämätön edellytys aineellisen rikosoikeuden modernisoitumiselle. Aineellisen rikosoikeuden kehityksessä taas olennaisinta oli syyllisyyselementtien entistä hienojakoisempi erottaminen toisistaan ja yhä hienosyisempi rikosten moraalista arvottamista ja rangaistuksen mittaamista koskeva problematiikka, samalla kun vankeusrangaistus yleistyi.[2]

Vaikka Pihlajamäki ei ole – teemastaan johtuen – voinut kovin selvästi painottaa kysymystä aineellisen rikosoikeuden ja todistusharkintaoppien suhteesta, havainnollinen ja uskottava oletus rikosoikeuden periaatteiden välttämättömästä ankkuroitumisesta prosessia koskevien sääntöjen luomiin puitteisiin antaa aihetta jatkopohdintaan.

Legaalinen todistusteoria, jossa näyttöharkinta oli sidottu yksinkertaisiin, selviin sääntöihin, merkitsi ennen muuta sitä, että olosuhteita koskevan indisionäytön osuutta rajoitettiin. Vapaan todistusharkinnan oppi taas kytki näytön riittävyyden vaatimuksen tuomarin henkilökohtaiseen vakaumukseen ja vakuuttuneisuuteen. Indisionäyttö sai korostuneen merkityksen, koska vapaan todistusharkinnan kannalta ei ole lähtökohtaisesti syytä olla sallimatta mitään relevanttia todistetta.[3]

Epäilemättä on vaikeaa kuvitella sellaista muutoin täysin modernia rikosoikeuden järjestelmää, jossa rikosprosessuaaliset todistelu- ja todistushar-

---

[1] Ks. *Nousiainen* 1993, 119–298.

[2] *Pihlajamäki* 1997, 205–223. Hän puhuu »rinnakkaisista kehityskuluista» (*mt.*, 215).

[3] Nousiainen on käsitellyt laajasti esim. Jeremy Benthamin todistelua ja todistusharkintaa koskevia oppeja. Benthamille olennaista ovat mm. oikeus- ja faktakysymyksen selkeä erottaminen, suositus kaikenlaisen todistelun mahdollisimman laajasta sallimisesta ja hyväksikäytöstä, todisteiden arvioinnin perustelu kokemukseen palautuvilla seikoilla, vakuuttuneisuuden rationaalinen perusta kokemuksessa ja todistelun järjestäminen niin, että todistelun tuottamaa tietoa testataan tiedon luotettavuuden selvittämiseksi (kysymys/vastaus -malli; esim. ristikuulustelu). *Nousiainen* 1993, 234–242.

kintanormit perustuisivat legaaliseen todistusteoriaan. Keski-Euroopassa vapaan todistusharkinnan asteittainen ja »lopullinen» läpimurto lähti liikkeelle Ranskan vallankumouksen jälkimainingeista, missä se oli liittynyt Englannin mallin mukaisen jury-tuomioistuimen reseptioon kansalaisten (porvariston) etujen turvaamiseksi lainkäytössä maallikkoedustuksen avulla.[4]

Vapaan todistusharkinnan periaatteiden korostuminen ei kuitenkaan ollut yhtäkkinen ilmiö, vaan lain säätämien kriteerien joustavuus ja välttämättömyys kehitellä harkintaoppeja oli vaikuttanut samaan suuntaan jo 1500- ja 1600-luvuilta lähtien, eli jokseenkin yhtä kauan kuin oli tunnettu lakiin kirjattuja todistusharkintasääntöjä ankarimmin, »verirangaistuksin» rangaistavien rikosten osalta. Indisioita tunnettiin erilaatuisia, ja indisioiden varassa säänneltiin mm. sitä, milloin kiduttamiseen saatiin ryhtyä tunnustuksen saamiseksi.

Uudella ajalla tieteellisen tiedon käsitteessä oli tapahtunut muutos, kun todennäköisyys-tyyppinen tieto ymmärrettiin tieteellisesti arvokkaaksi. Tiedolta ei enää vaadittu varmuutta. Legaalinen todistusoppi oli sisäisessä logiikassaan käynyt epäajanmukaiseksi jo pian sen jälkeen, kun sitä oli alettu inkvisitorisessa prosessissa noudattaa. Tämä yleinen kehitys tuli vähitellen vaikuttamaan myös suhtautumiseen todisteluun. 1500- ja 1600-luvuilla poena extraordinaria -instituutti laajeni siten, että rangaistus epäilyksen perustella saatettiin langettaa täyden näytön puuttuessakin.[5] Indisionäyttö saattoi myös olla perusteena sille, että syyte saatettiin jättää ratkaisematta, odottamaan lisänäyttöä (absolutio ab instantia ym.)[6]

Legaalisen todistusteorian vaatimukset koskivat nimenomaan vakavimpia rikosjuttuja.[7] Langbein on selittänyt legaalisen todistusteorian merkityksen kaventumista selvästi ennen valistusajattelun vaikutusta sillä, että ius communen jo aiemminkin tuntema delicta levia -rikoksia koskeva harkinta-

[4] *Pihlajamäki* 1997, 109–111; *Nousiainen* 1993, 256–259.

[5] Poena extraordinaria oli samalla poena arbitraria, harkinnanvarainen rangaistus. Ks. tuosta instituutista yleisesti *Langbein* 1976, 45–60.

[6] Ks. näistä piirteistä etenkin Ranskassa ja Saksassa *Pihlajamäki* 1997, 33–55. Ranskasta mainitaan erityisesti, että sakkorangaistukseen tuomitseminen ei edellyttänyt kuin vähäisempää näyttöä ja oli mahdollista myös etäisempien indisioiden perusteella.

[7] Vuoden 1734 lakiin kirjattu legaalinen todistusteoria sen sijaan koski periaatteessa kaikkia rikoksia. Pihlajamäki olettaa alioikeuksien pitäneen Suomessa legaalisesta todistusteoriasta kiinni 1800-luvun alkupuolella kaikissa rikosjutuissa – vähäisemmissä jopa tiukemmin kuin henkirikosjutuissa! Tuohon aikaan näyttöratkaisua käsiteltiin kuitenkin vain harvoin ratkaisun perusteluissa. Ks. *Pihlajamäki* 1997, 179–181.

vapaus laajeni vakavampien rikosten suuntaan. Poena extraordinaria -instituutin kehitys oli osa samaa prosessia.[8] Lievistä rikoksista erityisen kiinnostavia ovat ns. politiarikokset.

4.1 Politiaoikeuden ja vaarantamisrikosten kehityksestä

Politia- eli »poliisi»oikeudessa oli kysymys vähäisemmistä rikoksista ja lähinnä hallinnollistyyppisestä esim. maankiertäjien ja kerjäläisten kontrollista. 1700-luvulla toimi Ranskassa poliisiasioissa poliisituomioistuimia, jotka harjoittivat summaarista oikeudenkäyttöä, eikä niissä vaadittu välttämättä todistelua lainkaan. Syytetty ei aina edes tiennyt, mistä häntä syytetään.[9]

Saksassa politia-käsite (»Polizei») esiintyy ensi kerran Nürnbergin kaupungille annetussa privilegiossa vuodelta 1464. Uuden ajan alussa tapahtui suuria muutoksia siinä, kuinka yhteiskunnan hallitsemisen mahdollisuudet käsitettiin. Politiaordinansseilla oli – ajan hengen mukaisesti – käytännölliset tarkoitusperät. Ne eivät niinkään vaikuttaneet suoraan, mutta tuottamalla uusia ja sääntelemällä olemassaolevia institutionaalisia rakenteita (posti, koulut, killat ym.) ne vapauttivat sosiaalisia voimia toimintaan. Muun muassa Raeff pitää politiajärjestyksiä modernin oikeuden ja yhteiskunnan synnyn kannalta mitä merkittävimpänä.[10] Stolleisin mukaan politiajärjestysten luonne on tulkinnanvaraisempi, ja ne voi usein tulkita reaktionäärisiksi.[11]

Politia koski alun alkaen järjestyksen ja turvallisuuden (maanrauhan) ylläpitoa, preventiivistä ja repressiivistä toimintaa järjestystä uhkaavien vaarojen torjumiseksi.[12] 1600-luvulta alkaen politian, poliisin käsite laajenee kattamaan »turvallisuuspolitian» lisäksi myös »hyvinvointipolitian», valtion tehtävän edistää alamaisten hyvinvointia. Vasta vuoden 1800 vaiheilla politian käsite jälleen supistuu turvallisuuspolitiaan, haittojen ja vaarojen torjun-

[8] *Pihlajamäki* 1997, 52–53.

[9] Ks. esim. tiivistystä *Nousiainen* 1993, 247–250.

[10] Ks. *Raeff* 1983, 92–119.

[11] *Stolleis* 1988, 371.

[12] *Von Unruh* 1983, 387. *Mt.*, 390 mainitaan, että sana *policia* on ranskalaista lainaa; Pariisissa oli jo 1399 perustettu ensimmäinen katujen turvallisuudesta huolehtiva »poliisi»viranomainen. Rauhan rikkomisista tuli maallisille hallitsijoille vakavampi ongelma 1400-luvulta lähtien osaksi siitä syystä, että Saksassa monilla elämänalueilla kirkollisten viranomaisten tuomiovalta ja samalla vaikutusvalta väheni. *Mt.*, 391. Ks. yleisesti kirkon joidenkin tehtävien siirtymisestä maalliselle julkiselle vallalle ja tuon ajan taloudellis-yhteiskunnallisista muutoksista politiamääräysten uudenlaisen tarpeen kannalta, *Raeff* 1983, 11–42.

taan, hyvinvointipolitian siirtyessä varsinaiseksi hallinnoksi sisäasiain hallinnon alalla.[13]

1700- ja 1800-lukujen vaihteessa politia(oikeus) oli Saksassa laajojen tieteellisten tutkimusten kohteena. Politia oli pitkään käsitetty valtiovallan kansalaisille »lahjoittamaksi» suojaksi ja huolenpidoksi. 1800-luvulla politia oikeudellistuu: kansalaisille tulee oikeuksia vaatia huolenpitovelvoitteiden täyttämistä – ja samalla politian alaa pyritään supistamaan. Politian piiriin saattoi nykytermein ilmaistuna kuulua mm. väestöpolitiikkaa tai kansanterveystyötä. Politia oli myös tieteen ala. Tieteenä se käsitteli mm. »periaatteita, keinoja ja laitoksia kansalaisten sisäisen hyvinvoinnin edistämiseksi».[14]

Mitä erityisesti turvallisuuspolitiaan tulee, jo 1500-luvun saksalaisissa »Reichspolizeiordnungeissa» (1530, 1548, 1577) oli säännelty seuraamuksia vähäisistä järjestystä vaarantavista rikkomuksista. Politiasääntöjen ala oli laaja. Ne käsittivät rikosoikeudellisen aineksen lisäksi myös siviilioikeudellista sääntelyä, ja selvästikin säännöillä oli myös talouspoliittisia tavoitteita.[15]

Herzog kytkee sääntelyt sosiaalihistorialliseen taustaansa. Erityisesti »talousrikosoikeudellisilta osiltaan» hän näkee nämä sääntelyt yrityksinä estää kaupankäynnin vilkastumista ja pyrkiä osoittamaan kauppiaat sosiaalisen levottomuuden aiheuttajiksi. Myös vaatetusta koskevat sääntelyt liittyivät taloudellisiin arvoihin. Vaatekauppa oli rikastuttanut kauppiaita, mutta johtanut ulkomaankaupan velkaantumiseen. Yksi merkittävimmistä levottomuuden aiheista valtapiireissä oli Herzogin mukaan nopea hintojen nousu, mitä pidettiin kauppiaiden ahneudesta johtuvana. Seurauksena oli hänen mukaansa »symbolista talousrikosoikeutta»: tärkeimmät kauppahuoneet olivat poliittisesti niin vaikutusvaltaisia, ettei niiden toimiin haluttu todellisuudessa puuttua. Viimeisessä RPO:ssa rikosoikeudellinen aines painottui, sillä sääntöihin otettiin säännös mm. petollisesta konkurssista.[16]

---

[13] Ks. esim. *Ståhlberg* 1931, 18–20, 83–103; ks. myös *Sinisalo* 1971, 1–4.

[14] Ks. *von Unruh* 1983, 419–423. Ks. myös *Nousiainen* 1993, 248–249 viitteineen. Mitä valaisevin esitys saksalaisten ordonanssien vaiheista ja sisällöistä historialliselta kannalta on *Raeff* 1983, 43–179. Policey -käsitteen historiasta ks. myös *Stolleis* 1988, 369–371.

[15] Ks. RPO:ien alasta esimerkiksi *Herzog* 1991, 82–106; *von Unruh* 1983, 392–400. Säännöt koskivat mm. jumalanpilkkaa, kunnotonta ja kristillistä pukeutumista, juutalaisia ja heidän koronkiskomistaan, inkiväärin kauppaamista, kerjäläisiä ja irtolaisia, mustalaisia sekä maankiertäjiä ja laulajia.

[16] Ks. esim. *Herzog* 1991, 100–101. Hänen mukaansa tässä vaiheessa oli jo käynyt ilmeiseksi, että hallitsijat ovat täysin riippuvaisia kauppiaiden menestyksestä, mistä syystä sääntelyn kohteeksi oli valittava »turmeltuneet kauppiaat».

Politiaoikeus ei ollut tuomioistuinkäsittelyn muotoihin sidottua. Alkuaan se ymmärrettiin kuitenkin osaksi oikeudenkäyttöä. 1600-luvun puoliväliin saakka ei ollut mahdollista tehdä tehdä selkeää eroa politia-asioiden ja oikeusasioiden välillä, yhtä vähän kuin oikeus- ja hallintoasioitakaan selvästi erotettiin.[17] Paikallisia politiamääräyksiä annettiin jatkuvasti lisää,[18] niin että tyytymättömyys politia-määräyksiin lisääntyi. Säätyjen myötävaikutus politiasääntöjen asettamisessa väheni. Siitä mikä oli alkuun ollut »oikeuden parantamista ja täydentämistä», tuli esivallan väline, jolla »yleiseksi hyödyksi» annettiin alamaisia sitovia määräyksiä.[19]

Yleisesti ottaen Polizeiordnungeilla kuitenkin pehmennettiin rikosoikeutta siinä mielessä, että niiden piirissä otettiin kasvavassa määrin huomioon ero syyllisyyden määrän ja oikeudenvastaisesti aiheutuneen tapahtumainkulun välillä. Yksittäistapauksissa määrättiin suoritettavaksi vahingonkorvauksia tai vieläpä annettiin »sosiaaliapua». Myös poena extraordinaria -instituutti laajeni samaan aikaan, kuten edellä huomautettiin. Politiarikkomuksista seurasi kuitenkin pääsääntöisesti vain sakkorangaistuksia, maksukyvyttömien osalta muutaman päivän vapaudenmenetys.[20]

Politiasäännöt tulivat asteittain koskemaan monia tärkeitä elämänalueita.[21] Etenkin myöhemmässä vaiheessa niiden toimeenpanosta vastasivat pai-

---

[17] Hallitsijanvalta ei hallinnon kehityksen alettua näyttäytynyt enää ensi sijassa perinteisenä tuomiovaltana, vaan »lain ja määräysten välityksin maanisän läsnäolona kaikkialla». *Stolleis* 1988, 368.

[18] Moni taho saattoi antaa järjestysmääräyksiä. Jo 1600-luvulla niitä oli niin paljon, että Saksassa julkaistiin kokoelmina erilaisia politiajärjestyksiä. *Raeff* 1983, 46–50. Paikallisen aineksen hallitsevuus selittyi sillä, että Westfalenin rauhan jälkeen keskusvalta oli hyvin heikko, eikä sillä ollut yhtenäistä hallintoa. *Stolleis* 1988, 366.

[19] *Von Unruh* 1983, 394: »Polizei bedeutete mithin seit dem 16. Jahrhundert sowohl die Befugnis an Obrigkeiten, Gebote und Verbote als verbindliche Rechtssätze mit Anordnungen von Bußen im Falle der Übertretung – ohne förmliches Verfahren – zu erfassen, als auch über die Einhaltung zu wachen und Übertretungen ohne förmliche Prozesse zu ahnden.»

[20] *Von Unruh* 1983, 397–400.

[21] Politiaoikeudessa kehittyivät mm. rakentamista, palontorjuntaa, terveydenhuoltoa ja liikennettä koskevat järjestysmääräykset. Esimerkiksi Berliiniin annettiin jo vuonna 1700 liikennettä koskevat »ajoreglementit». Raeffin mukaan järjestyssäännöillä pyrittiin sääntelemään elämäntapaa kokonaisuudessaan, saattamaan se paremmin ajan uskomuksia ja tuotannollisia tarpeita vastaavaksi. *Raeff* 1983, 70–92. Politiaoikeus liittyy kiinteästi sellaisten instituutiorakenteiden muodostumiseen, joita Michel Foucault on analysoinut kurinpitovallan kannalta. Ks. *Foucault* 1980, 155–219.

kalliset hallintoviranomaiset;[22] tuomioistuintiet sulkeutuivat, kun edes muutoksenhaku tuomioistuimeen ei politia-asiassa ollut mahdollista. Vasta 1700-luvun lopulta alkaen politiasääntöjen merkitys Saksassa taas vähenee. Absolutistisen valtion ja sitä myötäilevän valtio-opin aseman heikentyessä kävi selväksi, että yhteiskunta ja valtio eivät tarkoittaneet samaa, eivätkä niiden intressit aina olleet samansuuntaiset. Yksityinen yritystoiminta alettiin ymmärtää hyödylliseksi. Kehittyvän politiatieteen alaan tämä toi supistuksen. Politiatiede ja valtiontaloustiede jäivät julkiselle puolelle, kun taas yritystoiminnan ja yksityistalouden alueet erkanivat edellisistä. Politia ei enää tarkoittanut erittelemättä kaikkea »sisäpolitiikkaa».[23]

Politiarikosoikeudesta johtaa linja nykyiseen järjestysrikkomusoikeuteen (»Ordnungswidrigkeitenrecht»). Politiamääräysten »rikosoikeushistoriallinen» asema on kuitenkin kiistanalainen. Felix Herzog on tarkastellut tästä ilmiöstä saksalaisessa kirjallisuudessa esitettyjä tulkintoja. Osa kirjoittajista näkee siinä tietynlaisen poikkeusilmiön, joka lähinnä kuuluu hallinto-oikeuden (hallintorikosoikeuden) piiriin (Goldschmidt, Würtenberger), toiset taas (Segall, Mattes) pitävät sitä selvästi modernin, hyvinvointisuuntautuneen rikosoikeusajattelun ilmentymänä. Nimenomaan tällä alueella rikosoikeus reagoi uuden ajan vaatimuksiin ja yhteiskunnallisiin järjestystarpeisiin.[24]

Herzog itse katsoo »Reichspolizeiordnungien» kautta alkaneen rikosoikeuden modernisaation lähteneen jo alun alkaen liikkeelle hyvin ongelmallisesti. Yleisen hyvinvoinnin nimissä annettiin hyvin väljiä vaarantamisrikossäännöksiä, joilla reagoitiin pinnallisesti ja tehottomasti yhteiskunnallisen levottomuuden ilmentymiin ja oireisiin eikä varsinaisiin syihin. Herzog halunnee osoittaa tietynlaisen paralleelin nykyisen rikoslainsäätäjän toimintatapaan: rikoslainsäädännön avautuminen suhteessa muuttuviin poliittis-yhteiskunnallisiin sääntelytarpeisiin johtaa rikosoikeuden liialliseen »yhteiskunnallistumiseen».[25] Ei kuitenkaan voitane kiistää sitä, että 1500-luvulta alkaen oli tullut välttämättömäksi vaikuttaa myös rangaistusuhkien avulla yhteis-

[22] Saksan kaupungeissa poliisitointa hoitamaan asetettiin usein virkamies, poliisimestari. *Raeff* 1983, 123–124. Poliisitoimeen saattoi kuulua terveys- ja palomääräysten valvonta, rakentamisen ja liikenteen valvonta ym.

[23] *Stolleis* 1988, 378–379.

[24] *Herzog* 1991, 74–78. Raeffin mukaan poliisijärjestysten kehitys merkitsi suuntausta kohti rikosprosessin ja rikosoikeuden »sivilisoitumista»; ne lähentyivät siviilioikeutta ja sen menettelyjä. Esimerkiksi kielto käyttää kidutusta tunnustuksen saamiseksi levisi asteittain jo 1700-luvun alusta lähtien poliisijärjestyksiin, mistä se tuli yleiseen rikosprosessiin. *Raeff* 1983, 135–136.

[25] *Herzog* 1991, 106–108.

kunnallisten ongelmien ratkaisuun, vaikka jotkin ratkaisut ehkä antavatkin aihetta sellaiseen kritiikkiin, jota Herzog on esittänyt. On muistettava, että politian piiriin kuului käytännössä tärkeimmät myöhemmän »sosiaalioikeuden» siemenet.[26] Asian tarkempi selvittäminen on tässä kuitenkin mahdotonta.[27]

Olennaisesti kyse on siitä, että yhteiskunnan modernisoitumisprosessit sekä edellyttivät julkisen vallan taholta tulevaa sääntelyä että saivat aikaan sääntelytarpeita. Voimakkaasti yksinkertaistaen voitaneen väittää, että 1800-luvun oikeusvaltioideologia liittyi kiinteästi siihen voimistuneeseen vaatimukseen, että valtiovallan taholta tulevan pakon käytön perustelu edellyttää kansanvaltaista hallitsemisen tapaa. Kansalaisille ei riittänyt se, että heidän tarpeistaan huolehditaan, vaan he tahtovat olla itse määrittämässä niitä normeja, joiden mukaan heidän toimintaansa arvioidaan. Politiavaltio oli huolenpitovaltio, jossa enemmän tai vähemmän valistunut itsevaltias legitimoi toimintaansa sillä, että hän ja hänen hallintokoneistonsa takasivat yhteiskunnalle ja sen jäsenille suojan. Alamaisten oikeudellinen asema suhteessa tuohon heitä suojaavaan koneistoon ei muodostunut kuitenkaan kovin vahvaksi.

Vaatimukset isällisen valtiopaternalismin rajoittamiseksi saivat perusteen yhtäältä kantilaisesta filosofiasta ja kansalais- ja ihmisoikeusajatuksista, toisaalta talouselämän suunnalta. Politia haluttiin rajata koskemaan vain suppeasti määriteltyä turvallisuuden takaamista. Kehitystä on kuvattu niin, että politiaoikeuden positiivinen sisältö, huolenpidon piiriin kuuluneet tehtävät, rajattiin politiaoikeuden ulkopuolelle, ja sen katsottiin asiallisesti koskevan vain vaarojentorjuntaa. Mutta tämäkin valtion tehtävä haluttiin rajoittaa vain oikeudellisesti säänneltyihin muotoihin. Politian ja politiatieteen kuihtumista vastaa toisaalla hallinto-oikeuden muotoutuminen. Ajallisesti tämä kehitys lähti liikkeelle 1800-luvun vaihteen molemmin puolin.[28]

Esimerkiksi Michael Stolleis on perinpohjaisessa tutkimuksessaan osoittanut sen, miten varhainen politiakäsitys liittyi aristoteeliseen hyve-etiikkaan,

---

[26] Sosiaalisesta oikeudesta oikeustyyppinä, ks. esim. *Tuori* 1995, 3.

[27] Raeffin mukaan politiajärjestykset itse asiassa loivat perustaa myöhemmille lakikodifikaatioille ja olivat myös eräänlaista »oikeuspositivismin» ilmentymää: ne olivat tietoisesti asetettuja normeja, hallitsijan tahdonilmaisuja; moderni byrokraattinen hyvinvointivaltio edustaa ikään kuin yhtä nykyistä muunnelmaa hyvin järjestetystä politiavaltiosta (»poliisi»valtiosta). *Raeff* 1983, 149–152; 254.

[28] *Stolleis* 1988, 384–385. Tuolloin syntyy myös se erottelu »turvallisuus- ja menestyspoliisiin», joka tavataan esim. K.J. Ståhlbergin hallinto-oikeuden jäsennyksessä. *Ståhlberg* 1931, 18–20.

jossa korostettiin perheenisän vastuuta perheensä hyvinvoinnista, ja sama malli ulotettiin ruhtinaaseen. Ruhtinas ei siten ollut ainoastaan julkisen vallan henkilöitymä, vaan ruhtinaankin tuli tuntea kaikki, mikä yleensä kuului »gute policeyhin». Erilaiset ohjekirjaset olivat tärkeää oppimateriaalia niin ruhtinaalle, hovimiehelle kuin perheenisälle, eikä ollut välttämättä edes mielekästä kysyä, mitä erilaisten ohjeiden noudattamatta jättämisestä oikeudellisesti voisi seurata.[29]

Gute policey ymmärrettiin 1500-luvulta alkaen paitsi tilaksi, myös toiminnaksi.[30] Politiakirjoituksia leimaakin kahtalaisuus: niiden argumentaatio lähtee aluksi liikkeelle vanhasta tavoitteesta suojata vanhaa hyvää järjestystä, mutta kehittyvän hallinnon käsissä siitä tulee hyvinvointilähtöisempää.[31]

Järjestys ja turvallisuus eivät olleet lainkaan tuntemattomia aiheita politiavaltion ja itsevaltiuden aikana. On sinänsä jossakin määrin oireellista, että keskustelussa abstraktien vaarantamisrikosten legitimaatiosta ja turvallisuudesta oikeushyvänä itsevaltiuden ajan oikeus- ja valtiofilosofinen kirjallisuus on saanut jälleen merkitystä.[32]

Saksassa Preussi oli mitä keskeisin niin politiatieteen synnyn kuin myös siltä kannalta, että politiaoikeus erosi ja hahmotettiin politiasta erilliseksi. Hallintotoiminta ja hallinto-oikeus erotettiin toisistaan.[33] Politiaoikeus oli esimerkiksi Preussissa oli tullut keskeiseksi osaksi yleistä maanlakia (ALR)

---

[29] *Stolleis* 1988, 338–354. Stolleis ei ole taipuvainen näkemään esimerkiksi 1500-luvun pukeutumis-, luksus- ja muita määräyksiä yksinomaan merkkinä »sosiaalikurinpidon» lisääntymisestä, vaikka hän toteaa niiden siihen suuntaan viittaavankin. Norbert Eliasin tutkimus mainitaan tämäntyyppisen tutkimuksen klassikkona.

Eurooppalaisessa hallinto-oikeuden ja julkisoikeuden historiankirjoituksessa on ilmeisesti edelleen olennaisia puutteita, jotka vaikeuttavat kokonaiskuvan saamista. Vaarana lienee, ettei aikaisempien vuosisatojen hallinnon ja julkisen vallan kontekstia ymmärretä riittävästi, mistä syystä oikeuden roolia tulkitaan liian nykyaikaisen ajatusmallin varassa.

[30] »Das Gemeinwesen ist in guter Ordnung oder soll es sein, und der Fürst soll, um diesen Zustand zu erreichen oder zu erhalten, *gute policey* betreiben.» Stolleis 1988, 345 [kurs. MS]. Stolleis kertoo myös siitä, miten aluksi hyvin uskonnollinen maailmankäsitys korvautui tämänpuoleisemmalla, tavoitteellisemmalla ja rationaalisemmalla yhteiskuntamallilla. Tietyllä tapaa policeyn ja sitä toteuttavan hallinnon ja oikeuden perustelu ja oikeutus pohjasi silti suoraan hallitsijanvaltaan ja valtion tehtäviin, joiden äärimmäisenä päämääränä oli olla ja elää Jumalan kunniaksi (»Staatsräson», *mt.*, 353). Arkielämän pikkutarkka säänteleminen kuului siihen luonnollisena osana.

[31] *Stolleis* 1988, 348.

[32] Ks. esim. *Kindhäuser* 1989, 277–287; kriittisesti tällaiseen yritykseen nähden, *Herzog* 1991, 44–45.

[33] Valistuneen itsevaltiuden ajan Preussin tärkein teoreetikko alalla oli J.H.G. von Justi. Hänen kirjoituksistaan 1750- ja 1760-luvuilla ks. *Stolleis* 1988, 379–382.

vuodelta 1794. ALR käsitteli rikosoikeudellisilta osiltaan paljolti sellaisia rikostyyppejä, joiden merkitys on kasvanut sittemmin modernissa rikosoikeudessa. Yleisvaaralliset rikokset mainittiin jo edellä. Tuottamukselliset rikokset ja vaarantamisrikokset ovat siinä keskeisesti esillä. Erityisesti Feuerbach vastusti kiivaasti sellaisten vaarantamisrikostunnusmerkistöjen ottamista rikoslakiin, joissa ei ollut kyse oikeasta oikeudenloukkauksesta. Feuerbach samasti käytännössä vaarantamis- ja politiarikosoikeuden.[34]

ALR oli toisaalta edistyksellinen monessa suhteessa. Se oli ensimmäinen Saksassa uudella ajalla julkaistuun lakiehdotukseen perustunut laki, josta ehdotuksesta monet oppineet käyttivät hyväkseen tilaisuutta lausua mielipiteensä. ALR:ssä politian käsitettä rajattiin aluksi ehdotetusta. Politiasta rajautui pois hallitsijan velvollisuus aktiiviseen hyvinvoinnin tuottamiseen, millä tahdottiin korostaa valtion tehtävää huolehtia alamaisten turvallisuudesta (henkilö, kunnia, oikeudet ja omaisuus).[35] ALR siirsi politiarikkomukset hallintoviranomaisilta aina tuomioistuimissa ratkaistaviksi.

Erityisesti tuottamuskriminalisointien merkityksen kasvu on tärkeimpiä modernin rikosoikeuden synnyn tunnusmerkkejä. Tahallinen henkirikos ei enää muodosta rikosoikeuden paradigmaattista kuvaa esimerkillisestä rikoksesta. Tuottamuksellisen rikoksen merkitys kasvaa erityisesti 1800-luvun kuluessa,[36] mutta vielä 1900-luvullakin kehitys on ollut samansuuntaista.[37] Poliisijärjestyksissä kehittyi myös laiminlyöntivastuulle rakentuvia sanktiointeja. Tämä ilmensi ajatusta, että yksilö on arvokas, ja toisenkin pelastamiseen voidaan velvoittaa.[38] Jo politiaoikeuden piirissä kehittyy siten vastuuperusteeltaan »sosiaalisempia» vastuumuotoja. Sekä vaarantaminen, tuot-

[34] Ks. erityisesti *Herzog* 1991, 7–10. Hänen mukaansa Feuerbach piti uhkaavana erityisesti sitä, että rikosoikeuden ytimen itsestäänselvyys kärsii, jos rikosoikeuden piiriin tulee moraalisesti ja oikeudellisesti väritöntä normiainesta.

[35] Ks. *von Unruh* 1983, 423–425, missä selostetaan mm. ALR 10 II 17:ään otettua politian alan määrittelyä. Valtion tehtävien rajaus merkitsi sitä, että valtiovallan oikeutta pakon käyttöön pyrittiin rajaamaan vain välttämättömään. Politiavaltuuksia käsiteltiin Gerichtsbarkeit-luvussa (tuomiovalta), koska politia katsottiin hallitsijan alkuperäiseen tuomiovaltaan kuuluvaksi osaksi, samalla tavoin kuin justitia. Kuitenkin vasta 1882 vahvistui oikeuskäytännössä kanta, että ALR:n mainittuun määräykseen ei voinut perustaa valtiovallan toimenpiteitä hyvinvoinnista huolehtimiseksi.

[36] Esimerkiksi Binding omistaa kokonaisen osan rikosoikeudellisesta normiteoriastaan tuottamuksen kysymyksiin. *Binding* 1919, passim. Ensimmäinen tuottamusta Saksassa käsitellyt monografia oli von Almendingenin työ vuodelta 1804.

[37] Ks. esim. *Greve* 1992, 398–399; nykytilanteesta *Nuutila* 1996, 1–4.

[38] *Raeff* 1983, 145–146. Poliisijärjestykset edistivät hänen mukaansa yleistä kulttuuria tunnustamalla sosiaalisen ja inhimillisen solidaarisuuden ja kunnioittamalla yksilön elämää.

tamus että laiminlyönti ovat eräällä tapaa tahalliseen aiheuttamiseen verrattuna rikosvastuun laajennuksia.

Esimerkiksi Emmermann määritteli politian sellaiseksi valtion toiminnan haaraksi, jossa pyritään ehkäisemään ihmisten tai onnettomuuksien aikaansaamaa pahaa, joka kohdistuu valtionkansalaisten yhteiseen sisäiseen turvallisuuteen. Politiaan kuuluu mm. todellisten vaarojen torjunta ja vahinkojen minimointi. Siinä tarkoituksessa mm. rangaistaan summaaris-oikeudellisessa menettelyssä tietyistä oikeudenloukkauksista tai säädettyjen poliisilakien rikkomisesta, milloin teko on tuottamuksellinen tai johtunut ymmärtämättömyydestä tai muunlaisesta syyllisyydestä.[39]

Politiarikosoikeuteen, johon tuottamukselliset rikokset ja vaarantamisrikokset vielä 1800-luvun alun Euroopassa lähinnä kuuluivat, legaalisen todistusteorian mukaiset näyttövaatimukset sopivat huonosti. Tuottamuksellisia rikoksia tunnettiin rikoslaeissa jonkin verran aiemminkin.[40] Tiedossa ei kuitenkaan ole, liittyikö niiden arviointiin erityisiä ongelmia. Tuottamuksen konstruointi silminnäkijätodistajien lausuntojen varaan ei sopinut ylimalkaan legaaliseen todistusteoriaan, koska tuottamuksessa todistelu ei kohdistu niinkään tekoon vaan teon olosuhteisiin.[41] Indisiotodistelu on todistelua olosuhteista. Tuskin esimerkiksi ajatusta tuottamuksesta jonkin standardin (bonus paterfamilias) rikkomisena voi mielekkäästi yhdistää legaaliseen todistusteoriaan.[42]

Politiatyyppinen vaarojen torjuntaan tähtäävä sääntely ei ole kotimaisessakaan oikeudessa ollut tuntematonta. Yhtenä esimerkkinä voi silti mainita 1734 lain rakennuskaaren yksityiskohtaiset määräykset huolellisuudesta ja varovaisuudesta tulenkäsittelyssä.[43] Kotimaiseen oikeuskehitykseen lienee vaikuttanut se, että vuoden 1734 laki oli vielä valistusta varhemman luonnonoikeusajattelun sävyttämä. Politia-ajattelu ei siihen niinkään sopinut, vaan

[39] Ks. yksityiskohdista *Stolleis* 1988, 391.

[40] Jo Caroliinassa oli joitakin erityisiä tuottamuskriminalisointeja, samoin kuin 1734 laissa. Käsitteitä käytettiin kuitenkin vielä hyvin epäsystemaattisesti. Ereniuksen mukaan Ruotsin laissa syyllisyysperiaate toteutui johdonmukaisemmin vasta 1864 laissa. Hän mainitsee kehityksen olleen läheisessä yhteydessä todistusoikeuden kehitykseen. Ks. *Erenius* 1976, 39–40, 45.

[41] Ks. esim. Ekelöfin esimerkkiä huolimattomuuden osoittamisesta, *Ekelöf – Boman* 1992, 13–14.

[42] Tuottamusarvostelun tietty objektivointitapa, jota esimerkiksi Caroliinassa yritettiin (ks. *Erenius* 1976, 40), saattoi olla yhdistettävissä legaaliseen todistusteoriaan. Ongelmana oli, että tuottamuskäsitteen sisältö säilyi pitkään moniaineksisena.

[43] Rakennuskaari 24 luku. Luvun 1 § alkaa: »Kaikki tulisijat piippuinensa ovat niin asetettavat ja suojattavat, että tulenvaara tulee vältetyksi.» Tulenkäsittelystä on myös säännöksiä eräitä politiarikoksia koskevassa rikoslain 44 luvussa, ks. erityisesti RL 44:20. Ks.

jäi alemmanasteisiin normistoihin.[43a] Keskiaikaisilla kaupungeilla oli omat kaupunkilakinsa. Kaupunkilaki antoi kruunun voudille vahvan aseman jopa suhteessa raatiin. Vouti saattoi määrätä sakkoja, hänellä oli tietyt »poliisin valtuudet» ja hän toimi syyttäjänä rikosjutuissa.[44] Maaseudulla vielä 1500- ja 1600-luvuilla kihlakunnankäräjät toimivat itsehallintoelimenä, jonka lainvalvontatehtävät kuitenkin siirtyivät vähitellen kruunun virkamiehille (voudit, maaherra ym.). Vielä 1800-luvulla saattoi kirkkoneuvostolla olla valta rangaista kerjäämisestä jalkapuulla.[45] Erityisesti ns. kartano-oikeudet olivat kuninkaan antamia järjestys- ja kurinpitosääntöjä. Kaikkien kuninkaan hoviin ja huonekuntaan – sotaväki ja muut hovimiehet – kuuluvien tuli noudattaa niitä »virkavelvollisuuksiin sekä elämään ja oloon nähden».[46] Vaikutelmaksi Suomen politiaoikeuden kehityksessä jää, että uskonnolliset ja kirkolliset kysymykset sekä välittömästi kuninkaan valtaan liittyvät kysymykset pysyivät hyvin pitkään etualalla, joten ilmeisesti esimerkiksi Saksan oloihin verraten politian käsitteen positiivinen, yhteiskunnallisten olojen aktiiviseen kehittämiseen viittaava sisältö jäi selvästi taka-alalle.[47]

---

myös nykyinen L palo- ja pelastustoimesta (559/75) 4 luku; ko. lain 20 §:n mukaan tulta on käsiteltävä huolellisesti, jokaisen on valvottava määräysvaltansa piirissä paloturvallisuutta koskevien säännösten ja määräysten noudattamista, ja rakennus ja sen ympäristö on suunniteltava siten ja pidettävä sellaisessa kunnossa, että pelastustoimet tulipalon tai muun onnettomuuden sattuessa ovat mahdollisia. Mainitun lain 48 §:n nojalla voidaan tekijä tuomita palo- ja pelastussäännösten rikkomisesta sakkoon.

[43a] Ks. esim. *Ylikangas* 1983, 163.

[44] *Gardberg ym.* 1981, 31–34.

[45] *Soikkanen* 1966, 17–22, 73–101.

[46] Myös aatelisilla saattoi olla omaa kartano-oikeutta. Kartano-oikeudelle oli leimallista ankarat ruumiinrangaistukset, mikä Forsmanin mukaan johtui siitä, että näiden sääntöjen tehtävänä oli nimenomaan rikkomusten ehkäisy ja järjestyksen ylläpito. *Forsman* 1896, 151–152. Kartano-oikeuksista ja kirkollisesta järjestyslainsäädännöstä ks. myös *mt.*, 267–284.

[47] Sinisalo on kiinnittänyt huomiota siihen, että suomalaisessa hallinto-oikeustieteessä kuljettiin tämän vuosisadan alkupuolella toiseen suuntaan kuin mikä oli käsiteltyjen ja omaksuttujen saksalaisten oppien alkuperäinen tarkoitus. Teorian tasolla yritettiin perustella itsenäinen »poliisivaltion» jäänne, kun Saksassa rajaukseen tähdättiin oikeusvaltion vahvistamiseksi. Sinisalo olettaakin, ettei Suomessa ollut aikanaan sellaista erityistä toimintamuotoa, politiaa, jolle olisi ollut tunnusomaista riippumattomuus oikeusjärjestyksestä, mistä syystä koko kysymyksen käsittelyyn ei olisi pitänyt olla mitään tarvetta. Sinisalo mahdollisesti tekee sen virheen, että hän mieltää »poliisin» tarkoittaneen nimenomaan oikeusjärjestyksestä riippumatonta toimintamuotoa, vaikka ilmeisestikin usein oli kyse enemmänkin valtuudesta säätää alamaisia sitovia normeja. Ts. toiminta ja organisaatio ei ollut keskeistä, vaan kysymys julkiselle vallalle legitiimisti kuuluvista tehtävistä. Ks. *Sinisalo* 1971, 4–5.

Preussilainen (politia)rikosoikeus oli sen sijaan juridiselta tekniikaltaan jo varsin kehittynyttä. Esimerkiksi ALR:n yleiset tuottamusta koskevat säännökset (20 luku, 28–35 §) ilmentävät suhteellisen modernia ajattelua. 29 § säätää: »Je natürlicher und gewöhnlicher der gesetzwidrige Erfolg aus der Handlung entsteht; je leichter der Handelnde diesen Zusammenhang hat voraussehen können; und je gefährlicher und unerlaubter die Handlung an sich ist, aus welcher der Schade, obschon wider seinen Willen, entsteht; desto mehr muss die dabey begangene Fahrlässigkeit bestraft werden.»

Modernissa rikosoikeudessa tulee olennaisesti arvioida rikostekoa yksilöllisesti niin syyllisyyden kuin vaarallisuudenkin osalta. Pihlajamäen tulkinta siitä, miltä osin aineellisen rikosoikeuden kehitys edellytti vapaan todistusteorian edeltävää läpimurtoa, korostaa syyllisyysopin hienojakoisempaa eriytymistä ja legaalisen todistusteorian soveltumattomuutta subjektiivisten syyllisyyselementtien käsilläolon todistamiseen.[48] Painotus on luonnollinen, koska Pihlajamäen huomion kohteena ovat lähinnä tahalliset henkirikokset. 1800-luvun lopulle tultaessa se uhka, jota yhteiskunnassa rikollisuuden taholta koettiin, koski kuitenkin jo lähinnä muunlaisia rikollisia ja heidän rikoksiaan, niin kuin esimerkiksi 1800-luvun lopun sosiologisen koulun virittämä keskustelu osoittaa.

Luonnollisesti syyllisyysopin kannalta on hyvin olennaista myös se kehitys, joka johti tuottamuksen tunnustamiseen tärkeäksi rikosoikeudellisen syyllisyyden muodoksi. Vielä 1800-luvun alussa tuottamus oli aivan lapsipuolen asemassa myös rikosoikeustieteellisessä kirjallisuudessa.[49] Oikeudenvastaisuuden ja syyllisyyden kannalta on syytä huomauttaa vielä siitä, että viime vuosisadan lopulla oikeuttamis- ja anteeksiantoperusteet olivat tieteellisessä kirjallisuudessa suuren huomion kohteena. Myös näiden perusteiden väistämätön tilannesidonnaisuus edellytti kokemustietoon tukeutumista nii-

[48] Ks. *Pihlajamäen* esitystä (1997, 128–130), missä korostetaan sen merkitystä, että tunnusmerkistöt eriytyivät subjektiiviseen ja objektiiviseen komponenttiin. Klassisen rikosoikeuskoulun ansiona oli rikosoikeuden modernisointi näiltä osin. Aivan olennaisen tärkeä seikka, johon Pihlajamäki viittaakin, on rangaistusjärjestelmän kehitys yhä yksilöllisemmän seuraamuksen määräämisharkinnan suuntaan, mihin luonnollisesti vaikutti seuraamusvalikoiman eriytyminen ja yleisesti lievempien rikosten tulo järjestelmässä hallitsevaan asemaan. Rangaistuksen mittaaminen edellytti syyllisyysarvion eriytymistä, syyllisyyden mitattavuutta, eikä pelkästään syyllisyyden toteamista.

[49] Esimerkiksi Hegelin Oikeusfilosofia-teoksessa vuodelta 1820 sanaa »tuottamus» (Fahrlässigkeit) ei lainkaan tunneta. Hegeliläiset rikosoikeusteoreetikot, kuten Köstlin ja Berner, kehittelivät tuota käsitettä kuitenkin myöhemmin.

den sisältöä ja systemaattista asemaa pohdittaessa samoin kuin säännöksiä sovellettaessa.[50]

Kääntymistä kohti kokemusperäisiä arviokriteerejä tapahtui siis myös rikosvastuun »objektiivisella» puolella, ja se ilmenee myöhemmin myös teon huolimattomuuden erottamisessa tekijän huolimattomuudesta. Tuottamus ei näin koskenut yksinomaan syyllisyyttä, vaan siinäkin oli osaltaan kyse kielletyn vaarantamisen rajoista. Tuolla kehityksellä oli oma perustansa hallinnollisessa kontrollissa ja lievien rikosjuttujen käsittelyssä.[51]

Politiaoikeus on hyvin merkittävä nykyisen rikosoikeuden ymmärtämisen kannalta. Politiaoikeuden piirissä kehittyi sellainen vähäisempien lainrikkomisten sanktiointikäytäntö, joka olennaisesti leimaa nykyistä inflaatiosta kärsivää, sakkorangaistusten hallitsemaa järjestelmäämme. Hyvinvointivaltiollinen rikosoikeus on muodostunut siten, että järjestysrikkomustyyppistä ainesta on yhä enemmän siirtynyt varsinaisen rikosoikeuden piiriin samalla kun hallinnollisten viranomaisten rangaistusvaltaa on rajoitettu.[52] Vaarantamiskieltojen perustan analyysi on ollut keskeistä politiaoikeudessa viime vuosisadalta lähtien ja myös sen piirissä on kehitetty jakoa abstraktiin ja konkreettiseen vaaraan.[53]

Modernin hyvinvointivaltion rikosoikeus on yhdeltä piirteeltään perinteisen yhteiskunnallisen ohjailun ja kontrollin välttämättömyyden tunnustavan politiavaltion työn jatkamista. Puitteet ovat kuitenkin oikeusvaltiollisessa hyvinvointivaltion oikeudessa toisin määräytyneet kuin absolutismin aika-

---

[50] Esimerkiksi Jaakko Forsmanin väitöskirja vuodelta 1874 käsitteli pakkotilaa. Pakkotilatyyppiset oikeusinstituutit olivat ennen kaikkea intressilainopilliselta kannalta hyvin kiinnostavia, koska ne havainnollistivat sitä, ettei mikään normi ollut ehdottomasti velvoittava, ja että tärkeitäkin intressejä voitiin joutua uhraamaan. Pakkotilaa ja hätävarjelua kehiteltiin tyypillisinä modernin oikeuden ilmentyminä, koska niissä lähdettiin siitä, että oikeudet voivat joutua konfliktiin, ja että tällaisia konflikteja voidaan ratkaista ainoastaan intressi- ja periaatepunninnalla. Itse asiassa sosiologisen koulun tapa nähdä rikosoikeuden oikeutus ja tehtävät ilmentävät katsomusta, että koko rikosoikeuden järjestelmä perustellaan sen välttämättömyydellä yhteiskunnan suojaamiseksi, mikä on kuin pakkotilainstituution sovellus koko järjestelmään.

[51] Pihlajamäen mukaan Ruotsissa ei tehty lainkaan eroa vakavien rikosten ja delicta levia edellyttämän näytön välillä. *Pihlajamäki* 1997, 87. Tätä ei varmastikaan voi pitää ilman muuta selvänä. – Forsman mainitsee politiarikkomuksista osan olevan vain politiasäädösten rikkomisia, osan taas kuuluvan rikollisen vääryyden piiriin. Hänen mukaansa jo vuoden 1734 laissa oli runsaasti politia-tyyppisiä määräyksiä, joita rikottiin usein laiminlyönnillä. *Forsman* 1900, 158–159.

[52] Ks. esim. Ståhlbergin esitystä poliisirangaistuksesta, *Ståhlberg* 1931, 125–129.

[53] Ks. esim. *Walker* 1994, 50–84. Politiaoikeudessa kyse oli lähinnä toimivaltaperusteen osoittamisesta tietyille toimenpiteille.

na.[54] Nähdäkseni Stolleis on oikeassa korostaessaan sitä, että historiallisessa katsannossa oikeusvaltion ja politiavaltion vastakkainasettelu ei ainakaan Saksassa osoita mitään selväpiirteisiä kehityslinjoja. Politiavaltio ei missään vaiheessa ollut yksinomaan repressiivisen poliisivaltion ilmentymää, eikä toisaalta oikeusvaltioideologia poistanut kaikkia politiavaltion piirteitä. Liberalismin taloudellinen ja poliittinen kriisi johti siihen, että Bismarckin ajan Saksassa palattiin tavallaan 1700-luvun valistuneen itsevaltiuden hengessä hyväksymään hyvinvointivaltiolliset valtion interventiot.[55] Rikosoikeudellisessa normistossa vastaava moniaineksisuus ilmenee nykyaikana sen eri osien erilaisina justifikaatiotarpeina.

4.2 Kokemusperäisten kriteerien esiinnousu todistus- ja syyksilukemisopeissa

1800-luvun Saksassa käytiin vilkasta keskustelua siitä, miten rikosprosessi olisi järjestettävä. Esitettiin vaatimuksia jury-tyyppisten maallikkotuomioistuinten luomisesta Saksaan Ranskan ja Englannin mallin mukaisesti. Vaatimus legaalisesta todistusteoriasta luopumisesta kytkettiin usein siihen, että maallikoiden päätösvaltaa tulee samalla lisätä. Esimerkiksi Friedrich Carl von Savigny julkaisi 1858 laajan mietinnön, jossa hän pohdiskeli vapaan todistusharkinnan toteuttamista.[55a] Hänen kantansa oli, että vapaa todistusharkinta tulisi toteuttaa riippumatta maallikoiden osallistumisesta lainkäyttöön.[56]

1840-luvulle tultaessa legaalisten todistusteorioiden kannatus oikeudellisessa keskustelussa oli jo lakannut, ja kyse oli enää siitä, millainen tuomioistuin osaisi parhaiten todisteita harkita.[57] Von Savigny katsoi, ettei vapaa todistusharkinta merkinnyt mitään kontrolloimatonta tuomarin sisäisen vakaumuksen käyttämistä todistusharkinnassa ratkaisevana kriteerinä ranskalaisen »conviction intimen» tapaan, vaan ratkaisujen perustelemisen velvollisuus vaikutti toiseen suuntaan; nimenomaan lainoppineen tuomarin ammat-

[54] Vastaavaan ilmiöön on »sosiaalikurinalaistamista» käsitellessään kiinnittänyt huomiota *Tiihonen* 1994, 334–339. Hyvinvointivaltiollisten tehtävien hoitamisen voi tietyssä mielessä katsoa olevan »palaamista sääntelyn perinteeseen».

[55] Ks. keskustelusta yleisesti *Stolleis* 1988, 392–393.

[55a] Sisältää kaksi jaksoa julkaisemattomasta von Savignyn Preussin oikeusministerinä laatimasta mietinnöstä, joka luovutettu 1846 otsikolla: »Die Prinzipien in Beziehung auf eine neue Strafprozess-Ordnung»; Berlin.

[56] *Von Savigny* 1858, 471–491.

[57] *Pihlajamäki* 1997, 125–127.

titaito ja kyky järkevään ratkaisujensa perusteluun teki julkiseksi ja kontrolloitavaksi tuon vakuuttumisen.[58]

Von Savigny lähti siitä, että tosiasiakysymyksen ratkaisun tulee perustua harkintaan ja refleksioon, eikä vain sisäiseen vakuuttumiseen. Se, että lainsäätäjä jättää todistusharkinnan vapaaksi, ei tarkoittanut täydellistä vapautta. Totuuteen pääsy edellytti kokemukseen ja ihmisen luontoon tukeutumista todistusharkinnassa, mutta niistä seuraavat lauseet olivat niin moninaiset, että niitä ei voinut lakiin kirjata.[59] Tosiasiakysymyksen oikean ratkaisun takeena oli yhtäältä tuomarin tahto kunnioittaa totuutta ja toisaalta riittävät tiedot ja kyvyt harkinnan suorittamiseen sekä se, että hän harkinnassa käytti näitä taitojaan. Tuomarin velvollisuus perustella ratkaisu taas pakotti hänet tähän harkintaan.[60]

Von Savignyn kanta oli, että laissa voidaan antaa säännöksiä siitä, mitkä ovat sallitut todistuskeinot, mutta varsinaista erityistä todistusteoriaa ei tulisi kirjata lakiin. Perusteena tähän oli se, että on yksinkertaisesti hyvin vaikeaa, ellei mahdotonta, muotoilla sellaisia lakiin kirjattavia yleisiä todistussääntöjä, jotka eivät vaarantaisi totuutta ja oikeudenmukaisuutta. Von Savigny haki tähän ongelmakokonaisuuteen apua harkitsevasta ymmärryksestä ja kokemuksesta.[61] Erityisesti indisionäytön arviointi jäisi joka tapauksessa yksittäistapauksittain tapahtuvaksi, koska siitä ei voida antaa yleisiä säännöksiä.[62]

---

[58] Ks. säännöstä von Savignyn artikkelissa (1858, 470).

[59] *Von Savigny* 1858, 476.

[60] *Von Savigny* 1858, 479. – Vastaava ajatus ratkaisun (myös näyttökysymyksen) perustelemisen tärkeydestä ja funktioista on keskeinen myös von Barille, jonka mukaan näyttökysymysten ratkaisussa valamiehistön tulisi ottaa huomioon eri suuntaan puhuvat kokemussäännöt ja perusteet. Ks. *v. Bar* 1865, 311–319, sekä lopussa liitteenä oleva lainmuutosehdotus, 9 ja 10 §. V. Barin ajatus on, että näyttökysymyksen ratkaisun perustelun päätehtävä on pakottaa tuomioistuin perusteelliseen näytön harkintaan, eikä niinkään automaattisesti tuottaa oikeata ratkaisua.

[61] *Von Savigny* 1858, 485. – Globigin ja Husterin »Abhandlung von der Criminal-Gesetzgebung»-tutkielmassa vuodelta 1783 oli rikosprosessuaalinen tieto käsitetty todennäköisyyteen perustuvaksi. Ks. *Schmitt* 1992, 146. Ks. myös Globigin myöhempää laajaa esitystä, jossa hän luo todennäköisyysteoriaan pohjaavaa teoriaa todistusharkinnasta. *Globig* 1806. Hän käsittelee mm. varsin laajasti tieteellisten asiantuntijalausuntojen problematiikkaa ja suhdetta muuhun todisteluun. *Mt.*, II osa, 203–218. Asiantuntijalausunnoilla selviteltiin mm. kausaalisuuskysymyksiä (Olivatko haavat olleet kuolettavat? Oliko uhri kuollut myrkytykseen?). Asiantuntijalausunnoista ks. myös *Mittermaier* 1834, 181–225 (kausaalisuuskysymyksistä 210–214).

[62] *Von Savigny* 1858, 487–488. Von Savigny korostaa sitä, että kidutuksesta luopumisen jälkeen indisiotodistelun merkitys on korostunut siinä määrin, että ellei indisioto-

Vaatimus tosiasiaratkaisun oikeellisuudesta ei ollut enää perusteltavissa legaalisen todistusteorian pohjalta. Käytännön kehitys, erityisesti kidutuksen poistaminen, lisäsi näyttöongelmia niissä rikostyypeissä, joissa kidutusta oli käytetty, eikä ollut realistista kiistää sitä, että käytännössä kaikkiin todistusteorioihin jäi erisuuntaisten väärien tuomioiden mahdollisuus.[63] Yhteiskunnan intressit toisaalta myös perustelivat jonkinlaisen riskin hyväksymistä väärän langettavan tuomion mahdollisuudelle. Rikosprosessissa saatavalta »tiedolta» ei voitu edellyttää täyttä varmuutta, vaan se saattoi käytännössä perustua vain todennäköisyyteen. Rikosprosessioikeudessa oli sopeuduttava eräänlaiseen laajamittakaavaiseen »Beweisnot»-tilanteeseen, johon parhaan ratkaisun tarjosi vapaa todistusharkinta.[64] Sen valttina oli kokemukseen ja tieteellisen tiedon auktoriteettiin turvautuminen sekä tosiasiakysymyksen ratkaiseminen vapaasti »käytännöllisen järjen» vaatimusten mukaisesti.[65] Tämä merkitsi sitä, että tuomarin – oli hän ammattituomari tai maallikko – elämänkokemus, ymmärrys ja ihmistuntemus sai taata lainkäytön oikeellisuuden. Lisäksi perusteluiden merkitys korostuisi tämän ymmärryksenkäytön kontrollissa.[66]

Rikosprosessioikeudessa omaksuttiin näin – jälleen myös teorioiden tasolla – suhteellisen pragmaattinen asenne totuuteen ja asioiden tiedettävyy-

---

distelu olisi sallittua, ei rikosoikeudenhoito ylipäätään olisi mahdollista. Yhteiskunnan etujen kannalta olisi epätyydyttävää, jos vaarallisimmat rikolliset olisi näytön epätäydellisyyden vuoksi vapautettava.

[63] Schmitt sanoo kidutuksen poistamisen johtaneen inkvisitioprosessin kriisiin, johon reagoitiin epäilysrangaistuksen lisäksi myös ottamalla käyttöön valhe- ja tottelemattomuusrangaistuksia sekä käyttämällä ravinnonpidätystä tai ankaraa arestia tunnustukseen painostamisen keinona. *Schmitt* 1992, 144. Suomessakin tunnustusvankeus oli keskeisiä keinoja estää se, että legaalisen todistusteorian ehdot täyttävän näytön puute olisi johtanut syytteen hylkäämiseen periaatteessa näytöltään »selvissä» jutuissa. *Pihlajamäki* 1997, 188.

[64] Se ei kuitenkaan ollut ongelmaton valinta, koska asiaan liittyi selviä mielivallan vaaroja. Schmittin mukaan kuitenkin »bildete die Einführung der »freien Beweiswürdigung» den letzten Anstoß, ein wissenschaftliches System der Wahrheitserforschung zu entwickeln, welches in der Lage war, die gesetzlichen Beweisregeln zu ersetzen.» *Schmitt* 1992, 171.

[65] Jonkinlaista »asiantuntijatodistelua» harjoitettiin jo keskiaikana germaanisessa oikeudessa. 1600-luvun lopulta alkaen erityisesti lääketieteellisten asiantuntijalausuntojen merkitys kasvoi voimakkaasti. Ks. *Schmitt* 1992, 99–101, 139 viitteineen. Lääketieteellisiä asiantuntijalausuntoja käytettiin rikosprosesseissa saksalaisella alueella jo 1500-luvulta alkaen. *Poppen* 1984, 208.

[66] Von Barin käsitykset näistä asioista tulevat varsin lähelle von Savignyn kantoja. Kokemuslauseet ovat von Barille jonkinlaisia »aputosiseikkoja», jotka lausuvat todisteiden merkityksestä ja luotettavuudesta. *Von Bar* 1865, 319, 320–321.

teen. Rikosprosessiteorian kannalta ei suurta merkitystä ollut sillä, onko maailmasta »teoriassa» mahdollista saada luotettavaa tietoa; rikosprosessin käytännölliset päämäärät edellyttivät uskoa siihen, että tämä on jokapäiväisessä elämässä mahdollista, ja legaalisten todistusteorioiden tosiasiallisen kriisin vuoksi oli luonnollista, että turvauduttiin tähän kokemuksella perusteltavaan välineistöön. Vapaa todistusharkinta merkitsi kokemukseen turvautumista kahdella tasolla: sekä tieteellisessä suhteessa (tieteessä varmistetut totuudet) että väljemmin arkikokemuksen tasolla.[67]

Saksassa rikosprosessioikeuden kehitys lähti toisaalta parissakin suhteessa toiseen suuntaan kuin von Savigny oli kaavaillut. Törkeimmissä rikosjutuissa maallikkotuomarit ratkaisivat jutun tosiasiakysymyksen ilman, että tätä ratkaisua olisi tullut perustella. Muissa jutuissa lainoppineet tuomarit suorittivat todistusharkinnan, hekin ratkaisua tältä osin perustelematta. Faktapuolen osalta muutoksenhakuinstanssi ei voinut myöskään puuttua kerran suoritettuun harkintaan. Vapaan todistusharkinnan toteutus lainsäädännössä läheni siten Savignyn arvostelemaa ranskalaista mallia, mikä jätti todistusharkinnan kontrolliin pahoja aukkoja. Tieteellisten asiantuntijoiden merkitys väheni jälleen. Esimerkiksi psykiatrit pitivät huomattavana epäkohtana sitä, että maallikkotuomioistuin kuunteli vielä ammattituomareitakin vähemmän asiantuntijoiden lausuntoja syyntakeisuuskysymyksissä.[68]

Vasta vuoden 1924 tuomioistuinuudistuksessa[69] tämä järjestelmä muuttui: jury-tyyppinen tuomioistuin muutettiin sellaiseksi, jossa maallikkotuomarit ja lainoppineet istuivat samassa kokoonpanossa.[70] Yhtenä uudistuksen syynä oli käsitys, että Schwurgerichtien lainkäytössä oli tapahtunut virhei-

[67] Tieteellisten asiantuntijalausuntojen merkityksen lisääntyminen jo viimeistään 1700-luvulla oli ollut väylä tieteellisen tiedon huomioonottamiselle tosiasiakysymyksen ratkaisussa. Esimerkiksi Mittermaier näkee asiantuntijan rooliltaan tavallaan valamiehistön rinnakkaisilmiöksi; kumpikin selvittelee oikeuskysymykseen nähden faktista esikysymystä. *Mittermaier* 1834, 186.

[68] Ks. esim. *Aschaffenburg* 1908, passim. Landau kiinnittää huomiota siihen, että Schwurgerichtien suosio alkoi laskea jo pian niiden perustamisen jälkeen ja että yhtenä syynä maallikkotuomareiden vaikeuksiin oli vuoden 1850 jälkeen tapahtunut intensiivinen kehitys aineellisen oikeuden tutkimuksen alueella. *Landau* 1987, 303.

Weber taas muistuttaa siitä, että maallikot tuomareina vierastivat myös formaalista juridista ajattelutapaa ylimalkaan. Ammattituomarit olisivatkin olleet valmiit paremmin luottamaan psykiatristen asiantuntijoiden ymmärrykseen tietyissä erityisen vakavissa rikosjutuissa. *Weber* 1985, 511–512.

[69] Ks. *Vormbaum* 1988, passim.

[70] Ks. esim. kaaviota *Vormbaum* 1988, 168.

tä, joita ei voitu ylemmässä oikeusasteessa enää korjata.[71] Uudistuksella haluttiin parantaa tosiasiakysymyksen ratkaisun kontrolloitavuutta, ja vasta nyt ryhdyttiin myös oikeuskäytännössä ottamaan kantaa siihen, mitä on tuomarin vakuuttuminen; tieteellinen keskustelu asiasta alkoi.[72] 1920-luvun lopulla omaksuttiin myös aikaisempaa laajempi tulkinta siitä, milloin tuomioistuimen on turvauduttava tieteelliseen asiantuntijalausuntoon. Suhtautuminen tavanomaisen elämänkokemuksen riittävyyteen tuli epäilevämmäksi ja tuomari velvoitettiin periaatteessa kuulemaan asiantuntijaa heti, jos hänellä oli vähintäkään epäilystä oman asiantuntemuksensa riittävyydestä.[73]

Viimeksi mainitulla kysymyksellä on luonnollisesti huomattava merkitys. Suomessa Honkasalon tutkimus kausaalisuudesta (*Honkasalo* 1933) perustuu vielä lähinnä tätä muutosta edeltävään materiaaliin, ja voisi väittää, että »yleisen elämänkokemuksen» korostaminen tässä samoin kuin hänen myöhemmissä oppikirjoissaan heijastelee vielä sitä ajatusta, että kausaalisuuskysymykset ovat selvitettävissä tuomarin oman kokemuksen, ymmärryksen ja pohdinnan varassa asiantuntijoihin turvautumatta, ajatuskokeella.[74] Engischin edellä mainittu selvemmin luonnontieteelliseen tietoon pohjaava kausaalisuusoppi ajoittuu myös tähän murroskohtaan.

Sanottu murroskohta ilmentää sitä, että elämänkokemus, arkiajattelu ja common sense eivät välttämättä kiinnittäneet rikosprosessuaalista tiedon käsitettä riittävällä tavalla tieteelliseen tietoon. Legaalisten todistusoppien merkittävä modifiointi tai hylkääminen oli varmastikin välttämätöntä rikosoikeuden modernisoitumisen kannalta. Ne olivat jo muutenkin lakanneet vastaamasta yleistä ja ajanmukaista käsitystä totuuden- ja oikeudenmukaisen ratkaisutoiminnan kriteereistä. Ongelmia lienee kärjistänyt se, että 1800-luvulla politiaoikeus oikeudellistui, ja se toi rikosoikeuteen ja samalla tuomioistuimiin entistä enemmän moderneja vähäisiä lainrikkomuksia.

Legaalisten todistusteorioiden kumoaminen ei kuitenkaan Saksassa johtanut heti sellaiseen tiedolliseen murrokseen, jossa tieteen ja kokemuksen totuudet olisivat heti vakiintuneet aikaisempien lainsäädännössä vahvistettujen kriteerien tilalle von Savignyn tarkoittamalla tavalla. Kehitys tapahtui »pinnan alla», subjektiivisen vakuuttuneisuuden kriteerin kätkiessä todelli-

[71] Keskustelusta ks. *Vormbaum* 1988, 134–149.

[72] *Schmitt* 1992, 200–201.

[73] *Schmitt* 1992, 173–175, 179.

[74] Schmitt näkee laajasti ymmärrettyyn »kriminalistiikkaan» kuuluvien kokemussääntöjen huomattavasti kaventavan vapaata todistusharkintaa. *Schmitt* 1992, 175.

set harkinta- ja perusteluprosessit. Lainsäädäntö tuli esteeksi tuomioistuimen suorittaman todistusharkinnan kontrolloitavuuden kannalta. Legaalisiin todistusteorioihin liitetty irrationaalisuus tuli korvatuksi toisenlaisella, tieteellisen ja muunkin kontrollin ulkopuolelle jäävällä irrationaalisuudella. Vasta asteittain alettiin edetä taas vastakkaiseen suuntaan.

Saksalaisessa rikosprosessioikeudessa lienee tästä perinteestä johtuen varsin pitkään tunnettu suhteellisen vähän kiinnostusta todistusteoreettisiin kysymyksiin, eikä aineellisen rikosoikeuden ongelmia useinkaan ole tarkasteltu yhteydessä näyttökysymyksiin. Tämä koskee myös 1800-luvun lopulla vilkastunutta kirjoittelua kausaalisuudesta ja vaarasta, mikä ajoittuu juuri siihen aikaan, jolloin subjektiivisen vakuuttuneisuuden oppi oli voimakkaimmillaan. Nykyisinkin on varsin harvinaista, että saksalaisessa rikoslainopillisessa tutkimuksessa käsiteltäisiin samaan teemaan liittyviä näyttökysymyksiä. Mainittakoon, että vuoden 1877 RStPO:n 260 §:ssä omaksuttu vapaan todistusharkinnan periaatteen muotoilu on Saksassa edelleen täsmälleen samansanaisena voimassaolevaa oikeutta (nyk. StPO 261 §).[75]

Tieteellisessä Bismarckin ajan Saksan rikoslainopissa kokemusperäisten kriteerien voimistuminen näkyy kausaalisuuden ja vaaran käsitteissä aineellisen rikosoikeuden puolella. Oikeuspositivistinen, Hegelin filosofian vaikutuksesta erkaantunut rikosoikeustiede kääntyi tarkastelemaan niitä omasta näkökulmastaan. Rikosvastuuseen konstruoitiin sellainen syyllisyydestä erillinen ulkoinen teko, joka jäsentyi kokemustiedon varaisesti ja josta oli esitettävä näyttöä.

Esimerkiksi kausaalisuusopeissa näihin aikoihin kehitelty ajatuskoeoletus edellyttää tuomarin käytettävissä olevan tarvittavaa kokemustietoa. Vastaavasti von Barin kausaalisuusopissa elämän säännön mukaisuus on selvästi kokemukseen perustuva kriteeri, joka yhdeltä merkitykseltään ilmeisestikin tulee hyvin lähelle rikosprosessioikeudellisia kokemussääntöjä.[76] Myös esimerkiksi von Kriesin kausaalisuusopissa määritetään satunnaisen ja adekvaatin raja kokemuksellisen kriteerin perusteella. Ilmeisesti »moderni» tieteellinen, kokemukseen ja todennäköisyysoppiin perustuva todellisuuskäsitys saavutti rikosprosessioikeuden jo ennen aineellista rikosoikeutta tutkivaa tie-

[75] Ks. yleisesti *Schmitt* 1992, 167–171.

[76] Jo varhemmassa todistusteoriassa oli indisio-opin puitteissa kehitelty sellaista »kausaalisuusoppia», joka toi kokemussäännöt kausaalisuhteiden arviointiin. Olihan selvitettävä se, missä yhteydessä indisiot olivat väitettyyn tekoon. Ks. esim. *Biberg* 1830, 479–503.

dettä, jossa tämä tapahtui leimallisemmin vasta kriminologian ja positivistisen sosiologian vaikutuksesta 1800-luvun lopulla.

Saksalaista 1800-luvun lopun rikosoikeustieteellistä keskustelua tarkastellaan usein kahden rintaman vastakkainasetteluna: klassisen rikosoikeuskoulun oikeuspositivismin (von Wächter, von Bar, Binding ym.) haastajaksi nousi positivistisesta kriminologiasta vaikutteita ottava, kriminaalipoliittisesti perusteltua rikosoikeuden järjestelmää etsivä von Lisztin moderni, sosiologinen rikosoikeuskäsitys. Tällainen vastakkainasettelu on perusteltu, jos asiaa tarkastellaan sen suhteen, mitä vaatimuksia rikosoikeuden rationaalisuudelle asetettiin ja miten rikosoikeuden yhteiskunnalliset kytkennät esitettiin.

Lainopilliselta kannalta sosiologisen koulun rikoslainoppi ei poikennut radikaalisti perinteisempien tutkijoiden esityksistä. Kokemuksellisten rikosvastuun elementtien painottuminen on yhtä hyvin osoitettavissa myös klassisen koulun edustajien piirissä. Esimerkiksi von Bar ja Binding käsittelivät ansiokkaasti modernin rikosoikeuden »uusia» kysymyksiä (kausaalisuus, vaara, tuottamus).[77] »Hyvinvointivaltiollisen» rikosoikeuden teemat, joiden tässä on katsottu osaksi ilmentävän politiaoikeudellista perintöä, olivat siten esillä myös lainopillisessa kirjallisuudessa. »Esimoderni» heijastui suoraan »moderniin».

Rikosoikeuden modernisoitumiskysymyksen ja sosiologisen koulun synnyn voisi liittää, toisin kuin Backman,[78] paitsi yhteiskunnallisiin muutoksiin ja positivistisen kriminologian ja yhteiskuntatieteen läpilyöntiin, myös aineellisen rikosoikeuden ja rikosprosessioikeuden kehitykseen. Tällöin voi havaita »klassikkojenkin» selvästi reagoineen ajan vaatimuksiin, mistä edellä on ollut esimerkkejä.[79] Tätä ilmensi esimerkiksi kokemusperäisten arviointikriteerien lisääntyvä hyödyntäminen lainopillisissa töissä. Kiistat näiden kahden

[77] Von Barin esimerkit kausaalisuusongelmista ovat nimenomaan tuottamukselliseen aiheuttamiseen liittyviä ja ottavat selväksi lähtökohdakseen vahingonkorvausvastuun ja rikosvastuun läheisen yhteyden.

[78] Ks. laajaa esitystä *Backman* 1976, 117–167 (vaikutuksesta Suomeen 149–167). Ks. klassisesta ja sosiologisesta rikosoikeuskoulusta myös *Pihlajamäki* 1990, 13–23; varhemmasta kotimaisesta tieteellisestä keskustelusta ja ehdollista rangaistusta koskevan lain säätämisestä ks. *mt.*, 29–56; Ruotsin osalta ks. *Häthén* 1990, passim.

[79] Pihlajamäki pitää itse asiassa jo klassisen koulun varhaisempia edustajia, kuten hegeliläisiä, merkittävinä rikos- ja rikosprosessioikeuden modernisoijina. Tämä ilmenee muun ohella siinä, että hegeliläinen aineellisen rikosoikeuden järjestelmä jo edellytti myös rikosprosessioikeuden modernisoimista. Ks. tästä esimerkiksi Ehrströmiä koskevaa esitystä, *Pihlajamäki* 1997, 146–152.

»suunnan» välillä kärjistyivät rangaistusteoreettisissa ja rangaistusjärjestelmää koskevissa käsityksissä, koska sosiologisen koulun erityispreventiopainotukset johtivat heidät näkemään merkittävimmät uudistustarpeet seuraamusjärjestelmässä.[80]

[80] Pihlajamäki etsiikin sosiologisen koulun vaikutusta nimenomaan seuraamusjärjestelmää koskevasta lainsäädännöstä. Sekä hän että Backman ovat kiinnittäneet huomiota siihen, että suomalaisista teoreetikoista Serlachius pyrki todellisuudessa yhdistämään sosiologisen ja klassisen koulun rangaistusteoreettisia ajatuksia. *Pihlajamäki* 1990, 36–42; *Backman* 1976, 149, 162–165.

IV LUKU
SYYKSILUKEMISEN JUSTIFIKAATIO

1. Yleisiä näkökohtia

Justifikaatiokysymyksiä voidaan analyyttiselta kannalta lähestyä usealla tavalla. Organisatorisessa kysymyksenasettelussa voidaan erottaa kysymykset rikosoikeudellisen lainsäädännön (lainsäätäjä), lainsoveltamisen (tuomioistuin) ja rangaistuksen täytäntöönpanon (täytäntöönpanoviranomaiset) oikeutuksesta. Oikeutusperusteet voivat kullakin tasolla erota toisistaan.

Rikoksen syyksilukeminen voidaan myös erottaa rangaistuksen määräämiseen liittyvästä problematiikasta. Asialla on yhteytensä siihen normiteoreettiseen jaotteluun käyttäytymis- ja sanktionormeihin, jota on kehitelty viime aikojen saksalaisessa kirjallisuudessa.[1] Frischillä jako koskee käyttäytymisnormin erottamista seurauksen syyksilukemisesta. Jälkimmäisen nähdään toteuttavan eri tausta-ajatusta kuin edellisen. Seurauksen syyksilukemisessa on kyse rangaistusteoreettisesta perustelutarpeesta (yleispreventiosta), käyttäytymisnormissa taas oikeushyvien suojelun kannalta välttämättömästä toimintavapauden rajoituksesta. Jako esiintyy myös Kindhäuserilla, jonka mukaan rikosoikeudessa syyksilukemissäännöt täydentävät käyttäytymisnormeja. Käyttäytymisnormit ovat materiaalisesti legitiimejä, kun niiden perusteena olevat suojaintressit ovat painavampia kuin toisten toimintaintressit. Käyttäytymisnormit voidaan muodollisesti legitimoida lainsäädäntömenettelyllisin perustein. Rangaistus, sanktio puolestaan palvelee Kindhäuserin käsityksen mukaan normien velvoittavuuden varmistamista: sitä että normit tunnustetaan sitoviksi toiminnan suuntaviitoiksi.[2]

---

[1] *Vogel* 1993, 28–29, sitä ennen mm. *Frisch* 1988, esim. 70–80. Ks. myös *Lagodny* 1996, 138–509.

[2] *Kindhäuser* 1989, 29–41. *Vogel* 1993, 29, tiivistää erottelun seuraavasti: »Während Verhaltensnormen nach allgemeiner und zutreffender Ansicht damit legitimiert werden,

On siis eri asia, pohditaanko sitä, millaisin perustein teko tai laiminlyönti voidaan säätää rangaistavaksi oikeusjärjestyksen perusteita loukkaamatta, vai sitä, millaisin perustein normia voidaan tehostaa seuraamusuhkilla. Käyttäytymisnormi liittyy olennaisesti syyksiluettavaan tekoon tai laiminlyöntiin. Erilaisissa rikostunnusmerkistöissä syyksilukemiskysymys muodostuu erityyppiseksi. Joissakin tunnusmerkistöissä on ainoastaan käyttäytymisnormi, toisissa siihen kuuluu vaarantamisen tai seurauksen syyksilukemisen kysymyksiä. Voisi sinänsä olla, että esimerkiksi laiminlyöntiperusteinen vastuu vaatisi oman käsittelynsä. Epäilemättä mm. laiminlyöntivastuun oikeutuksen yhteydessä nousee esille erityisiä vastuullisten piirin rajaamiseen liittyviä kysymyksiä. Nykyaikana esimerkiksi organisaatioiden puitteissa vastuukysymyksiä selvitettäessä erilaiset valvonta- ja ohjausvelvollisuudet korostuvat. Niihin ei tässä voida paneutua.

Suhteellisuusperiaate kriminaalipoliittiseksi periaatteeksi ymmärrettynä kytkee toisiinsa teon vakavuuden ja törkeyden sekä siitä seuraavan rangaistuksen. Suhteellisuusperiaatteeseen kytkeytyy mitä kiinteimmin myös syyllisyysperiaate. Rationaalisessa kriminaalipolitiikassa pyritään siihen, että järjestelmätasolla katsottuna tekojen vakavuuserot heijastuisivat näistä teoista määrättäviin rangaistuksiin. Suhteellisuusperiaate ei kuitenkaan sinänsä estä sitä, etteikö konkreettisessa rangaistuksen määräämisessä voitaisi kiinnittää muihinkin seikkoihin huomiota, erityisesti siihen, milloin konkreettinen rangaistus on tai ei ole preventiivisessä mielessä tarpeellinen. Lähtökohtaisesti ja viime kädessä suhteellisuusperiaate kuitenkin rajoittaa valtion rangaistusvaltaa: rangaistus ei saa olla ankarampi kuin mitä suhteellisuusperiaate sallii.[3]

Tunnetuin yritys kehitellä suhteellisuusperiaatetta rangaistuksen määräämisessä on Jareborgin rangaistusarvoteoria. Sitä on kehitelty pisimmälle Jareborgin ja von Hirschin yhteisessä hankkeessa. Kirjoittajat pyrkivät analysoimaan ja mittaamaan niitä elementtejä, joihin rikoksen vahingollisuus ja vaarallisuus perustuu.[4] Heidän rikosten vahingollisuutta kartoittavassa mallissaan arvioidaan sitä, millä tavalla rikos kohdistuu uhrien elintasoon.[5] Malli

---

daß das verbotene Verhalten schädigend (rechtsgutsverletzend oder -gefährdend) ist, müssen Sanktionsnormen dadurch begründet werden, daß die Verhängung der Sanktion als Reaktion auf das Verhalten gerecht ist.» Frischillä käyttäytymisen käsite on niin suppeasti ymmärretty, että sanktionormin piiriin jää enemmän kysymyksiä kuin Vogelilla tai Kindhäuserilla.

[3] Ks. suhteellisuusperiaatteesta yleisesti esim. *Lappi-Seppälä* 1987, 166–183.

[4] *Von Hirsch – Jareborg* 1991, passim.

[5] Ks. myös Rescherin huomioita siitä, että modernin elämän riskit eivät kohdistu yksinomaan elämään sinänsä, vaan erityisesti elämän laatuun. *Rescher* 1983, 1–4.

on lähtökohdiltaan varsin yksilökeskeinen, ja siinä on hyvin niukasti analysoitu sellaisia rikoksia, jotka eivät välittömästi kohdistu yksilöuhreihin.[6]

Ajatuksena mallissa on, että ensin määritetään loukkausrikosten vakavuus ja suhteutetaan eri rikostyypit vakavuusasteeltaan toisiinsa. Elintasomallissa henkeen ja terveyteen kohdistuvat rikokset ovat vakavimpia, koska ne puuttuvat käytännössä kaikkiin yksilön suojattuihin intresseihin. Mallin sovellutusalaa on luonnollisesti rangaistuksen mittaamista koskeva oppi, mikäli mittaamista koskeva normisto sallii rikoksen vakavuuden vaikuttaa rangaistuksen mittaamisessa ja rangaistuslajin valinnassa. Olennaista on kiinnittää huomiota siihen linkkiin, jolla rikoksen vahingollisuutta koskeva arvostelu voisi heijastua legitiimiin rankaisuvallan käyttöön. Mitä vakavampi rikos on, sitä ankarampi rangaistus on periaatteessa oikeutettu, jos rangaistus on suhteutettava teon vakavuuteen.[7] Mutta malli toimii tietenkin myös kääntäen: mitä vähäisempi rikos, sitä lievempi rangaistus.

Modernissa rikosoikeudessa rikosten vakavuuden määrittelyllä pyritään rikosoikeudella suojeltavien oikeushyvien suojan porrastamiseen rationaalisella ja oikeudenmukaisella tavalla. Myös rikosoikeuden symbolifunktio edellyttää, että suojattavien arvojen tärkeyseroja pyritään lainsäädännössä ja lainkäytössä osoittamaan. Tältä kannalta on syytä mainita, että von Hirschin – Jareborgin mallissa vaarantamisrikosten vahingollisuus määritetään loukkausrikosten vahingollisuusarvon pohjalta, mutta kuitenkin niin, että loukkauksen todennäköisyys tulee myös otettavaksi huomioon. Jos jätetään ottamatta huomioon syyllisyysnäkökohdat, tapon ja rattijuopumuksen vakavuuserosta tulee tästä syystä huomattava. Rattijuopumuskriminalisoinnilla suojataan liikenneturvallisuutta, viime kädessä liikenteeseen osallistuvien henkeä ja terveyttä sekä omaisuusarvoja. Rattijuopumuksen ja tapon suojeluobjektit ovat osittain samat. Rattijuopumus on kuitenkin vakavuudeltaan tappoa huomattavasti vähäisempi sen vuoksi, että rattijuopumuksen sisältämä riski toiselle koituvasta hengenmenetyksestä jää hyvin alhaiseksi.[8]

Kriminalisointiperiaatteiden yhteydessä tullaan jatkossa sivuamaan rikosten vakavuuden määrittelyä. Päähuomio seuraavassa on kuitenkin yleisemmissä rikosoikeuden justifikaatioon liittyvissä kysymyksissä.[9] Tarkoitukse-

---

[6] Ks. keskustelua *Lappi-Seppälä* 1987, 339–340 av 79.

[7] Suhteellisuusperiaate luonnollisesti edellyttää myös teon syyllisyyden asteen vaikuttavan teon vakavuuteen.

[8] Esimerkistä ks. *von Hirsch – Jareborg* 1991, 30–31. Ks. vastaavantyyppisestä mallista myös *Ashworth* 1995, 35–42.

[9] Jääskeläinen on kehitellyt von Hirschin ja Tylerin oppien pohjalta varsin hienojakoista normatiivis-prosessuaalista preventioteoriaa. Ks. *Jääskeläinen* 1997, 90–126.

na on osaltaan kytkeä rikosoikeuden oikeutusta koskevaan keskusteluun niitä havaintoja, joita tämän tutkimuksen perusteella on tehty modernin rikosoikeuden erityispiirteistä. Monet yleiset justifikaatio-ongelmat kietoutuvat näihin kehitystendensseihin. Nimenomaan vaarantamisrikosten esiinnousu ja yhteisöllisten oikeushyvien korostuminenkin ovat seikkoja, joihin modernin rikosoikeuden kriitikot ovat mielellään kiinnittäneet huomiota tulkiten ne kriisi-ilmiöiksi.[10] Tämän vuoksi on aiheellista tarkastella justifikaatiokysymyksiä painottaen erityisesti edellä tutkimuksessa esiin nousseita ongelmakohtia.

2. Rikosoikeus ja arvot

Rikosoikeus on oikeudenala, jonka tilasta ja kehittämisestä jokaisella on mielipiteitä. Rikos ja rangaistus ovat vahvasti moraalisesti ladattuja käsitteitä. Rikos on väärin, ja vääryydestä rangaistaan. Moraalidiskurssi rikosoikeudellisista kysymyksistä kulkee hyvin yksinkertaisia latuja. Rikosnimikkeet ovat kansalaisille tuttuja samoin kuin oikeuttamis- ja anteeksiantoperusteet. Tappo on tappona rangaistava, jos sitä ei tehdä hätävarjelussa tai pakkotilassa. Sodassa ja hätävarjelussa tappaminen on oikein.[1]

Oikeuttamis- ja anteeksiantoperusteisiin kätkeytyy kiinnostava paradoksi. Rikosoikeudellisen tunnusmerkistön täyttävä teko voi saada oikeutuksen tai anteeksiannon poikkeussäännösten kautta. Hätävarjelussa tehty tappo säilyy tappona, mutta on oikeudenmukainen. Anomalia on ratkaistavissa vain rakentamalla normistoon kaksi tasoa. Poikkeussäännöt sääntelevät sitä, missä tilanteissa pääsäännön rikkominen onkin luvallista. Oikeusjärjestys siis voi paitsi kieltää tappamisen, myös säätää sen oikeudenmukaiseksi. Oikeuttamisperusteiden soveltuessa kyse ei olekaan siitä, että rikosoikeus »vetäytyisi» ja jättäisi teon oikeuden ulkopuoliseksi, vaan oikeus säätää koodin myös sille, miten oikeuden sisällä sen omien sääntöjen rikkominen voi olla oikeudenmukaista.[2]

---

[10] Esim. *Hassemer* 1989a, 388–400.

[1] Sodassa tappaminenkin voidaan katsoa lailliseksi vain tietyin ehdoin, kuten jos tappaminen kohdistuu taistelutilanteessa tai esimiehen käskyyn perustuen vihollissotilaaseen. Systemaattisesti asian voi sisällyttää sosiaaliadekvanssin piiriin kuuluvaksi tilanteeksi: teon oikeudenvastaisuus poistuu kirjoittamattoman (tai kirjoitetunkin) kansainvälis-oikeudellisen poikkeussäännön perusteella. *Jareborg* 1994, 184.

[2] Ks. tästä problematiikasta esim. *Luhmann* 1993, 284–285 ja passim.

Pakkotilasääntelyssä esiintyvä intressivertailu ilmentää kaikkiaan modernissa oikeudessa korostunutta arvojen yhteismitallisuutta. Vastakkain eivät ole konkreettiset esineet tai ihmiset vaan abstraktit arvot. Intressejä on pystyttävä arvottamaan ja vertaamaan keskenään. Voikin kysyä, saattaako mikään arvo säilyttää täydellisen ehdottomuuden tällaisissa oloissa. Pakkotilassa lähinnä vaatimus uhrattavan edun vähemmyydestä pelastettuun nähden mahdollistaa sen, että ihmishengelle ei suoraan jouduta määrittämään arvoa.

Oikeuttamis- ja anteeksiantoperusteet ovat vahvasti moraalisidonnaisia. Arkisissakin elämäntilanteissa tekoja puolustellaan aivan vastaavantyyppisillä perusteilla. Vaikka oikeuttamis- ja anteeksiantoperusteista ei olisi laissa yhtäkään säännöstä, vastaavantyyppiset perusteet jouduttaisiin ratkaisutoiminnassa joka tapauksessa ottamaan lukuun kohtuuden ja oikeudenmukaisuuden vaatimusten vuoksi. Hätävarjelu ja pakkotila toimisivat välttämättöminä oikeusperiaatteenomaisina oikeusinstituutioina, vaikka niitä koskevat normit puuttuisivat rikoslaista. Näin on yksinkertaisesti siksi, että ne ilmaisevat sellaisia syyksilukemisen ja arvioimisen sääntöjä, joiden rikkominen veisi kokonaan pohjan rikosoikeuden eettiseltä arvostukselta kansalaisten piirissä. Ne ovatkin myös syyllisyysperiaatteen ilmentymää. Ei ole oikein rangaista rikoksesta silloin, kun tekijältä ei ole voitu vaatia muunlaista toimintaa. Mutta myös ennakoitavuuden vaatimus johtuu sekin syyllisyysperiaatteesta. Se on tavalla tai toisella otettava huomioon syyksilukemisen rakenteissa.[3] Tapaturmasta ei voida rangaista eikä tekijää moittia. Mikä ei ole ennakoitavissa, siihen ei voida varautua.[4]

Rikosoikeuden yhteys moraaliin ja arvoihin näkyy monella muullakin tavalla. Rikosoikeudella pyritään suojaamaan arvoja, intressejä, oikeuksia. Viime vuosisadalta alkaen on puhuttu oikeushyvistä. Rikos on väärin, koska se loukkaa oikeushyvää. Usein puhutaankin siitä, että rikosoikeudessa oikeudenvastaisuus on aineellista.[5] Rikosoikeuden yhteydessä moraaliin, arvoihin ja intressiensuojaan ei olisi mitään erityisempää kiinnostavuutta, jos luon-

[3] Tekijän asemassa olevan henkilön ex ante -näkökulma voidaan sisällyttää syyksilukemiseen monella tavalla. Esimerkiksi tietyn tapahtumainkulun otaksuttavuusarviointi ex ante tehdään tyypillisesti tekijän näkökulmasta.

[4] Syyllisyysperiaatteelle voisi etsiä tukea myös ihmisoikeusnormistosta, esimerkkinä EIOS 6 art. 2 kappale. Ilmeisesti mainittu sopimuskohta, joka on Suomeakin sitova, ei sinänsä estä esimerkiksi objektiivista rikosvastuuta, jos sellaisesta on säädetty. Syyttömyysolettamasta erityisesti EIOS:n tulkintakäytännön ja rikosprosessuaalisten näyttövaatimusten asettamisen kannalta ks. *Jääskeläinen* 1997, 205–217.

[5] Ks. esim. *Roxin* 1997, 14 § II Rn 4–14.

nonoikeudellinen ajattelu olisi vallalla. Säädännäisessä rikosoikeudessa taas eri toimijoita sitovat periaatteet mahdollistavat kriittisen suhteen oikeuden »pinnan» tason ilmiöihin. Yhä tavanomaisempaa on, että rikosoikeuden ja valtiolle sallitun kriminaalipolitiikan rajoja etsitään valtiosäännön perusoikeusjärjestelmästä.[6]

Luonnonoikeusteorioiden ydintä on ollut oikeuden ja moraalin välttämättömän yhteyden tunnustaminen. Oikeuden on oltava moraalisesti arvokasta ollakseen oikeata oikeutta. Oikeuden velvoittavuus olisi näin kiinni siitä, miten säädännäinen oikeus vastaa »ylempiä» moraalisia periaatteita. Rikosoikeuden periaatteet, kuten legaliteetti- ja syyllisyysperiaate, ovat ehkä moraalisia, mutta ainakin oikeudellisia periaatteita. Ne on koettu nykyisessä oikeuskulttuurissa velvoittaviksi oikeudenalan keskeisimpinä periaatteina. Viime aikainen perusoikeusajattelun vahvistuminen on lähinnä antanut lisää tukea näille periaatteille. Sekä legaliteetti- että syyllisyysperiaate saavat painoa niin lainsäädäntö- kuin lainsoveltamisratkaisujen tasolla.

Nykyisin esitetään usein oikeusperiaatteiden kuuluvan osana oikeusjärjestelmään. Oikeusperiaatteet ikäänkuin välittävät moraalia ja oikeutta. Esimerkiksi Pöyhösen mukaan oikeusperiaatteiden velvoittavuus on kiinni ennen muuta niiden hyväksyttävyydestä.[7] Ne kytkevät oikeuden moraaliin ja yhteiskuntapoliittisiin tavoitteisiin. Oikeusperiaatteet voi jakaa arvo- ja tavoiteperiaatteisiin. Arvoperiaatteet tukeutuvat arvoihin ja »edistävät» arvoja tai ilmaisevat niitä, tavoiteperiaatteet taas ilmaisevat jonkin tavoiteltavan päämäärän. Arvot voivat olla käännettävissä tavoitteiksi ja päinvastoin. Niinpä edellä analysoidulla normin suojelutavoitteella on usein molemmat ominaisuudet.

Esimerkiksi liikenneturvallisuus on tavoite, mutta sen voi nähdä myös arvona. On tärkeää ja arvokasta, että liikenne sujuu turvallisesti. Liikenneturvallisuutta seurataan monenlaisilla mittareilla. Toisaalta liikenneturvallisuuteen myös pyritään vaikuttamaan. Liikenneturvallisuus on tavoitteena ideaalinen päämäärä, jota ei koskaan voida täysin toteuttaa. Ajonopeuksia olisi pudotettava roimasti, jotta liikenne voisi sujua hyvin turvallisesti. Jos liikenneturvallisuus olisi ylivertainen ja ainoa yhteiskuntapoliittinen tavoite, tätä olisi tuon tavoitteen saavuttamisen kannalta vaadittava. Mitään ehdotonta rajaa ja mittaa liikenneturvallisuudelle ei ole.[8]

---

[6] Ks. kuvausta *Lagodny* 1996, 19–50. Kotimaassa uraa uurtavasti *Nuutila* 1996, 62–71.

[7] *Pöyhönen* 1988, 33–35.

[8] Liikenneturvallisuus on yhteiskunnallisesti määrittyvä intressi. Siinä on kyse toimintajärjestelmän toimivuuden takaamisesta sellaisissa oloissa, kun toiminnan riskittö-

Liikenneturvallisuuden edistämisellä ei toisaalta voida perustella mitä tahansa säännöksiä, joiden vaikutus liikenneturvallisuuteen on marginaalinen tai joiden toteuttamiseen liittyy muita käytännön ongelmia. Modernin vaarantamiskriminalisointihakuisen, usein offensiiviseksi ymmärrettävän rikosoikeusajattelun arvostelu vääränlaisesta »symbolisuudesta» olisi valaistavissa tätä koskevalla esimerkillä. Liikenneturvallisuutta saadaan legitiimisti edistää vain sanktioimalla liikenneturvallisuutta suoranaisesti vaarantavaa käyttäytymistä. Liikenneturvallisuus ei toisaalta määrity yksinomaan empiirisesti, vaan eräässä mielessä myös normatiivisesti. Liikennesäännöillä velvoitetaan liikenteeseen osalliset huolehtimaan myös toistensa eduista. Liikenneturvallisuus muodostuu yhteispelissä. Sen vuoksi myös liikenneturvallisuutta vaarantavan käyttäytymisen arvioinnissa on voitava tulkita liikennetilanteita toimintateoreettisesti, kommunikaation ja vuorovaikutuksen huomioon ottavasta näkökulmasta. Edellä on vaarantamisrikosten yhteydessä selvitelty sitä, että tietyissä tilanteissa juuri vaarantamisarvioinneissa edellytetään yhtäältä siirtymistä tiukimmin rajatusta tekokeskeisestä tarkastelusta väljempään, toimintakeskeiseen. Samalla voidaan siirtyä hallitusti kapeimmasta ns. teonetiikasta kohden asennoitumisetiikkaa. Asennoitumisetiikan sijaan olisi usein puhuttavissa myös toimintaetiikasta. Ajatus on silti, ettei teonfilosofisesta tarkastelusta kokonaan ja liiaksi erkaannuta. Myös näin ymmärretyn sosiaalisen toiminnan ja sosiaalisen teon käsitteen tulee säilyttää yhteytensä ja perustansa teonfilosofiassa.

Sosiaalisen teonkäsityksen etuihin kuuluu mm. se, että vaarantamisarvioiden käytännöllinen luonne on helpommin ymmärrettävissä, ja myös oikeudellinen intressiensuojanäkökulma, joka tässä tutkimuksessa on ollut korostetusti esillä, liittyy siihen luontevasti. Teonfilosofisesta käsitteistöstä esimerkiksi teon hallinnan vaatimus on osoittautunut edellä tärkeäksi myös vaarantamisen käytännöllisessä arvioinnissa. Rikosvastuulla siis eräässä mielessä myös toteutetaan tietynlaista vastuun etiikkaa, vaikka suoraan ja yksinomaan eettiset perusteet eivät kriminalisointia voikaan perustella. Sosiaalista teonkäsitystä on edellä hahmoteltu teoreettisessa mielessä lähinnä Habermasin ja Luhmannin käsitysten pohjalta.

---

myyttä ei voida taata, mutta toisaalta yksilön oikeuksien tulee nauttia oikeusjärjestyksen suojaa myös liikenteessä.

Klami mainitseekin, että »rikosoikeuden säännökset painottuvat yhä enemmän yhteiskuntaan kohdistuvien loukkausten sanktioinnin suuntaan, joskin yhteiskunta justifioi omaa loukkaamattomuuttaan vetoamalla siihen, että sen instituutiot on luotu (myös) yksityisten henkilöiden oikeuksien takaamiseksi.» Suojan kohteena eivät enää niinkään olisi itseisarvot, vaan mutkikkaat sääntelyt, välinearvot. *Klami* 1983, 414.

Kuten edellä jo kausaalisuustarkasteluiden yhteydessä voitiin havaita, teon ja seurauksen yhteyden selvittäminen sisältää eräässä mielessä tekijän ja uhrin suhteen analyysin. Kuten jo mm. Lampe ja Hall esittivät, tuo suhde edellyttää tekijä- ja uhritasojen vastakkaisten intressien kohtaamista niissä oikeudellisissa periaatteissa, joilla tapahtumainkulkujen oikeudellisia merkityksiä määritetään. Funktionalistit ovat pyrkineet ratkaisemaan ongelman kehittelemällä oppeja normatiivisesta syyksilukemisesta ja teon huolimattomuudesta. Sama perusjännite säilyy kuitenkin teorian sisällä. Riskinlisäämisoppi on vaarassa perustaa tekijän vastuun laajasti, koska se kytkee vastuun jo vaarantamiseen. Toisaalta taas normien tarkoituksiin palautuvalla argumentaatiolla voidaan tuo vastuu rajoittaa myös tekijän kannalta oikeudenmukaiseksi. Jotta vaarantamisrikosten syyksilukemisen ongelmat voidaan ymmärtää, on ensin selvitettävä se, miten tuo tekijän ja uhrin välinen polaarisuus ilmenee seurauksen syyksilukemisessa. Vaarantamiskriminalisointien analyysi liittyy näihin varsinaisiin vahinkoseurausta edellyttäviin rikoksiin sillä tavoin, että vaarantamiskriminalisoinneissa edetään asteittain abstraktion avulla suojaamalla yhä välillisemmin ja yhä yleisempiä intressejä. Periaatteessa vastaava polaarisuus on silti näissäkin aina esitettävissä silloin, kun tarkastellaan kunkin rikostyypin tai yksittäisen rikoksen vahingollisuutta, vaarallisuutta ja haitallisuutta. Tämän ajattelutavan voi helposti ymmärtää ilmenevän myös nykyaikaisen lainsäädännön taustaperiaatteissa. Rikosoikeudellinen analyysi onkin tässä tutkimuksessa ulotettu jonkin verran myös lainsäädäntöratkaisujen vertailuun ja arviointiin.

Edellä on vaarantamisrikosoikeuden taustaa selvitelty mm. suhteessa politiaoikeuden muodostumiseen ja tiettyihin rikosprosessin alueella ilmenneisiin muutoksiin. Leimallista modernille rikosoikeudelle on tarve ulottaa periaatteellinen rangaistuksen legitimaatio ja sen piiriin kuuluvat käsitteelliset ja periaatteelliset oikeusturvamekanismit myös vaarantamisrikoksia koskevaan lainoppiin. Vaarantamisrikosoikeus ei voi eikä saa olla modernissa oikeudessa sellainen alue, jolla yksilön oikeusasema määritettäisiin kokonaan toisentyyppisin perustein kuin rikosoikeudessa yleensä. Vaarantamisrikosoikeus on systematisoinnin ja tulkinnan avulla, lainoppia kehittämällä, voitava ymmärtää osaksi modernia rikosoikeudessa. Tämän välttämättömyyden on osoittanut paitsi politiarikoksia koskenut tarkastelu, myös yleisempi oikeus- ja yhteiskuntateoreettinen keskustelu oikeusvaltion ja hyvinvointivaltion tunnusmerkeistä. Turvallisuutta säännöksin ja vaarantamiskriminalisoinnein takaava hyvinvointivaltio on käsitteellistettävä oikeusvaltiona. Eräässä mielessä silloin tehdään kompromisseja erilaisten oikeudellisten arvo- ja tavoiteperiaatteiden kesken. Yksilön vapaudesta tingitään tietyissä tilanteissa

yhteisen hyvinvoinnin nimissä. Mutta toisaalta nuo lainsäädäntöratkaisut täytyy voida nähdä oikeanlaisiksi ja reiluiksi kompromisseiksi, joissa yksilönvapauteen ei väärin perustein ja suhteettomasti puututa. Vaarantamisrikoksiin liittyy erityisen kiintoisana piirteenä se, että mitä abstraktimmasta sääntelystä on kyse, sitä yleisemmällä ja yhteiskunnallisemmalla tasolla säänneltävää toimintaa on tarkasteltava, jotta tuo vahingollisuus ja vaarallisuus voidaan saada näköpiiriin. Vaarantamisrikokset ilmentävät rikosvastuun perusteiden ja vastuun perusteena olevan tiedon väistämätöntä yhteiskunnallistumista.

Edellä on käsitelty mm. rattijuopumuskriminalisointien vaihtoehtoisia tekniikoita. Mikäli rattijuopumuskriminalisointi toteutettaisiin edellyttämällä kuljettajilta tieliikenteessä täysraittiutta, sellaista kieltoa ei voitaisi perustella välittömällä liikenneturvallisuuden edistämistavoitteella, vaan perustelu olisi väistämättä painotettava tuollaisen kiellon välillisiin, pedagogiseen funktioon perustuviin vaikutuksiin. Mitä alemmas promilleraja lasketaan, sitä symbolisemmaksi tulee sääntely, ja sitä enemmän välilliset suojelutavoitteet saavat painoa.[9]

Rikosoikeuden normein pyritään liikenneturvallisuuden ylläpitämiseen sanktioimalla esimerkiksi liikennettä vaarantavaa käyttäytymistä, mutta myös epäsuorasti soveltamalla liikenneonnettomuuksienkin yhteydessä RL 21 luvun säännöksiä. Mitä yleisempiä käyttäytymiskriminalisointeja luodaan, sitä heikommin ne ohjaavat ja indikoivat seurauksen syyksilukemista koskevaa ratkaisua.

Tässä loppuluvussa lähestyn rikosoikeuden justifikaatiokysymyksiä ja siitä ehkä seuraavaa rikoslainopin »luonnonoikeudellisuutta» seuraavassa pääasiassa kahden erilaisen lähestymistavan näkökulmasta. Lappi-Seppälä on tuotannossaan useassa yhteydessä pyrkinyt täsmentämään rikosoikeuden hyväksyttävyyden ehtoja, joita hän on kutsunut myös rikosoikeuden pragmaattis-rationaaliseksi perusteluksi. Abolitionistinen rangaistusteorioiden kritiikki tarjoaa tälle periaatteellisen vastakohdan. Joissakin suhteissa argumentaatiomallit kuitenkin lähenevät toisiaan. Kummassakin esitetään rikosoikeuden hyväksyttävyydelle sellaisia ehtoja, jotka olisivat vieraita puhdasoppiselle oikeuspositivismille. Oikeudelliset tarkastelut saavatkin nyt luonnonoikeudellisia piirteitä. Lisäksi, mikä ehkä on yllättävää, oikeuden eettinen kritiikki voi menettää voimaansa siitä, että eettisyyden vaatimus korostetusti pyritään tuomaan oikeudellisen diskurssin sisään. Hans Kelsenin puhtaassa oi-

[9] Ks. tästä edellä esitettyä. Symbolisesta rikosoikeudesta ks. myös jo mainittu *Hassemer* 1989a, 388–400.

keusopissa olisikin mahdollista tematisoida joitakin perustavia kysymyksiä tuomioistuinten vastuusta, joita ehkä niin pragmaattis-rationalistit kuin abolitionistit sinänsä ovat etsimässä. Nämä erilaiset käsitykset antavat sopivan kontrastin oman käsityksen luonnostelulle.

3. Rikosoikeuden pragmaattis-rationaalisen justifikaation ehdot

Lappi-Seppälä korostaa rangaistusteorioiden keskeistä merkitystä rikosoikeuden justifikaatiossa. Hänen mukaansa rangaistusteoria »on se perusta, jolla rikosoikeudellinen järjestelmä, sen periaatteet ja yksityiskohdat lepäävät».[1] Rangaistusteorialla on Lappi-Seppälän mukaan kytkentöjä moniin tieteenaloihin, kuten moraalifilosofiaan, politiikan teoriaan ja teoreettiseen rikostutkimukseen, joissa siitä käsitellään erilaisia ulottuvuuksia kunkin tieteenalan omien tiedonintressien määrittäessä kysymyksen esittämistapaa.

Oikeusvaltiollisia piirteitä rangaistusteoria saa siitä, että sille annetaan rikosoikeutta kontrolloiva funktio. Rangaistusteoria »osoittaa ja täsmentää hyväksyttävän rikosoikeuden käytön edellytykset». Rangaistusteoria antaa ne ehdot, joiden täyttyessä rikosoikeuteen turvautuminen on moraalisesti oikeutettua. Asettaessaan rajoja rangaistusteoria samalla oikeuttaa rangaistuksen käytön, jos ehdot täyttyvät. Ulkoisen justifikaation vaatimuksen asettaminen antaa rangaistuksen käytölle ulkoisia ehtoja; ne eivät jää järjestelmän sisäiseksi asiaksi. Rangaistusteorian tehtävät eivät kuitenkaan rajoitu vielä tähän. Lappi-Seppälän mukaan rangaistusteoria ottaa kantaa rikosoikeuden ja rangaistuksen käyttöä ohjaaviin periaatteisiin ja niiden välisiin suhteisiin, joten sillä on systematisoiva ja ratkaiseva tehtävä. Toimiessaan ratkaisuvälineenä sillä on sisällöllinen tehtävä »määrätyn (hyvinvointivaltiolle tyypillisen) materiaalisen oikeudenmukaisuuden (-rationaliteetin) toteuttajana».[2]

Koska sovitusajatus ei nykyaikana sovellu rikosoikeuden järjestelmätasoiseen perusteluun, Lappi-Seppälä esittää järjestelmälle monitasoisen pragmaattis-rationaalisen perustelun. Hyväksyttävän rikosoikeuden käytön ehdot hän tiivistää seuraaviin kolmeen vaatimukseen:[3]

---

[1] *Lappi-Seppälä* 1994, 21. – Hän on aikaisemminkin käsitellyt teemaa laajemmin jo kahteen otteeseen, ks. *Lappi-Seppälä* 1987, 125–144, ja *Lappi-Seppälä* 1994a, 71–94. – Jälkimmäisessä kirjoituksessa myös jo vastataan alustavasti Panu Minkkisen abolitionistiseen kritiikkiin; *mt.*, 86–91. Minkkisen kirjoituksista mainittakoon *Minkkinen* 1992, 722–730 ja (lähes samansisältöinen) *Minkkinen* 1994, 125–139.

[2] *Lappi-Seppälä* 1994, 29.

[3] *Lappi-Seppälä* 1994, 33.

a) rikosoikeutta on lupa käyttää ainoastaan oikeushyvien suojeluun,
b) edellyttäen, että käsillä ei ole toista moraalisesti hyväksyttävämpää sitä tehossaan kohtuullisessa määrin lähestyvää ja kohtuullisin kustannuksin toimeenpantavissa olevaa järjestelmää
c) ja rangaistuksin saavutettavat edut ovat niiden tuottamia haittoja suuremmat.

a)-kohdasta:

Rikosoikeuden positiiviseksi tehtäväksi nähdään a)-kohdan mukainen oikeushyvien suojelu, mille taas asetetaan lisärajoituksia b)-kohdassa (ultima ratio -periaate) ja c)-kohdassa (hyödyllisyysvaatimus). Oikeushyvien suojelu on näistä kolmesta tehtävästä se, joka voidaan rikosoikeussystemaattisessa mielessä ottaa hyödynnettäväksi. Tämä taas voi tapahtua juuri ymmärtämällä rikos ja samalla oikeudenvastaisuus – ja rikoksen käsite – aineellisesti: koska rikos loukkaa rikosoikeuden suojaamaa oikeushyvää, siitä on myös oikein rangaista.[4]

Jos rikosoikeudessa suojeltaisiin vain yksilön oikeushyviä, olisi käytännössä helpompi tietää, mitä oikeushyvien suojelun vaatimuksesta seuraa rikosoikeuden käytön sallittavuuden kannalta. Yhteisölliset oikeushyvät nimittäin saavat usein yhteiskuntapoliittisen tavoitteen luonteen. Sen vuoksi on käytännössä vaikea arvioida, missä määrin jokin teko on relevantti yhteisöllisten oikeushyvien suojelun tarkoituksen kannalta. Tai kääntäen: miten se voisi olla olematta tuon suojelutavoitteen vastainen.[5] Toinen justifikaatioky-

[4] Ks. esim. *Roxin* 1997, § 2 I Rn 1. – Roxin pitää »subsidiaarisen oikeushyvien suojelun periaatetta» kriminaalipoliittisena. Jakobs taas vastaavasti suhteellistaa oikeushyvien suojelun ajatusta toista kautta: yhteiskunnan toimintojen kannalta on välttämätöntä, että oikeushyvien suoja on vain suhteellinen. Funktionalisti Jakobs määrittelee rikosoikeuden suojeltavat hyvät niin, että olennaista ovat hyvien funktiot eivätkä hyvät itse. Sosiaaliset kontaktit ja niiden funktiot saattavat meidät hyväksymään tietyt hyviin kohdistuvat riskit välttämättömiksi. Tästä syystä Jakobs puhuu mieluummin yhteiskuntavahingollisuudesta (Sozialschädlichkeit) kuin oikeushyvien suojelusta. *Jakobs* 1991, 2 Rn 22–25.

Vogelin mukaan taas on parempi puhua rankaisemisen oikeuttavista perusteista kuin suoraan rankaisemisen tarkoitusperistä. Oikeutukseen kuuluisi muutakin kuin haitallinen käyttäytyminen: tekijän tulee teossaan osoittaa, ettei hänellä ole lainkuuliaisuuden motivaatiota. Oikeushyvien suojelu ei voisikaan olla suoraan ja välittömänä rangaistusperusteena, vaan vasta välillisenä. *Vogel* 1993, 63–66.

[5] Tieliikenneoikeudellisissa rangaistussäännöksissä törkeysporrastus etenee tässä suhteessa niin, että lievimmät rikossäännökset suojaavat yleisimpiä tavoitteita, ja vakavampiin rikoksiin edettäessä tullaan lähemmäs hengen ja terveyden suojaa. Rikosoikeuden ja rikosprosessioikeuden suhteen kannalta väljä vaarantamisvastuu merkitsee samalla sitä,

symyksiä vaikeuttava ongelma koskee vaarantamiskriminalisointeja. Loukkaako oikeushyvän abstrakti tai konkreettinen vaarantaminen oikeushyvää, jos vahingolta kuitenkin vältytään? Voidaanko hallussapitokriminalisoinnit perustella myös tällä tavoin? Kuinka välillinen ja yleisen tason yhteys todellisiin vahinkoseurauksiin viime kädessä voidaan sallia?

Lappi-Seppälän funktionalisessa rikosoikeusajattelussa oikeushyvien suojaamisen tehtävä liittyy läheisesti rikosoikeuden järjestelmän perusteluun yleispreventiotavoitteella. Rikosoikeuden järjestelmä altistetaan rangaistusteoreettisten katsomusten varaiselle kritiikille. Rangaistusteoria saa jopa ratkaisullista merkitystä oikeusjärjestelmässä. Miksi sitten rikosoikeus tulisi alistaa tällaiselle kritiikille, ja mikä on tämän kritiikin luonne? Entä millä tavoin rangaistusteoria tulee osaksi rikosoikeuden järjestelmää? Tähän kysymykseen olisi vastattava, jotta ei jäätäisi rikosoikeuden moraalisen tai kriminaalipoliittisen kritiikin tasolle, koska kritiikkiä ei saada ikäänkuin rikosoikeuden »sisään».

Rangaistusteoria ei selvästikään ole osa voimassaolevaa oikeutta siinä mielessä, että Suomen säädännäisessä oikeudessa olisi rangaistusteoriasta säätäviä normeja. Myöskään rangaistavuuden oikeushyvän loukkaukseen kytkevää kirjoitettua normia ei ole, vaan tämä vaatimus on johdettavissa lähinnä rikosoikeudellisista tulkintaperiaatteista. Mutta mitä oikeastaan tapahtuisi, jos voimassaolevassa oikeudessa esiintyisi rikostunnusmerkistöjä, jotka eivät täyttäisi esimerkiksi oikeushyvien suojelun vaatimusta. Tulisiko syyte hylätä suoraan sillä perusteella, ettei tuollainen rangaistuksen käyttö ole hyväksyttävää?

Jos tähän vastataan myöntävästi, on yksi vastaus se, että hyväksytään rikosoikeuden käytölle luonnonoikeudellisia rajoituksia. Tämä oli jo rationalistisen luonnonoikeusopin ajatus: rangaistusten käyttö on luvallista vain luonnollisten oikeuksien turvaamiseksi. Yhteiskuntasopimus säänteli luvallista oikeuden alaa.[6] Toinen vaihtoehto on se, että oikeushyvien suojelun vaati-

että liikenteessä vaarannetut eivät useinkaan saa itsenäistä asianomistajan asemaa. On epäselvää, voitaisiinko ajatella yksityistä syyteoikeutta esimerkiksi törkeän liikenteen vaarantamisen osalta. Käytännössä tämä merkitsee sitä, että potentiaaliset uhrit eivät voi toteuttaa itsenäisin oikeuksin sitä, että toiset joutuisivat pidättäytymään heidän vaarantamisestaan. Prosessuaalinen asianomistaja-käsitteistö vaatisikin ehkä pohdintaa rikosvastuun kehittyessä erilaisia vaarantamisvastuutekniikoita käyttävään suuntaan. Mainittakoon, että Tirkkonen edellytti liikennerikoksissa välitöntä, konkreettista vaaraa asianomistajaaseman syntymiseen. *Tirkkonen* 1969, 263.

[6] Tällainen käsitys rangaistusteoriasta rankaisuvallan potentiaalisen legitimaation lähteenä on ainakin sitä lähellä. Tuottaakseen legitimaatiota oikeusjärjestykselle ja kontrol-

musta täyttämättömien käyttäytymisnormien katsottaisiin kajoavan liiaksi ja tarpeettomasti säädettyihin perusoikeuksiin. Vaikka tuomioistuimilla ei Suomessa ole valtuuksia tutkia eduskuntalakien perustuslainmukaisuutta, ei se välttämättä estäisi rikosoikeudellisten normien soveltamista perusoikeusvaikutukset huomioon ottaen.

Positiivisen oikeuden aikakaudella puhtaasti kriminaalipoliittiseksi jäävä hyväksyttävyyskritiikki olisi ongelmallinen. Positiiviseen oikeuteen kuuluu yhtenä tunnuspiirteenä se, että oikeus itse kontrolloi sitä, mikä on oikeutta. Oikeusnormi on velvoittavaa oikeutta, jos se kuuluu osaksi sellaista oikeusjärjestystä, joka on velvoittava. Tulisiko meidän antaa moraalin kontrolloida oikeudellista velvoittavuutta? Ja jos näin tahdomme, koskeeko sama muitakin oikeudenaloja? Onko sopimusoikeudessakin aloitettava keskustelu sopimisen moraalisesta arvosta?

Arvoihin sitoutumisessa on se ongelma, että arvoja ja arvojärjestelmiä on monenlaisia. Yhteisössä vallitsevien arvostusten yhtenäisyyttä ei voida olettaa.[7] Oikeusjärjestelmä ei voi tukeutua arvoihin tai tavoitteisiin ilman, että on samalla mahdollista riitauttaa, mistä arvoista ja tavoitteista on kysymys. Modernissa oikeudessa lähdetäänkin siitä, että kysymys oikeuden sisällöistä ratkaistaan ainakin alustavasti lainsäädäntöprosessissa. Poliittiset voimat synnyttävät oikeusjärjestyksen sisällön, kielellisesti muotoillut oikeusnormit. Oikeusjärjestys tulee kytketyksi niihin arvoihin ja tavoitteisiin, jotka ovat toteutuneen uuden lain taustalla. Oikeuslähdeoppi osoittaa, miten oikeusnormeja kuuluu tulkita. Oikeusjärjestys on näin ollen käsitettävissä oikeusnormien kokonaisuudeksi, ei suoraan arvojen tai tavoitteiden yhteisyyteen perustuvaksi yhteisömuodostumaksi.

---

loidakseen sitä rangaistusteorian täytyy olla oikeuden sisäinen viittaus oikeuden ulkopuolelle. Lappi-Seppälän muotoilema rangaistusteoria on kriminaalipoliittisena rikosoikeutta ja sen käytäntöjä legitimoivana teoriana mahdollinen, mutta oikeusjärjestykseen kuuluvana teoriana sen asema jää väistämättä epäselväksi, jos pidetään kiinni siitä, että kriminaalipoliittiset teoriat eivät ole velvoittavia suoraan oikeuslähteiden perusteella. Silloinkin, kun rikosoikeutta tarkastellaan politiikan suunnasta – kriminaalipolitiikan välineenä – on edellytettävä oikeuden olevan positiivista oikeutta. Siihen taas liittyy se mahdollisuus, että oikeus voi olla kriminaalipoliittisen teorian kannalta parempaa tai huonompaa. Oikeuslähteen käsite on toisaalta ratkaisevan keskeinen positiivisen oikeuden teorian itsekuvauksessa: oikeusteoreettisessa positivismissa vastataan oikeuslähteen käsitteellä kysymykseen siitä, mikä on velvoittavaa oikeutta. Ks. viimemainitusta *Luhmann* 1993, 523–525 monine viitteineen.

[7] Ks. esim. sitä, miten Rawls on joutunut tämän havaittuaan modifioimaan oikeudenmukaisuusteoriaansa. *Rawls* 1993, xvii.

Hurjastelija X pitää liikennerikosoikeutta liian ankarana ja katsoo, ettei valtiovallalla ole oikeutta sakottaa häntä ylinopeudesta. Hän ei ehkä näe koko liikennevalvonnasta olevan mitään hyötyä. Henkilö Y taas on tottunut marihuanan käyttäjä ja vakuuttunut siitä, ettei hänen marihuanan käytöstään tai marihuanan käytöstä yleensäkään ole mitään haittaa kenellekään. Millaisesta kritiikistä nyt on kysymys?

Kummassakin tapauksessa kiistetään rikosoikeuden tietyn yksittäisen sääntelyn legitimaatio. Rikosoikeuden normit eivät vastaa kyseisen henkilön vakaumusta siitä, minkä tulisi olla rangaistuksen uhalla kiellettyä. Lain velvoittavuus ei kuitenkaan voi olla riippuvainen tästä subjektiivisesta käsityksestä. Rankaisemisen käytäntö ei olisi lainkaan mahdollinen, jos valtion oikeus rangaista sidottaisiin siihen edellytykseen, että rankaiseminen on oikeutettua vain, jos tuomittava henkilö hyväksyy tosiasiassa sen normin velvoittavaksi, jonka nojalla häntä vaaditaan tuomittavaksi. Lain sisältö ei voi olla alisteista sellaiselle arvoista lähtevälle kritiikille, jonka perusta on täysin yksilöllinen. Sanotusta ei silti seuraa, etteikö oikeusjärjestelmä itsessään voisi olla objektiivisesti arvojen varassa määritelty. Subjektiivista arvokäsitystä, arvostusta, vastassa voi olla objektiivinen oikeus. Voidaan väittää, että oikeusjärjestyksessä on ratkaistu objektiivisesti se, onko ylinopeus rangaistavaa vai ei.[8] Objektiivisena arvona tai tavoitteena on liikenneturvallisuus. Usein esitetäänkin, että rikosoikeuden »arvoratkaisut» ovat luettavissa siitä, millaisia seuraamuksia rikoksen varalta on säädetty. Abstrakti rangaistusmaksimi on sellainen arvomittari, johon on liitetty monia oikeudellisiakin vaikutuksia (mm. rikoksen syytteeseenpano-oikeuden vanheneminen).[9]

Esimerkiksi harjoitettuun huumausainepolitiikkaan kohdistuva kritiikki jää väistämättä kriminaalipoliittiselle tasolle, jos ei osoiteta, miten kritiikki saadaan näkyviin jo nyt, voimassaolevan oikeuden kannalta.[10] Oikeusjärjestyksen moraalinen kritiikki (»on väärin, että abortti yleensä voidaan sallia...», »on väärin, että jumalanpilkasta voidaan tuomita rangaistukseen») jää kriminaalipoliittisen puheenvuoron tasolle – vaatimukseksi lain uudistamisesta – ellei rangaistusteoriasta seuraa oikeuden sisältöä koskevia vaikutuksia.

---

[8] Hurjastelija voi ja saa pysyä vakaumuksessaan, että laki ei ole onnistunut. Hänen ei ole tarpeen omaksua säädetyn lain perusteluita toimintamotiiveikseen, vaan riittää että hänen motiivinaan on noudattaa lakia, perustui se mihin syyhyn tahansa. Ks. *Günther* 1994, 147–148.

[9] Ks. esim. *Jareborg* 1984, 35, straffvärde -käsitteestä.

[10] Ks. Roxinin huomautusta siitä, että cannabistuotteen käytöstä rankaiseminen, ellei toisia ole vaarannettu, voisi olla perustuslain vastaista, kun taas tällaistenkin huumeiden myynti voidaan säätää rangaistavaksi. *Roxin* 1997, § 2 VI Rn 19.

Edellä sanotussa on ollut kyse moraalifilosofian ja kriminaalipolitiikan rajoista rikosoikeuteen nähden, eli siitä, annetaanko moraalisille ja kriminaalipoliittisille perusteille suoraan merkitystä voimassaolevan oikeuden kannalta, vai onko parempi erottaa nämä kaksi »diskurssia» toisistaan, ainakin suhteellisesti. Jos rikosoikeudellinen diskurssi täysin avataan rangaistusteorian sateenvarjon alla moraalisille ja kriminaalipoliittisille argumenteille, joudutaan vaikeuksiin kuvatessa yleensä sitä, mitä rikosoikeus on.

Utilitaristisen rangaistusteorioiden operationalisointi rikosoikeudellisen ratkaisutoiminnan kannalta voi tulla vaikeaksi. Tavoiterationaaliset rangaistusteoreettiset päämäärät – ohjelmat – tulisi ratkaisutoiminnan kannalta muuntaa sovellettavaksi juridiseksi kriteeristöksi. Tavoitteellisuus ei kuitenkaan todellisuudessa »sido» tulevaa, vaan on vain yksi käytettävissä oleva ratkaisuun pyrkimisen tapa. Tässä mielessä on ymmärrettävää, että rikosoikeudelliseen funktionalismiin voidaan kohdistaa kritiikkiä sen suhteen, etteivät funktiot mahdollista käytäntöjen kunnollista mittaamista funktioiden täyttämisen suhteen.[11]

Von Lisztin kriminaalipoliittisessa rikosoikeuskonseptiossa oikeushyvän käsitettä ei käytetty aivan yleisessä merkityksessä, vaan oikeushyviä olivat ne elintärkeät intressit, joita jokin säädetty oikeusnormi suojasi.[12] Rikosoikeus perusteltiin kriminaalipoliittisesti, mutta kriminaalipoliittinen kritiikki ei silti saanut vaikuttaa suoraan rikosoikeuden sisälle. Oikeusvaltiolliset seikat pakottavat kytkemään rikosoikeuden kirjoitettuun lakiin. Jos tästä vaatimuksesta irtaannutaan niin, että rikosoikeutta ei määritetäkään lakiin kirjattujen normien perustalta, menetetään kokonaan mahdollisuudet vetää rajoja sille, mikä voi olla rikos. Oikeuden ja moraalin ero on juuri tässä: oikeus perustuu kirjoitettuun ja oikeuslähdeopillisesti tulkittavaan normistoon, joka on sovittavissa ja muutettavissa.

Oikeushyvien suojelun periaatteen tulisi siis »kontrolloida» rangaistusten käyttöä. Hassemer on puhunut siitä, että oikeushyvän käsitettä voidaan käyttää joko systemaattisessa tai kriittisessä tiedonintressissä.[13] Von Lisztillä tiedonintressi oli systemaattinen. Rikosoikeuden tutkijan ja lainsoveltа-

[11] *Hassemer* 1989a, 391–400; *Hassemer* 1993, 24–54. Etenkin jälkimmäisessä kirjoituksessa rakennetaan jyrkkää vastakohtaa vaikutussuuntautuneisuuden ja funktionalismin välille. Vasta funktionalismissa pyritään vaikutuksiin niin täydellisesti, että se merkitsee kääntymistä takaisin systeemin itseensä.

[12] Oikeushyvän tällainen määrittely pohjaa luonnollisesti tautologiaan. Onhan juuri ratkaistavana se, mitä intressejä oikeusjärjestys suojaa. Ks. tästä jo huomautuksia Honkasalon opin osalta *Nuotio* 1989, 336–337.

[13] *Hassemer* 1973, 20–22.

jan tehtävänä oli tuntea, mikä on kulloisenkin lainsäännöksen suojattava oikeushyvä, ja oikeushyvä taas on se intressi, jota kyseisellä säännöksellä suojataan. Oikeushyvän eli intressin »konstruktio» tapahtuu lainsäännöksestä lähtien.

Ratkaistaessa sitä, mikä on kunkin säännöksen kriminaalipoliittinen tarkoitus, ei vastausta voikaan hakea oikeuden ulkopuolelta. Vaikka intressi on von Lisztin katsannossa jotakin oikeuden ulkopuolista, ei tuomari voi selvittää tuon intressin oikeushyväasemaa oikeuden ulkopuolelta, vaan joutuu ratkaisemaan sen oikeudellisen kysymyksen, suojaako oikeusjärjestys tiettyä intressiä. Näin ollen intressiopillinen ajatus ei ole antanut oikeudelle sellaista ulkopuolista mittapuuta, joka suoraan vaikuttaisi laintulkinnassa. Tuomioistuin joutuu edelleen etsimään lainsoveltamisen kriteerit oikeuden piiristä.[14]

Jos Suomessa olisi lainsäännös, joka rangaistuksen uhalla kieltäisi eläimiin sekaantumisen, tarkoittaisi se sitä, että on konstruoitu jokin suojeltava oikeushyvä, joka nyt tulee lainsoveltamista varten tuntea. Lainsäätäjä olisi ehkä eläinsuojelullisista syistä halunnut antaa tuollaisen normin, eläinten etujen suojaamiseksi. Systemaattisen tiedonintressin mukainen käsitystapa suojaa siltä, ettei intressioppi muuta oikeustiedettä luonnonoikeusopilliseksi. Toisaalta, jos tiedonintressimme on systematisoiva, yritämme luoda lainsäännösten tulkinnalliseksi taustaksi tiedon oikeusjärjestelmää vastaavasta oikeushyvien järjestelmästä. Näin meneteltäessä on vaikea nähdä, missä kontrollifunktio tulee kuvaan. Vain, jos se, mikä voi olla oikeushyvä, on rikosoikeudesta riippumatta ennalta määritelty, voidaan päätyä siihen, ettei lainsäännöksen taustalta löydy mitään suojeltavaksi kelpaavaa intressiä.

Ellei kriittistä ulottuvuutta lainkaan ole, oikeushyvien suojelun vaatimusta käytetään puhtaasti systemaattisen tiedonintressin mukaisesti. Jos taas esimerkiksi kytkeydytään oikeushyvän määrittelyssä klassiseen liberalistiseen rajaukseen, sitoudutaan samalla vastaavaan luonnonoikeudelliseen oikeusajatteluun. Joko kritiikki jää kriminaalipoliittiselle tasolle, tai sitten olisi »aktivoitava» se kriittinen potentiaali, joka tuohon käsitteeseen jo nyt sisältyy.

Mikäli oikeushyvän käsitettä käytetään kriittisessä mielessä, tulee eteen kysymys, mistä tällaisen kritiikin mittapuut saadaan. Itse lähden siitä, ettei oikeushyväoppi voi saavuttaa itsenäisyyttä niihin rikossäännöksiin nähden, joiden tulkinnassa sitä tarvitaan, ellei oikeushyvien käsitteessä jo ole liitty-

[14] Ks. analyysiä käsitelainopin ja intressilainopin suhteesta tältä kannalta *Luhmann* 1993, 389–400 viitteineen. Intressin käsitteellä oikeus konstruoi itselleen viittaussuhteen oikeuden systeemin ulkopuolelle. Intressin käsite – jos sitä juridiikassa käytetään – on oikeudelliselta kannalta oikeuskäsite, joka »pakottaa tekemään jaon oikeutettuihin ja ei-oikeutettuihin intresseihin»; *mt.*, 395.

miä oikeusjärjestykseen yleisemmin. Oikeushyvistä puhuminen on tapa vaatia, että kriminalisointi suhteutetaan siihin vaikutuksiin, joita kriminalisoinnilla on oikeusjärjestykseen ja erityisesti yksilöiden oikeusasemaan. Vasta näin nähtynä voidaan havaita, miksi oikeushyvillä voi olla kriittistä potentiaalia: tietyt yksittäiset kriminalisoinnit voivat merkitä liiallista puuttumista taattuihin oikeuksiin. Vaikka kriminalisoinnista olisi odotettavissa jotakin hyötyä, ei tuo hyöty ehkä vastaa oikeuksien kavennusta. Esimerkiksi Roxinin mukaan oikeushyvän käsite on rikosoikeutta edeltävä, mutta ei koko oikeusjärjestystä edeltävä. Oikeushyvän käsitettä ei siis tarvitse ymmärtää luonnonoikeudellisesti, vaikka se eräässä mielessä on rikosoikeuden ulkoinen. Lainsäätäjällä on kuitenkin valta määrätä siitä, mitä suojeltavat oikeushyvät ovat, ja tavallaan luoda uusia oikeushyviä, jos yhteiskunnalliset tavoitteenasettelut sitä edellyttävät. Roxin johtaa tällaisesta valtiosääntöön ankkuroidusta oikeushyväopista joitakin periaatteellisia rangaistusuhkan käytön kieltoja.[15]

Rikoslainsäädännöllä voi siis olla legitiimejä ja vähemmän legitiimejä suojelutehtäviä. Oikeushyvien suojelun periaatteen voisi tulkita sulkevan pois tiettyihin toisenlaisiin tavoitteisiin tähtäämisen. Yksinomaan kasvatukselliset ja siveellisiä päämääriä palvelevat suojelutavoitteet eivät olisi legitiimejä modernissa valtiossa, jossa yksilön oikeuksien kustannuksella ei voida tavoitella tällaisia päämääriä.

Toinen suunta, jossa oikeushyvien suojelun ajatusta voisi käyttää kriittisellä, rangaistavuutta rajoittavalla tavalla, on soveltamisyhteys ja rikostunnusmerkistöjen tulkinta. Oikeushyväulottuvuuden voi sanoa osoittavan sitä suuntaa, johon nähden toiminnan vaikutuksia tulee arvioida. Soveltamistilanteessa oikeushyväulottuvuus antaa viitteitä siitä, mitä käyttäytymismuotoja tunnusmerkistön on katsottu tarkoittavan kattaa. Oikeushyvä toimii soveltamisharkinnassa kuin periaate: se materiaalistaa soveltamisharkintaa tarjoten tunnusmerkistölle sellaisen toisen asteen arvo- tai tavoitereferenssin, johon nähden konkreettisen teon ominaisuuksia voidaan hahmottaa ja toisaalta argumentoida niiden laadusta oikeudellisesti. Edellä mainittiinkin siitä, että tällainen argumentatiivisuus on osa soveltamisharkinnan käytännöllisyyttä. Siitäkin on jo mainittu, että tiettyjen tapahtumienkulkujen normatiivinen kva-

[15] *Roxin* 1997, § 2 IV Rn 9–14. Lappi-Seppälä ei selvästikään ole johtunut pragmaattis-rationaalisiin rangaistavuuden käytön ehtoihinsa, erityisesti oikeushyvien suojelun periaatteeseen, saksalaisen keskustelun perusteella, vaan anglo-amerikkalaisten liberalismin teoreetikoiden ajatusten pohjalta. John Stuart Millin »Harm to Others» -periaate kytki jo legitiimin rangaistusten käytön teoista toisille aiheutuvien vahinkojen torjumisen tarpeeseen. Tunnetuin tällaisia liberalistisia oppeja nykyaikana tulkinnut hahmo on Joel Feinberg.

lifiointi oikeushyvää vaarantavaksi tai loukkaavaksi kiinnostavasti yhdistää tosiasiatietoa ja normatiivista harkintaa. Soveltamisharkinnan kannalta oikeushyvien suojelun ajatuksessa on kriittistä potentiaalia, koska se mahdollistaa tapausten jaon oikeushyvää loukkaaviin tai vaarantaviin sekä toisaalta niihin, joissa tämä ulottuvuus ei riittävällä tavalla täyty. Olisikin korostettava sitä, että soveltamisharkinnassa oikeushyvien suojelun periaate saa monin tavoin merkitystä, ja tämä oikeastaan viime kädessä myös selittää sen, miksi syyksilukemisongelmat asettuvat eri tavoin esimerkiksi puhtaissa tekorikoksissa, abstrakteissa ja konkreettisissa vaarantamisrikoksissa sekä vahinkoseurausta edellyttävissä rikoksissa. Niissä kussakin suojellaan oikeushyvää omalla tavallaan.

Kuten edellä erityisesti vaarantamisrikosten yhteydessä on havaittu, yleisimpien vaarantamiskriminalisointien ongelmana on liiallinen kattavuus. Kiellon piiriin tulee tekoja, joiden kielto yksittäisinä tekoina ei suoraan palvele oikeushyvän suojaa, koska teko yksittäisenä tekona ei ole vaarallinen. Vaarallisuus ilmenee teon yhteytenä toisiin tekoihin, jotka ovat vaarallisia, tai muulla tavalla yleistetyssä tarkastelussa. Esimerkiksi presumoidun vaaran pohjalle rakentuvat kriminalisoinnit voivat olla liian ankaria, koska säännöksen piiriin tulee vaarattomiakin tekoja. Edettäessä seurauksen syyksilukemisesta kohti vaarantamisvastuun abstrakteimpia muotoja oikeushyvien suojelun ajatus saa yhä uudenlaisia ja entistä välillisempiä merkityksiä.

Rikosoikeuden velvoittaminen hyötyvaikutuksiin maallisten päämäärien kannalta korostaa sen tärkeyttä, että kriminalisoinnin peruste tulee oikealla tavalla huomioon otetuksi laintulkinnassa. Oikeushyvien kriittinen potentiaali kasvaa, kun yksittäisen teon etäisyys toteutuvaan oikeushyvänloukkaukseen kasvaa. Modernissa oikeudessa erityisesti vaarapresumtiot ovat vaarassa kaventaa yksilön toimintavapautta perustelemattomalla tavalla. Näin on sen vuoksi, että teon yhteys suojelutavoitteeseen tulee yhä välillisemmäksi, ja samalla symbolisen sääntelyn piirteet kasvavat. Ei silti voi kategorisesti lähteä siitä, etteikö valtiolla olisi oikeus saattaa joissain tapauksissa voimaan tälläkin tavoin oikeushyvien suojaa palvelevia normeja. Teon huolimattomuutta koskevissa opeissa normien tarkoitukset havaittiin edellä keskeiseksi soveltamisalarajoitusta tuovaksi elementiksi, ja samoilla näkökohdilla on tulkinnallista merkitystä myös eri vaarantamisrikostyypeissä, mihin myös kiinnitettiin jo huomiota.

Yhteisöllisten tavoitteiden ymmärtäminen rikosoikeudessa suojeltaviksi oikeushyviksi lyhentää etäisyyttä suojelutavoitteeseen, koska yhteisölliset suojelutavoitteet ovat itsenäistyneitä »välitavoitteita», jotka taas olisivat olennaisilta osiltaan purettavissa yksilön oikeushyviksi. Yhteisöllisiin oikeushy-

viin liittyy esimerkiksi paternalismiongelmia, koska yhteisöllisten tavoitteiden kohdalla ei ole aina mielekästä erotella esimerkiksi tekijän ja uhrin oikeushyvien arvoa sillä tavoin, kuin mikä on esimerkiksi RL 21 luvun systematiikan perustana. Tästä syystä toisaalta käyttäytymisnormin rikkomus, vaikka se tulkitaan yhteisöllisten oikeushyvien loukkaamiseksi tai vaarantamiseksi, ei vielä ratkaise kysymystä vastuusta RL 21 luvun mukaisten seurausten niinikään syntyessä.

Oikeushyvien suojelun kannalta muodostuu merkittäväksi kysymykseksi se, miten tekojen (tekotyyppien) vahingollisuutta oikeushyvien kannalta katsotaan. Perusteleeko vahinkojen estäminen vaarantamisen kiellon sanktioimisen rangaistuksin?[16] Voidaan kysyä: onko syntynyt vaara jo vahinkoa oikeushyvälle?[17] Lainsäädäntömme rakentuu jo monin osin olennaisesti vaarantamisvastuun varaan, kuten liikennerikosoikeudessa. Vaarallisuus pitäisi voida tulkita vahingollisuudeksi,[18] jotta yhteys suojelutavoitteeseen olisi osoitettavissa.

Oikeushyvien suojelun periaatteella voidaan perustella rikosoikeudellisten käyttäytymisnormien asettamista. Aineellisessa mielessä käyttäytymisnormin tarkoitus ja merkitys on säätää tietty haitallinen käyttäytyminen kielletyksi. Käyttäytymisnormilla rajoitetaan yksilön toimintavapautta oikeushyvien suojelun intressissä. Kuten edellä on käyttäytymisen, vaarantamisen ja

---

[16] Jäljempänä esille otettava ultima ratio -periaate voisi sinänsä ilmentää vastaavaa seikkaa eli erityistä siitä johtuvaa perustelutarvetta, että oikeusseuraamuksena on nimenomaan rangaistus eikä jokin muu sanktio.

[17] *Lappi-Seppälä* 1987, 129, tiivistää »liberalistiseen traditioon sitoutuvan *kriminaalipolitiikan*» (kurs. tässä) perusteesit viiteen kohtaan, joista kohta 2) kuuluu: »Rikoslakia ei saa käyttää sellaisten tekojen rankaisemiseen, joista ei aiheudu vahinkoa.» – Vahingonkorvausoikeudessa *varautumisvahingot* jäävät vaaran ja vahingon »välialueelle». Ks. *Ståhlberg* 1993, 366–395.

[18] Joel Feinberg ohittaa kysymyksen hyvin nopeasti, mutta ilman muuta hänen kannaltaan puhdasoppisinkin liberalisti sisällyttää jo riskinoton vahingollisten ja haitallisten tekojen joukkoon. Feinberg ei tee sitä kuitenkaan aivan ilman lisäehtoja: tekotyypin tilastollinen vaarallisuus/vahingollisuus pitää voida osoittaa, ja mitä vakavampia ovat mahdolliset vahingot, sitä pienempi vahinkotodennäköisyys perustelee rikosoikeudellisen normin antamista. Myös teon arvo tekijälle itselleen ja muille sekä koko yhteiskunnalle tulee ottaa huomioon. *Feinberg* 1984, 190–193. – Joka tapauksessa olisi työstettävä olennaisesti nykyistä pidemmälle se, millä tavoin oikeushyvien suojelun periaate todellisuudessa kontrolloi kriminalisoinnin perusteltavuutta ja justifioitavuutta vaarantamisvastuun osalta. Ks. myös Ashworthin kriittistä huomautusta siitä, että Feinberg vesittää Millin »harm»-periaatteen niin, että kriminalisoinnin mahdollisuudet laajenevat valtavasti. *Ashworth* 1995, 44.

seurauksen syyksilukemisen osalta selvitetty, normien tulkinta on argumentatiivista toimintaa. Kullakin syyksilukemisen tasolla syyksilukemista koskeva argumentaatiorakenne muodostuu erityyppiseksi. Tästä syystä myös syyksilukemisen perusta käyttäytymisnormin rikkomisessa voi olla enemmän tai vähemmän argumentaatiolle avoin. Rikosoikeuden legaliteettiperiaate edellyttää, että rikosoikeudellinen syyksilukeminen perustuu kirjoitettuun normiin. Niissä tapauksissa, joissa syyksiluettava teko tai laiminlyönti on rangaistava seuraustensa vuoksi, käyttäytymisnormi voidaan joutua konstruoimaan jälkeenpäin. Sen vuoksi esimerkiksi teon huolimattomuutta koskevassa opissa palataan ensi vaiheessa käyttäytymisnormin sisältöä koskevaan kysymykseen. Sallittua riskinottoa koskeva argumentaatio on ikään kuin kiellettyä riskinottoa koskevan argumentaation kääntöpuoli.

Muodollisesti käyttäytymisnormin antamista voidaan perustella normin syntytavan oikeellisuudella: normin tulee olla oikeuden omien sääntöjen mukaan oikein voimaan saatettu. Käyttäytymisnormin perustelu preventiohyödyillä ei kuitenkaan vielä ulotu rangaistusseuraamusta koskevan uhkan perusteluun. Pitäisin selvänä, että samantyyppiset preventioperustelut, jotka sopivat käyttäytymisnormin asettamisdiskurssiin, eivät ilman muuta sovellu rangaistuksen oikeutuksesta käytävään diskurssiin. Jos seuraa Saksassa tehtyä erottelua käyttäytymis- ja sanktionormiin, minkä mukaan sanktionormi koskee sanktion oikeutusta käyttäytymisnormin loukkaamisen tilanteessa, eroavat näiden kahden normin tausta-ajatukset selvästi toisistaan. Syyllisyysperiaatteen tärkeäksi tehtäväksi tulee kontrolloida sanktioiden kytkemistä käyttäytymisnormien rikkomiseen, vaikka syyllisyys myös on rikosvastuun edellytys.[19] Rikosvastuun edellytyksiä koskeva päätöksenteko ja rangaistusseuraamusta koskeva päätöksenteko noudattavat käytännössä hieman toisistaan poikkeavia periaatteita. Eroa voisi havainnollistaa erottamalla eri päätöksentekotasot: lainsäädäntö, lainkäyttö ja rangaistuksen täytäntöönpano, siihen tapaan kuin Hartin perinnettä jatkaen Jareborg on esittänyt.[20] Rikosvastuun edellytyksiä koskeva päätöksenteko päättyy tuomioistuimen päätökseen, kun taas rangaistuksen täytäntöönpano edellyttää vielä tämän jälkeen viranomaistoimia.

Saksalaisessa keskustelussa lähdetään siitä, että rikosoikeuden preventiiviset vaikutukset viranomaistoimien legitimaationa vaihtelevat olennaisesti

[19] Syyksilukemisen kriteerit tietyllä tapaa ilmentävät niiden velvollisuuksien määräytymistä, milloin ja miten normia ollaan velvolliset noudattamaan. Vasta oikeudenvastaisuutena syyksiluettu norminrikkomus tarkoittaa, että tekijä on rikkonut velvollisuuksiaan. Ks. tästä esim. *Vogel* 1993, 37–40.

[20] *Jareborg* 1992, 135–151.

sen mukaan, mistä toimenpiteestä on kyse. Erityisesti ns. assosiaatioprevention teoriassa tämä otetaan huomioon.[21] Lainsäädäntötasolla on kyse rangaistusuhkan asettamisesta ja sen legitimaatiosta. Tällä tasolla olisi kyse negatiivisesta yleispreventiosta, kun taas konkreettisessa rikosprosessissa kuvaan tulevat positiivisen yleisprevention vaikutukset. Jo esitutkinnalla ja epäilyllä vastaajan syyllisyydestä voi hyvinkin olla merkitystä positiivisen yleisprevention kannalta. Assosiaatioprevention kannalta yhtä hyvin rikosprosessiperiaatteiden mukaiseen rikosprosessiin kuin myös sen päättymiseen aineellisen oikeuden mukaiseen vapauttavaan tai langettavaan tuomioon liittyy preventiivisiä vaikutuksia. Vieläpä rangaistuksen täytäntöönpanolla on omat funktionsa. Assosiaatioprevention teoriassa korostetaan, että kunkin vaiheen tulee edetä tarkkaan sitä sääntelevien oikeudellisten puitteiden mukaisesti. Tällaiseen yleiseen assosiaatioprevention teoriaan yhdistyy erilaisia teorioita. Näin voi tulla mahdolliseksi myös osoittaa aineellisen rikosoikeuden preventiotavoitteiden ja rikosprosessioikeuden funktioiden yhteys.[22] Rikosprosessin funktioista tulee osa yleistä assosiaatioprevention teoriaa. Assosiaatioprevention teoria voisi tarjota selityksen sille, minkä vuoksi esimerkiksi »oikeusrauhan palauttamista» rankaisemisen yhtenä tehtävänä ei voi palauttaa vain yhteen selväpiirteiseen näkökohtaan.

Oikeushyvien suojelun tehtävän yksipuolisuutta rikosoikeuden järjestelmän yleisperusteluna voisi arvostella myös kytkemällä rikosoikeuden preventiotehtävät yleiseen teoriaan rikostorjunnasta. Esimerkiksi poliisin PoliisiL 1 §:n (493/95) nojalla harjoittama ennakollinen rikostorjuntatyö lienee monin tavoin merkityksellistä rikosoikeusjärjestelmän saavuttamien preventiivisten vaikutusten kannalta. Rikostorjuntastrategiat sinänsä eivät rajaa torjuntatoimenpiteitä siten, että vain potentiaaliset rikoksentekijät voisivat joutua

[21] Ks. assosiaatioprevention teoriasta erityisesti *Bottke* 1995, 10–60 (42): »Assoziationsprävention heiße diejenige Generalprävention, die in einer freiheitlichen Gesellschaft strafverfassungskonform ist.» Bottken esitys tukeutuu varsin suoraan ajatukseen vapaudesta oikeuden perustavimpana arvona. Siinä mielessä se on lähellä perinteisiä yhteiskuntasopimusteorioita. Oikeuden legitimaation katsotaan kuitenkin perustuvan sen yhteiskuntaa integroiviin vaikutuksiin. Rikosoikeuden perustava ristiriita on siinä, että dissosiatiivisesti vaikuttavat rangaistukset tullaan perustelemaan assosiatiivisesti. Bottken teoriassa on keskeistä, että rangaistusteoria pyritään perustelemaan (myös) normatiivisesti, eli rangaistuksen tarkoituksen tulee olla vähintäänkin sopusoinnussa velvoittavien oikeussääntöjen kanssa. Erityisesti perus- ja ihmisoikeusnormit saavat tässä suhteessa merkitystä.

[22] Rikosprosessin eri vaiheissa järjestelmän tehtävät ja tavoitteet ovat erilaisia. Rikosprosessin tehtävät liittynevät läheisemmin rankaisuvallan käyttöön ja siten rangaistuksen justifikaatioon kuin esimerkiksi kriminalisointipäätösten perusteltavuuteen. Ks. *Jääskeläinen* 1997, 90–91.

ennalta ehkäisevien toimenpiteiden kohteeksi. Rikosprevention teoriassa toimenpiteet on saatettu jakaa lähinnä toimenpiteiden kohdentuvuuden perusteella primaari-, sekundaari- ja tertiaaripreventioon. Ensimmäisessä on kyse koko väestöön kohdistuvasta toimenpiteistä (oletus: kuka tahansa on potentiaalinen rikoksentekijä), toisessa toimenpiteistä, joita kohdistetaan yksilöihin tai erityisiin ryhmiin, joiden todennäköisyys rikokseen syyllistymiseen on keskimääräistä suurempi. Tertiaaripreventiossa taas kyse on varsinaisista jälkikäteisistä, rikoksentekijöihin tai rikoksen uhreihin kohdistuvista toimenpiteistä, joilla pyritään ehkäisemään uusintarikollisuutta sekä uudelleen uhriutumista. Rikoksentekijöihin kohdistuvat tertiaaripreventiiviset toimenpiteet voidaan jakaa seuraamuksellisiin ja kuntouttaviin.[23]

Rikostorjunnan teoriassa voidaan tehdä kaksiulotteinen jaottelu, jossa ulottuvuuksina ovat yhtäältä kohde (tekijät, uhri, tilanne) ja toisaalta »rikosongelman kehitysaste» (primaari-, sekundaari-, tertiaaripreventio). Rikostorjuntateorioissa luetaan yhteiskuntapoliittista päätöksentekoa rikollisuusvaikutustensa näkökulmasta. Niissä omaksutaan erityisen mekanistinen käsitys rikollisuusongelmien luonteesta. Rikosoikeuden kannalta on erityisen huomionarvoista, että yleisen rikostorjuntateorian näkökulmasta rikosprosessin kautta tavoiteltava preventio on vain hyvin pieni osa laajaa kokonaisuutta. Ne oikeusturvaperiaatteet, jotka rikosprosessissa rajoittavat rikosprosessuaalisina ja rikosoikeudellisina oikeusperiaatteina julkisen vallan toimintamahdollisuuksia, saavat vain vähän painoa rikostorjuntateorioiden muissa osissa. Rikostorjuntaoppien muotoileminen kertoo siitä, että rikosoikeusjärjestelmän näkeminen osaksi koko kontrollikoneiston toimintaa kytkee rikosoikeuden järjestelmänkin sellaiseen rationaalisuusvaatimukseen, jossa oikeusturvaperiaatteet lähtökohtaisesti asettuvat vastakohtaan julkisen vallan rikostorjuntaintressien kanssa.[24] Toisaalta tämä erityisesti korostaa oikeusturvaperiaatteiden merkitystä ja osoittaa sen, että oikeudellinen ja yhteiskuntapoliittinen ajattelutapa eivät ole sellaisinaan samaistettavissa. Rikosoikeuden justifikaa-

[23] Ks. yleisesti *Kiehelä – Hakonen* 1993, 130–146, sekä *Kangas* 1996, 3–18 viitteineen.

[24] Mielenkiintoiseen välimaastoon sijoittuu Jonkan esitys syyteharkintaa johtavista periaatteista: oikeusturvaperiaatteista ja (kriminaalipoliittisesta) rikoksen selvittämisintressistä, joiden punninnalla ns. konkreettinen syytekynnys näyttövaatimuksen osalta määräytyy. Laintulkinnan osalta syyttäjä sen sijaan seuraisi samantyyppistä harkintaa kuin tuomioistuin. Tämä pätee ilmeisesti myös esitutkintaviranomaisiin. Voitaneen sanoa, että preventiointressit määrittävät voimakkaammin näyttövaatimuksen tasoa kuin muuta laintulkinnallista puolta asiassa. Oikeusturvavaatimus in abstracto ei kuitenkaan jousta. Ks. Jonkan mallista *Jonkka* 1991, 248–296; rikosprosessin päämääristä *mt.*, 180–186.

tioksi esitetyt preventiotavoitteet liittyvät ainakin yleisprevention osalta enemmän lainkunnioituksen yleiseen merkitykseen kuin siihen, että ihmisiä tietoisesti kohdellaan potentiaalisina rikoksentekijöinä. Vaikuttaa siltä, että yleiset rikostorjuntateoriat ovat saaneet vaikutteita enemmän välittömän yleisprevention ja erityisprevention teorioista kuin ns. välillisen prevention teorioista, joissa olennaiseksi tulee niin koko järjestelmän kuin yksittäisen ratkaisunkin hyväksyttävyyden tunnustaminen.[25]

Rikosprosessioikeuden funktiota käsittelevässä kirjallisuudessa on pantu merkille se, että oikeellisen ja totuutta vastaavan tuomion aikaansaaminen ei koskaan voi toteutua kaikella varmuudella. Inhimilliseen päätöksentekoon jää aina virhemarginaali. Rikosprosessissakaan ei voida asettaa näyttövaatimuksia niin tiukiksi, että langettavat tuomiot jäisivät harvinaisiksi poikkeuksiksi. Rikosprosessin tavoitteena on sekä aineellis-oikeudellisessa että prosessuaalisessa suhteessa oikeelliseen ratkaisuun päätyminen.[26]

Perinteisemmissä ja suppeammissa rikosoikeuden puitteissa on positiivisen yleisprevention teoria ollut paljon esillä. Positiivinen yleispreventio on voitu katsoa yleiskäsitteeksi, joka yhdistää kolme tavoitetta ja vaikutustapaa: sosiaalipedagogisen oppimisvaikutuksen (»harjaantuminen lainkunnioitukseen»); luottamusvaikutuksen, kun ihmiset voivat havaita oikeudella olevan voimaa toteutua; ja oikeusrauhan palautumisen, kun yleinen oikeustaju seuraamuksen määräämisen myötä »rauhoittuu». Viime mainittu on se vaikutustapa, jota Roxin on kutsunut integraatiopreventioksi.[27]

Edellä b)-kohdassa lausuttiin ultima ratio -periaatteen mukainen vaatimus rikosoikeudellisen puuttumisen viimekätisyyden vaatimuksesta. Rikosoikeudellinen puuttuminen on oikeutettua vain edellyttäen, että »käsillä ei ole toista moraalisesti hyväksyttävämpää sitä tehossaan kohtuullisessa määrin lähestyvää ja kohtuullisin kustannuksin toimeenpantavissa olevaa järjestelmää».[28]

---

[25] Ks. välillisestä yleispreventiosta *Lappi-Seppälä* 1987, 203–204, 208–210. Lappi-Seppälä korostaa välillisen yleispreventiivisen vaikutuksen syntyvän ajallisesti hyvin hitaasti sen myötä, että tieto rangaistuksista hiljalleen vaikuttaa kansalaisten moraaliarvostelmiin. Esimerkiksi rattijuopumuskriminalisointien yhteydessä on korostettu preventiohyötyjen syntyvän vasta asenteiden muokkautuessa pitkällä aikavälillä. Ks. *Lappi-Seppälä* 1994b, 755.

[26] Ks. esim. *Neumann* 1989, 52–54. Aineellisen ja prosessuaalisen oikeudenmukaisuuden suhde on hankala määrittää. Neumannin mukaan menettelyllinen oikeudenmukaisuus on välttämätön, mutta ei riittävä ehto ratkaisun oikeudenmukaisuudelle (*mt.*, 70).

[27] Ks. esim. *Roxin* 1997, § 3 I Rn 21–32. Roxinin ajatteluun sisältyy myös erityispreventiivisiä elementtejä; *mt.*, § 3 I Rn 55.

[28] *Lappi-Seppälä* 1994, 33.

Ulkoisena rangaistusten justifioinnin ehtona sanottua vaatimusta vaivaa tietty ongelmallisuus rikosoikeuden immanentin kritiikin välineenä. Rikosoikeutta ei voida kontrolloida tällaisella vaatimuksella, koska se on puhtaasti kriminaalipoliittinen. Ultima ratio -periaatteella ei ole arvoa rikosoikeudellisena oikeusperiaatteena. Rikosjutussa vastaajana oleva ei voi viitata siihen, että kyseinen yhteiskunnallinen ongelma, esimerkiksi varkaudet, olisi oikeammin ratkaistava sosiaaliturvaa ja kansalaispalkkaa kehittämällä.

Ultima ratio -periaate on toki kriminaalipoliittisena periaatteena keskeinen, mutta sille on vaikea antaa merkitystä rikosoikeudellisten säännösten tulkinnan kannalta. Teoriassa olisi mahdollista ajatella, että myös se voisi ohjata supistaviin tulkintoihin. Vaikka sille tällaistä merkitystä annettaisiinkin, on silti vaikea nähdä, että periaatteella olisi soveltamisharkinnassa itsenäistä merkitystä. Jo oikeushyväulottuvuuden huomioonottamisesta lainsoveltamisessa seuraa mahdollisuus ja tarve kriittiseen lainsoveltamiseen. Jos sanotaan, että ultima ratio -periaatteen vuoksi ylipäänsä kaikkia rikosoikeuden normeja olisi tulkittava supistavasti, ollaan vaarassa antaa soveltajalle väärä viesti: lainsäätäjä toki periaatteessa pyrkii ilmaisemaan itsensä tarkoitustansa vastaavasti. Joka tapauksessa lainsoveltajan on tunnettava paitsi oikeushyvä, myös se tapa, jolla kriminalisointi oikeushyvää suojaa. Olennaista tässä on se yleisyystaso, jolla rangaistava teko on kuvattu ja määritetty rikostunnusmerkistössä.

Viimeisessä, c)-kohdassa taas lausuttiin rankaisemisen hyödyllisyyden vaatimus. Rangaistuksin saavutettavien etujen tulee olla niiden tuottamia haittoja suuremmat. Tämäkin periaate on puhtaasti kriminaalipoliittinen. Rikosoikeuden järjestelmän osia voidaan ainakin periaatteessa pyrkiä arvioimaan hyöty/haitta-vertailun kannalta, vaikkakin tähän varmasti sisältyy suuria ongelmia. Mutta mitä sitten seuraisi siitä, että jotakin sääntelyä tutkittaessa sen haitat ylittäisivät preventiohyödyt? Saisiko tämä tieto heti vaikutusta lainsoveltamisessa?

Rankaisemisen hyödyllisyyden arviointiin liittyy merkittäviä periaatteellisia ongelmia. Kun hyödyllisyys tulkitaan preventioteorioiden tapaan, nähdään hyötynä se, että tulevaisuudessa jää rankaisemisen ja/tai rangaistavuuden vuoksi rikoksia tekemättä. Hyödyllisyys ei näin olisi esimerkiksi vain oikeudenmukaisuuden edistämistä, mikä viittaisi taas selvemmin retributiivisiin käsityksiin. P.J.A. Feuerbach on saksalaisista preventioteorioiden kehittäjistä varhaisimpia,[29] kun taas englantilaisista Jeremy Benthamilla tava-

[29] *Backman* 1976, 75–77.

taan pitkälle viety utilitaristinen oppi moraalin ja lainsäädännön tehtävistä.[30] Kysymys rangaistuksilla tai rangaistusuhkilla saavutettavista hyödyistä on äärettömän hienosyinen ja edellyttäisi tarkastelun olennaista eriyttämistä. Vastaavalla tavalla myös kysymys kustannusten tai haittojen arvioinnista on hyvin hankalaa. Funktionalistisessa, kriminaalipoliittisesti suuntautuneessa rikosoikeusajattelussa on kuitenkin painotettu tällaista näkökulmaa.[31]

4. Rikosoikeuden utilitaristisen perustelun rajoituksista

Utilitaristisella rangaistusteorialla on selviä rajoituksia rangaistusten oikeutuksen perustana. Utilitaristinen teoria ei tarkenna vielä järjestelmätasolla ehtoja sille, mitä muita rajoituksia oikeudenmukaiselle rankaisemiselle on asetettava. Esimerkiksi tekijän syyllisyyden huomioon ottaminen ei tullut esille Lappi-Seppälän kolmiportaisessa justifikaatiomallissa.[1] Jos ottaa vertailukohdaksi saksalaisen erottelun käyttäytymis- ja sanktionormiin, voi sanoa utilitaristisen perustelun toistaiseksi koskeneen pääasiassa käyttäytymisnormin asettamisen justifikaatiota. Ultima ratio -periaatteen piiriin olisi pe-

[30] *Bentham* 1982, 158–164 jaottelee erilaiset tilanteet, joissa rankaisemiselta puuttuu järkevä peruste. Niitä ovat: rangaistuksen aiheettomuus, vaikutuksettomuus, hyödyttömyys, kalleus sekä tarpeettomuus.

[31] Tämän näkökulman teoreettisena kokonaisjäsennyksenä ks. *Lahti* 1972, passim. *Mt.*, esim. 238–239, painotetaan voimakkaasti, että rikollisuudesta johtuvien kustannusten vähentämisessä ja oikeudenmukaisessa jakamisessa ennakollisille keinoille tulisi antaa suhteessa enemmän painoa kuin jälkikäteisille. Lahden lähtökohta on yleispreventioajattelun ilmentämässä hyötykeskeisyydessä, kuitenkin niin, että oikeudenmukaisuusperiaatteet rajaavat sitä, missä laajuudessa rikosoikeuden järjestelmä voidaan suunnata pelkästään näiden hyötytavoitteiden tavoitteluun. *Mt.*, 265.

[1] Mikä ei tarkoita, etteikö sille annettaisi merkitystä rangaistuksen langettamisen ehtona; ks. esim. *Lappi-Seppälä* 1987, 138–144 (144): »Kun järjestelmän justifikaatio on pragmaattis-rationaalisissa syissä, ja kun rangaistuksen langettamisen ehtona on syyllisyysperiaatteen ja toisintoimismahdollisuuden kunnioittaminen, on näillä samoilla arvolähtökohdilla merkityksensä myös päätettäessä konkreettisen rangaistuksen laadusta ja määrästä.» Laceyn mukaan yksinomaan utilitaristisella analyysillä ei voida perustella keskeisiä rikosoikeudellisia oikeusperiaatteita. *Lacey* 1988, 44–45. Hartilla taas kysymys koskee rangaistuksen utilitaristisesti oikeuttavan yleistavoitteen ja rangaistusten »distribuution» suhdetta. Jälkimmäisellä tasolla retributiiviset periaatteet rajoittavat rikosoikeuden utilitaristisiin päämääriin pyrkimistä. Ylilyöntejä on voinut olla, mutta silloin on tärkeää edes ymmärtää se, että jokin periaate on jouduttu uhraamaan. *Hart* 1992, 11–13, 152.

riaatteessa saatavissa myös vaatimus rangaistusuhkan ja rangaistuksen erityisestä perustelusta.

Kriminaalipoliittisesti kriittisen konseption olisi päästävä kritiikkiin tarvittavaan etäisyyteen säädännäisen rikosoikeuden järjestelmästä. Jos rangaistusteoria »rekonstruoidaan» säädännäisen oikeuden varassa, ei ilmeisestikään ole mahdollista, että säädännäisen oikeuden ja kriminaalipoliittisten tai muiden periaatteiden välillä voisi vallita ristiriitaa. Voimassaoleva oikeus on aina rationaalista, ja tutkijan tehtäväksi jää osoittaa laissa piilevä rationaalisuus.

Lappi-Seppälän esittämä pragmaattis-rationaalinen rikosoikeuden justifikaatio on vaarassa varauksistaan huolimatta sittenkin olla tätä apologista tyyppiä.[2] Siinä lähdetään realistisesti liikkeelle vallitsevasta oikeustilasta ja otetaan huomioon esimerkiksi vallitseva oikeuskäytäntö. Justifikaation pragmaattis-rationaalinen muoto mahdollistaa sen, että rikosoikeuden oikeutusta voidaan tulkita joustavasti. Pragmaattis-rationaalinen rangaistuksen oikeutus on positiivisen oikeuden kriminaalipoliittista teoriaa. Se katsoo rikosoikeutta painottaen sen luonnetta sääntelyvälineenä. Perusongelma yleisen tason justifikaatiokeskustelussa on, että rikoslainsäädännön soveltamisehdot helposti väistyvät tai saavat vähemmän painoa. Pragmaattis-rationaalinen justifikaatio olisi operationalisoitava kriittisen lainsoveltamisen ohjelmaksi rikosoikeuden sisäisessä käytössä. Tämä sinänsä lienee myös Lappi-Seppälän tarkoituksena. Hän nimittäin jatkaa järjestelmän rationaalisuusehtojen työstämistä tuomioistuintasolle, erityisenä kohteenaan rangaistuksen määrääminen.[3]

Käsitykseni mukaan vasta oikeudellisten ilmiöiden jako eri tasoille siten, kuin kriittisen oikeuspositivismin teoriassa on kehitelty, osoittaisi sen, että säädännäisen oikeuden normit ovat alistettavissa arvo- ja tavoiteperiaatteiden varaiselle kritiikille. Kyse on tavallaan lainsäädäntö- ja lainsoveltamistasojen yhteyden varmistamisesta. Oikeuskulttuuriset arvot ja tavoitteet heijastuvat ja saavatkin heijastua niissä, mutta hieman eri tavoin. Samalla kummankin tason käytännöt ilmaisevat noita arvoja ja tavoitteita. Tarkastelemani teeman kannalta tämä heijastuisi erityisesti siinä, miten rikosoikeudellisissa syyksilukemisissa lainsoveltajan olisi yhtäältä tulkittava säännöksiä niiden tavoitteita vasten, mutta toisaalta tulkittava vielä tuon soveltamistuloksen hyväksyttävyyttä suhteessa yksilöiden oikeuksien järjestelmään. Näin

[2] Vrt. Ashworthin huomautukseen todellisesta kriminaalipolitiikasta: »The main determinants of criminalization continue to be political opportunism and power, both linked to the prevailing political culture of the country.» *Ashworth* 1995, 55.

[3] *Lappi-Seppälä* 1987, 267–636.

ollen myös kriminaalipoliittinen ajattelu olisi tuettava tai ainakin suhteutettava valtiosäännön tasoiseen tavoitenormistoon. Saksalaisessa keskustelussa kysymys kriminalisoinnin soveltuvuudesta koskee sen valtiosääntöistä hyväksyttävyyttä.

Kriittinen oikeuspositivismi vertautuu myös radikaaliin oikeuspositivismiin. Kriittisessä oikeuspositivismissa lainsoveltamisen käytännöille voidaan tuottaa justifikaatiota eri tasojen keskinäisin viittauksin. Radikaalissa oikeuspositivismissa, kuten Kelsenin puhtaassa oikeusopissa, justifikaatiokysymys jää käytännössä kokonaan sivuun. Sen mukaan rankaisemisen käytäntöä *ei voida johtaa teoriasta*; konkreettista tuomittavaa rangaistusta ei voida jäännöksettä teoreettisesti selittää ehdottoman oikeudenmukaisuuden ilmentymäksi. Kelsenin äärioikeuspositivistisessa oikeusteoriassa lainsoveltamiseen liittyy aina oikeutta luova akti. Lain soveltaminen ei ole teorian johdattelemaa päätymistä tiettyyn ratkaisuun. Tuomari jää Kelsenin mallissa yksin tehtävässään. Rankaisemisen käytäntö on käytäntöä, eikä sovellettua teoriaa.[4] Rankaisemista ei tämän vuoksi voida myöskään teoreettisesti (oikeudellisesti) tyhjentävästi selittää ja oikeuttaa.

Jos arvo- ja tavoitenäkökohdat täydellisesti työstetään rikosoikeuden rationaalisuuden ehtoihin, niille ei jää enää itsenäistä kriittistä merkitystä. Kriminaalipoliittinen kritiikki tai oikeudenmukaisuuskritiikki on jo samalla rikosoikeuden sisäistä kritiikkiä, mutta samalla legitimoidaan kaikki ne käytännöt, jotka toteuttavat teorian edellytykset. Legitimaatiofunktio voi korostua kritiikkifunktion kustannuksella. Näin legitimaation ehdot voivat jäädä niin väljiksi, ettei annettujen rationaalisuusehtojen varassa voida vakavasti riitauttaa rankaisemisen käytäntöjen rationaalisuutta. Arvo- ja tavoiteargumentit voivat jäädä operationalisoimatta rikosoikeudellisina periaatteina. Syyksilukemisen kannalta erityinen ongelma on syyksilukemisen mahdollisuuksia rajoittavien normien perustelu. Syyllisyysperiaate ja syyllisyysvaatimukset[5] kuuluvat sellaiselle syyksilukemisen tasolle, joka on ongelmallista perustella suppeassa mielessä pragmaattis-rationaalisesti.

Eettisen oikeuttamisen vaatimus taas on itsessäänkin epäselvä, jos se tarkoittaa, että oikeudellisista käytännöistä jotkut eivät olisi oikeutettuja. Oikeuteen kuuluisi silloin sekä vääryyttä että oikeutta. Oikeuden etiikka – esimerkiksi sosiaalieettinen moitearvostelu oikeudellisena syyllisyysmoitteena

[4] Vastaavasti vapaaoikeuskoulun Kantorowitz korosti sitä, ettei oikeudellista ratkaisua voi johtaa laista, vaikkakin se ehkä voidaan saattaa lain kanssa sopusointuun. *Kantorowitz* 1933, 27.

[5] Vaatimusnormin ja sisältönormin erottamisesta, ks. *Matikkala* 1995, 199.

– on välttämättä oikeusetiikkaa eikä esim. sosiaalietiikkaa, koska oikeus määrää itse suhteestaan kohteisiinsa. Tämä oikeuden kaksijakoisuus tosin kenties vain ilmentää oikeuden perustavaa paradoksia: vääryyttä on kohdeltava oikeuden mukaan. Lainmukainen, lainkuuliainen toiminta ei itse asiassa ole rikosoikeudelliselta kannalta erityisen kiinnostavaa.[6]

Jotta justifikaatiota koskevat kysymykset voidaan saada esille konkreettisemmassa yhteydessä, on syytä kysyä erilaisten syyksilukemiskäytäntöjen oikeutusta. Tarkastelen tässä yhteydessä nimenomaan objektiivisen syyksilukemisen kysymyksiä. Edellä jaettiin objektiivisen syyksilukemisen kohde neljään erillistä tarkastelua vaativaan kohtaan. Objektiivinen syyksilukeminen voi siten koskea: 1) käyttäytymistä, 2) abstraktia (tai: abstraktis-konkreettista) vaarantamista, 3) konkreettista vaarantamista tai 4) seurauksen syntymistä. Tätä jaottelua vastaa kysymys, milloin lainsäätäjä on oikeutettu käyttämään tiettyä kriminalisointitekniikkaa määrätyn ongelman »ratkaisemisessa».

On erotettava objektiivinen syyksilukeminen ja seuraamuksen määrääminen toisistaan. Objektiivisessa syyksilukemisessa on kyse perimmältään ulkoisen rikosteon käsitteellisestä hahmottamisesta. Oikeudellinen syyksilukeminen ei kuitenkaan perustu käsitteelliseen deduktioon vaan edellyttää argumentaatiota.

Käyttäytymisnormin legitimointi on itse asiassa myös valtiosääntöoikeudellinen kysymys. Miten selitetään ylipäätään kansalaisen oikeuksia sekä määrittävän että rajoittavan positiivisen oikeuden määräyksen velvoittavuus? Lagodny tulkitsee valtiosäännöstä tulevat rajoitukset valtiovallan norminantovallalle itse asiassa varsin vähäisiksi. Ongelma on siinä, että normilegitimaation kannalta kaikkein lievimmin rangaistavat normit on vaikeinta legitimoida. Tavallinen käyttäytymisnormi, jossa ei ole mitään lisärajoitusta tuovia kvalifikaatioita, on käyttäytymisrajoituksena vaikeimmin perusteltavis-

[6] Luhmannin oikeussosiologian teoriassa käsitellään monien muiden oikeusteoreettisten kysymysten ohella oikeuden, vääryyden ja oikeudenmukaisuuden suhdetta. Luhmannin kannalta oikeuden on oltava koodi, joka jakaa tapaukset oikeuden kannalta oikeisiin ja vääriin. Koodina oikeuden tulee olla määritelty, koska oikeuden systemaattisuus edellyttää sitä. Oikeuden kannalta ei voi jäädä avoimeksi ja tulevasta riippuvaksi se, mikä on tapauksessa oikein. Koodin täydennyksenä voi kuitenkin olla ohjelma, ja oikeudenmukaisuuden vaatimuksella voitaisiin asettaa oikeuden koodille vaatimuksia. Luhmannille koodi vastaa sääntöjä ja ohjelma periaatteita. Jotta oikeudenmukaisuus voisi olla ohjelma, sille täytyy löytyä koodiin yhdistettävissä olevat kriteerit. Oikeudenmukaisuus voisi olla ohjelmien ohjelma, mutta se on voitava operationalisoida. Oikeuden kannalta oikeudenmukaisuus voi olla vain normi, ei teoria. *Luhmann* 1993, 165–238.

sa. Tältä kannalta katsoen kohtien 2)–4) tarkoittamaa syyksilukemismallia edellyttävät kriminalisointimuotoilut ovat vähemmän ongelmallisia kuin 1)-kohdan mukainen toimintarajoitus. Kriminaalipoliittisen perustelunsa kannalta nämä kriminalisoinnit voivat olla tehottomia esimerkiksi sen vuoksi, että preventiohyödyt eivät olennaisesti riitä kattamaan sitä menetystä, jota käyttäytymisnormi toteutuessaan merkitsee. Kuten edellä on mainittu, tuota menetystä ei voi tarkastella ainoastaan menetettynä hyötynä, vaan myös yksilön oikeuksien kaventumisena.

Rikosoikeustieteellisessä keskustelussa ei yleensä ole viety kovin pitkälle niitä vaatimuksia, joita rationaalinen kriminaalipolitiikka edellyttää erilaisten kriminalisointimahdollisuuksien käytöltä ja erityisesti niiden käytännön toteutukselta. Olisi tarpeen suhteuttaa esimerkiksi vaarantamisrikosten legitimointia koskeva kysymys myös niistä määrättävien seuraamusten hyväksyttävyyteen. Silloin tulisi näkyviin se seikka, että kun edetään 1)-ryhmän mukaisista syyksilukemisista 4)-ryhmään, niin yhtä hyvin oikeushyvänloukkausten intensiteetti kuin myös sanktioinnin ankaruus lisääntyy. Tässä mielessä olisi kysyttävä erityisesti sitä, miten ankaria seuraamusuhkia voidaan kytkeä sellaisiin kriminalisointeihin, joissa kiellon ala jää laajaksi ja joissa tavoitteena on suojata vain välillisesti yksilön intressejä. Kriminaalipoliittisesti parhaiten perusteltuna voi pitää sellaista rikosoikeuden järjestelmää, jossa optimoidaan kaksi erisuuntaista tavoitetta: preventiivinen oikeushyvien suojaaminen ja yksilön oikeuksien takaaminen. Näistä edellinen edellyttää, että rikosoikeuden normien tarjoaman suojan tapa suhteutetaan oikeushyvän arvoon ja oikeushyvän loukkauksen tai sen vaarantamisen intensiteettiin. Yksilön oikeuksien takaaminen taas toimii rationaalisessa kriminalisointiharkinnassa rajoittavana periaatteena. Rationaalisessa kriminaalipolitiikassa käytetään tasapainoisesti erilaisia syyksilukemisen malleja ja tekniikoita silloin, kun rikosoikeuden keinoin on yleensä välttämätöntä reagoida.

Luotaessa oikeushyvän suojaksi tiivistyvä käyttäytymiskriminalisointien suojaverkko on tärkeää varmistaa, että suojaverkon ulommat osat ovat mielekkäällä tavalla sovitettavissa yhteen sen ytimen kanssa. Seurausrikosten syyksilukemisen yhteydessä tulee näkyviin se, että modernissa rikosoikeudessa vaarantamishakuisuuden vuoksi eri tekniikoiden yhteensovittamisen ongelma kasvaa. Se näkyy mm. siinä, että teko tulee yhtä aikaa arvosteltavaksi niin vaarantamisrikoksena kuin seurausrikoksena. Ongelmat voivat olla konkurrenssiin liittyviä, tai – mikä on yhä yleisempää, liittyä erilaisten törkeysarvosteluiden suhteisiin ja viime kädessä RL 7 luvun mukaisen rangaistuksen mittaamiseen näistä rikoksista. Rikosoikeudessa on ikään kuin normiaineksia, joiden kriminaalipoliittinen tausta-ajattelu edustaa rikosvastuu-

ajattelun eri vaiheita. Tahalliset yksilöön kohdistuvat seurausrikokset ovat rikosoikeuden oikeusvaltiollisinta ydintä. Hyvinvointivaltiollisessa rikosoikeudessa ei yhtä yksinomaisesti maksimoida yksilön toimintavapautta, vaan siitä osaksi tingitään kriminalisoimalla yhä enemmän sellaistakin käyttäytymistä, joka ei ole johtanut vahinkoihin. Tavoitteellinen ajattelu saa enemmän painoa ja ottaa esille sääntelyiden hyödyt ja haitat yleisellä tasolla, eikä yksinomaan määritä tekojen ja laiminlyöntien eettistä tai moraalista arvoa. Habermasin tapaan voisi ymmärtää hyvinvointivaltiollisesti tuotetun oikeuden olevan silti tulkittavissa myös keinoksi toteuttaa oikeuksia lainsäädännön avulla, eikä vain rajoittaa niitä.[7]

Politiatyyppinen järjestysrikosoikeus, sakonuhkaisten vähäisten lainrikkomusten viidakko, paljastuu näin ymmmärrettynä ihmisten toimintavapauksien rajoituksien kannalta vaikeimmin oikeutettavissa olevaksi rikosoikeuden lohkoksi. Näiden säännösten dekriminalisointia ei kuitenkaan voi esittää minään yleisenä ratkaisuna ongelmaan, koska useimmassa tapauksessa jonkinlaista hallinnollista kontrollijärjestelmää tarvittaisiin tilalle. Silloin kansalaisten oikeusturvatakeet entisestään heikkenisivät.

Kriminalisoinnin tekniikka ei kuitenkaan voi yksin suojata ihmisiä epäoikeudenmukaisilta rangaistuksilta. Olennainen tehtävä tältä kannalta jää väistämättä syyllisyysperiaatteelle ja sille, että syyllisyysvaatimus asetetaan riittävän korkealle. Unohtaa ei sovi myöskään rikosprosessioikeuden periaatteiden kunnioittamista niin lainsäädännössä kuin lainsoveltamiskäytännössä. Olisi syytä kehittää kriminalisointiperiaatteista sellainen järjestelmä, jossa pragmaattis-rationaaliset rangaistavuuden perustelut tulisivat perusoikeusargumentaation tasolla kytketyiksi kansalaisten oikeuksien ja velvollisuuksien määrittämiseen. Tässä sellaista voidaan ainoastaan luonnostella.

Lainsäätäjä päättää kriminalisoinneista. Kriminalisointien toteutustapa vaikuttaa olennaisesti siihen, millaisia tulkintamahdollisuuksia kriminalisointeihin jää soveltamistilanteessa. Lainsäätäjä voi tietoisesti kieltää määrätynlaisen yleiset tunnusmerkit täyttävän käyttäytymisen siten, että siihen kytketään ainoastaan minimitason syyksiluettavuusvaatimus. Tällaisen kiellon hyväksyttävyys voidaan riitauttaa esimerkiksi kiistämällä kiellosta olevat preventiovaikutukset tai niiden paino suhteessa kiellosta oleviin haittoihin. Rii-

[7] Melko lailla samaan voisi tulla myös Rawlsin käsitysten pohjalta. Ks. esim. käsitteestä *public reason* sanottua, *Rawls* 1993, 212–254. Rawls puolustaa erityistä oikeudellista kaksitasoisuutta, jossa parlamentti ei itse asiassa ole oikeuden ylin auktoriteetti, vaan perustuslaillisessa demokratiassa sen yläpuolella ovat oikeudellista tulkintaa harjoittavat ylimmät viranomaiset. *Mt.*, 233–240.

tautus voidaan tulkita paitsi kriminaalipoliittiseksi myös jo valtiosääntöön perustuvaksi. Jo perusoikeusjärjestelmään kuuluu vaatimus siitä, että määrätyn laintasoisen kiellon tulee olla sovelias tuottamaan odotettuja vaikutuksia. Kiellon legitiimisyys voisi tulla testattavaksi kansalaiskeskustelun ja eduskuntakäsittelyn kuluessa. Ellei preventiovaikutuksista oleva tieto tue normia, sen voi tulkita kaventavan turhaan kansalaisten toimintavapautta. Suomessa eduskunnan perustuslakivaliokunta harkitsee lakiesityksen hyväksyttävyyttä perusoikeuksien suojan kannalta.[8]

Kriminalisointiperiaatteina tunnetuista periaatteista useat voivat saada tukea jo perusoikeuksien järjestelmästä. Perustuslakivaliokunnan mukaan perusoikeusjärjestelmän kokonaisuudesta ja oikeuksien luonteesta perustuslaissa turvattuina perusoikeuksina voidaan johtaa joitain vaatimuksia tavallisen lain tasolla toteutettaville perusoikeuksien rajoituksille (seuraavassa tiivistettynä):[9]

- rajoitusten tulee perustua lakiin, olla tarkkarajaisia ja täsmällisiä (legaliteettivaatimus)
- rajoitusperusteiden tulee olla hyväksyttäviä ja painavan yhteiskunnallisen tarpeen vaatimia (hyväksyttävyys, tarpeellisuus)
- rajoitus ei saa ulottua perusoikeuden ytimeen
- rajoituksen on oltava suhteellisuusperiaatteen mukainen ja välttämätön hyväksyttävän tarkoituksen saavuttamiseksi (suhteellisuus, välttämättömyys)
- rajoitus on sallittu vain, jos tavoitetta ei voida saavuttaa perusoikeuteen vähemmän puuttuvin keinoin (vähimmän puuttumisen periaate)
- perusoikeuksia rajoitettaessa on huolehdittava riittävistä oikeusturvajärjestelyistä (prosessuaaliset oikeusturvatakeet)

Sanotuista valtiosääntötason periaatteista legaliteettiperiaate ilmaistaan suhteellisen selvästi. Tavoiteperiaatteita ilmaistaan useassakin kohdassa. Esimerkiksi rikosoikeudellinen ankaran vastuun kieltoa eli syyksiluettavuusvaatimusta edellyttävä periaate voisi saada tukea suhteellisuusperiaatteen lisäksi muistakin sanotuista periaatteista. Vähimmän puuttumisen periaate tarkoittanee rikoslainsäädännön alalla ultima ratio -periaatetta. Sanotuista periaatteista yhdessä voinee johtaa esimerkiksi vaatimuksen, että abstraktin vaarantamisen kielto on toteutettavissa aina vain tietyn teonkuvauksen ohessa, ei siitä erillisenä.

---

[8] Ks. perusoikeusuudistukseen liittyvää mietintöä *PeVM* 25/1994 vp., 4.

[9] *PevM* 25/1994 vp., 5.

Scheinin on erotellut ihmisoikeuksien lainsäätäjään kohdistuvassa vaikutuksessa kolme tapaa. Ihmisoikeusnormit voivat vaikuttaa standardina, periaatteena tai sääntönä.[10] Perusoikeuden ytimen loukkaamattomuus merkitsisi rikoslainsäätäjää kahlitsevaa sääntöä, kun taas perusoikeuksien järjestelmän kriminaalipolitiikkaa suuntaava vaikutus muuten lienee periaatteenomaista. Ei sinänsä liene estettä kääntää ajatusta kriminaalipolitiikan ja perusoikeuksien suhteesta toisin päin: rationaalinen kriminaalipolitiikka optimoi perusoikeuksien järjestelmän toteutumista,

Edellä tarkasteltiin esimerkkinä rattijuopumuskriminalisointia ja sen toteutustapaa. Rattijuopumus lienee rikos, jossa on perusteltua kytkeä rangaistavuuden raja suhteellisen yleisesti muotoiltuun teonkuvaukseen. Rattijuopumuksen osalta lienee perusteltua myös, ettei mitään vaarantamisvaatimusta aseteta itse tunnusmerkistössä. Kiellon ehdottomuus on siinä määrin tärkeää, ettei rikostunnusmerkistön täyttymistä harkittaessa ole juurikaan sallittava teon kontekstualisointia. Sosiaaliset vaikutukset huomioon ottava kriminaalipoliittinen ajattelu suosittaa tätä valintaa, joka ei myöskään kohtuuttomasti rajoita sääntelyn kohteena olevia. Teonkuvauksen yksittäisten tunnusmerkkien tulkinnassa ei silti ole syytä erityiseen rangaistushakuisuuteen.

Vaarantamisrikoksissa tulisi silti yleensä lähteä siitä, että tietynlainen teon kontekstualisointi kuuluu jo sen tunnusmerkistönmukaisuuden toteamiseen. Tästä syystä on edellytettävä, että normaalitapauksissa vaarantamisrikoksissa myös vaarantamisvaatimus kirjataan itse tunnusmerkistöön. Tavanomaisia laaja-alaisia rikkomussäännöksiä tämä ei luonnollisestikaan koske.

Myös rikosten törkeysporrastusta toteutettaessa on olennaista, että tapauskohtaisten olosuhteiden painoarvo kasvaa. Teon vahingollisuutta ja vaarallisuutta ja tekijän syyllisyyttä arvioidaan yksilöllisemmin. Tästä syystä esimerkiksi puhtaasti promillekriteeriin perustuva törkeysporrastus ei olisi törkeässä rattijuopumuksessa tyydyttävä.

Olen edellä katsonut, että abstraktin vaarantamisen kielloissa on saatettu tavoitella eri asteista teon tai laiminlyönnin kontekstualisointia. Presumoidusti vaarallisissa rikoksissa, kuten rattijuopumuksessa, kontekstualisoinnista tietoisesti luovutaan. Tarkoitettu kontekstualisoinnin aste joudutaan lainsoveltamistilanteessa ratkaisemaan, mikäli säännökseen on kirjattu abstraktia vaaraa tarkoittava tunnusmerkki. Periaatteessa lainsäätäjä voi tällöinkin lähteä siitä, ettei teon olosuhteita oteta huomioon vielä tunnusmerkistönmukaisuutta arvioitaessa. Katsoisin, että ellei tätä nimenomaisesti ole tarkoitettu, voidaan kontekstualisointia tiettyyn rajaan saakka suorittaa. Tämä perustuu

[10] *Scheinin* 1991, 330–332.

kieltojen perusoikeuksia rajoittavaan vaikutukseen. Kaavamaisempi sääntely on rajoittavampi, joten se vaatii lisäperusteita.

Abstrakteista vaarantamisrikoksista suurimmassa osassa lienee sallittua suhteuttaa teon arvostelua tapauskohtaisiin olosuhteisiin. Tässä mielessä niitä voisi kutsua edellisiin verrattuna abstraktis-konkreettisiksi. Tunnusmerkistöstä tämä voi käydä ilmi esimerkiksi siten, että teon abstraktisti vaarallinen luonne edellytetään arvioitavaksi »olosuhteisiin katsoen». Pitäisin tällaista kontekstualisointia sallittuna yleensäkin, ellei voida tulkita tarkoituksena olevan kieltää se. Kontekstualisoinnin sallittavuus voi olla pääteltävissä myös esimerkiksi siitä, että säännöksen soveltaminen edellyttää teon vähäisyyden arviointia, tai siitä, että varotoimiin ryhtyminen sulkee rangaistavuuden pois.

Konkreettista vaaraa edellyttävissä rikoksissa teon kontekstualisointi viedään vieläkin pitemmälle. Konkreettinen vaara edellyttää yhtä hyvin tapauskohtaisesti huomioon otettavaa ja varottavaa vaaraa seurauksen syntymisestä kuin vaarannetun kohteen olemassaoloa. Vahinkoseurausta edellyttävissä rikoksissa rangaistavutta rajaa vaatimus vahinkoseurauksen syntymisestä.

Kriminalisointiperiaatteiden tasolla tulisi ohjata kriminalisointien toteuttamistapaa sillä tavoin, että lainsäätäjä valitsisi perusoikeusvaikutukseltaan lievimmän vaihtoehdon. Vain abstraktia vaaraa edellyttävän rikostunnusmerkistön luominen edellyttää lisäperusteluita konkreettisen vaarantamisen kieltävään nähden. Toisaalta yleistetympää vaarantamisarviota edellyttävissä rikoksissa taas kriminalisoinnin viesti on selvempi. Alussa mainitun Robinsonin erottelun mielessä voi sanoa, että yleisimmät käyttäytymissäännöt ovat vähiten tulkinnanvaraisia. Arvattavasti yleispreventiotavoitteiden korostaminen on ollut mm. tästä syystä lisäämässä abstraktien vaarantamisrikosten määrää. Tätä voi monissa toimintajärjestelmissä pitää oikeastaan luonnollisena kehityksenä. Edellä olen myös korostanut sitä, että tämäntyyppinen sääntely on tunnusomainen sellaisissa toimintajärjestelmissä, joissa vaaratilanteiden ehkäisy ja niistä suoriutuminen edellyttää useampien toimijoiden toimenpiteitä. Näillä normeilla voidaan eräässä mielessä vastustaa juuri sellaista käyttäytymistä, joka kaikkein selvimmin merkitsee toisten oikeutettujen intressien huomiotta jättämistä ja siinä mielessä heidän luottamuksensa pettämistä. On tärkeää järjestelmän toiminnan kannalta, ettei turvallisuuden tasosta huolehtimista jätetä vain moitteettomasti toimivan osapuolen harteille. Tällaisten toimintajärjestelmien merkityksen kasvu heijastuu rikosoikeuteen sekä teon käsitteen yhä sosiaalisempana määrittymisenä että myös kausaalisuustarkasteluiden muutoksena. Erilaisilla kommunikaatio- ja vuorovaikutustilanteilla on yhä olennaisempi merkitys tapahtumien luonteen tulkinnassa.

Preventiovaikutuksista voi olla mielekästä puhua oikeushyville koituvana suojana, vaikka tällaista ilmaisutapaa rasittaa tietty vanhahtavuus. Suoja ei useinkaan synny mekaanisesti, vaan edellyttää oikeusjärjestyksen ilmentämien arvojen vaiheittaista sisäistämistä. Olennaista on, että rikosoikeudessa suojaa saavat arvot ovat muokkautuneet olennaisesti samanlaisiksi kuin oikeusjärjestyksessä yleensä. Ei ole syytä asettaa itsestäänselväksi lähtökohdaksi sitä, että yksilön oikeushyvien aina tulisi saada etusija kollektiivisempiin intresseihin nähden. Toisaalta yhteisöllisten oikeushyvien suojaamisessa rikosoikeudelliset keinot eivät aina ole parhaita. Ultima ratio -periaate tulee muistaa eritoten näissä yhteyksissä.

Lainsäätäjä kriminalisoi aina tekoja tekotyyppeinä säätämällä tietyn teonkuvauksen täyttämisen rangaistavaksi. Lainsäädännölle on tunnusomaista abstraktisuus ja yleisyys. Valittavalla kriminalisointitekniikalla voidaan kuitenkin olennaisesti vaikuttaa siihen, millaiseksi lainsoveltamistilanne muodostuu.

Kriminalisointiperiaatteiden tulisi kontrolloida myös sitä, miten vaativa syyksiluettavuusvaatimus kriminalisoinnissa asetetaan. Esimerkiksi rangaistavuuden ulottaminen tuottamukseen vaatii aina erillisen perustelun. Vastaavia perusteluita vaativia rangaistavuuden laajennuksia ovat rikoksen yrityksen säätäminen rangaistavaksi samoin kuin valmistelu- ja hallussapitokriminalisoinnit.[11] Niissä vahingollisuus ja vaarallisuus on kaikkein etäisintä, mistä syystä rationaalinen kriminalisointipäätös edellyttää selvää empiiristä tukea toimenpiteelle.

Myös sanktiouhkan ankaruuden tulisi heijastua valittuun lainsäädäntötekniikkaan. Jos kiellon ala on hyvin yleinen, tulisi sanktiouhkan vastaavasti olla lievä. Silloin myös säännöksessä ilmaistu syyksiluettavuusvaatimus koskee vain tuota yleistä tekotyyppiä. Luonnollisesti suojattavan oikeushyvän arvo vaikuttaa tässä harkinnassa. Esimerkiksi henkeen ja terveyteen kohdistuvissa rikoksissa voi olla perusteltua laajentaa rangaistavuuden suojamuuria kaikkein uloimmaksi oikeushyvän ja sitä vaarantavan toiminnan väliin.

Yksilön perusoikeudet kontrolloivat eräässä mielessä viime kädessä rikosoikeudellisen lainsoveltamiskäytännön rationaliteettia. Niihin vedoten voidaan joissakin tapauksissa edellyttää supistavaa laintulkintaa. Teoriassa se on mahdollista, vaikka valittu kriminalisointi olisi rakennettu presumoidun

[11] Von Hirsch on pohtinut hallussapitokriminalisointien perusteltavuutta välillisesti vahingoilta suojaavina. Hän pitänee tärkeänä, että kynnys tällaisten kriminalisointien luomiseen säilyy riittävän korkeana, koska teon ja vahingollisten seurausten yhteys usein on hyvin etäinen. Ks. *von Hirsch* 1996, 270–271.

vaaran varaan. Oikeusperiaatteiden »kautta» määräytyy paitsi tulkinnan lopputulos, myös sovellettava laintulkintaoppi. Oikeusperiaatteet koskevatkin keskeisesti myös sallittuja tulkintamenetelmiä. Aikana, jolloin rikosoikeuden ja perusoikeuksien yhteyttä ei ole korostettu, vaan rikosoikeutta on pidetty »itsenäisenä» oikeudenalana, oikeusperiaatteet ovat saaneet kantaa perusoikeusulottuvuutta.

Itse olen lähtenyt siitä, että oikeuden sisäisesti eettiset kysymykset palautuvat viime kädessä yksilön oikeusaseman määrittymiseen suhteessa valtiovaltaan. Rikosoikeudellisten sääntelyiden kasvava merkitys toimintajärjestelmien ohjaamisessa muokkaa myös rikosvastuun eettisiä perusteita. Tässä työssä on tulkittu tämän ilmenevän eräänlaisen sosiaalisen vastuuetiikan, toimintaetiikan painottumisena hieman samaan tapaan kuin Dworkin perusteli egalitarianismia. Ihmiset velvoitetaan ottamaan yhä pidemmälle huomioon toistensa legitiimit intressit. Rikoksen ja rangaistuksen muunlaiset eettiset kysymykset eivät suoranaisesti kuulu voimassaolevaan oikeuteen. Rikosta ja rangaistusta koskeva eettinen keskustelu luonnollisesti heijastuu epäsuorasti siihen sisältöön, jonka valtion oikeusjärjestys saa. Seuraavassa pohditaan kuitenkin vielä erikseen rikosoikeuden eettistä oikeutusta.

5. Rikosoikeuden abolitionistinen kritiikki

Abolitionistista rikosoikeuskritiikkiä kehitellyt Hirvonen toistaa Lappi-Seppälän tapaan vaatimuksen rikosoikeusjärjestelmän eettisestä oikeuttamisesta rankaisemisen käytännön oikeuttamiseksi. Rikosoikeus vaatii sisällöllisen eettisen perustelun. Hirvonen kritisoi sitä seikkaa, että tuomioistuinjuristit ovat sisäistäneet oikeuspositivistisen katsomuksen, mikä on johtanut rangaistushakuisiin laintulkintoihin sen sijaan, että olisi päästy siihen, että rangaistukseen tuomitseminen olisi poikkeus, nykyisin harvinaiset poikkeustilanteet taas pääsääntönä. Vaatimus oikeudenmukaisuudesta esitetään jyrkässä muodossa: jos rikosoikeuden oikeudenmukaisuutta ei pystytä todistamaan, tuo järjestelmä tulee poistaa kokonaisuudessaan, käytännön ongelmista välittämättä.[1]

Rikosoikeustiede on Hirvosen mukaan jäänyt rikosoikeudellisten säännösten ja käytäntöjen systematisoinnin tasolle, mutta se ei ole edennyt perustustensa ja ennakkoehtojensa käsittelyn suuntaan. Tästä on seurannut ran-

[1] *Hirvonen* 1994, 84.

kaisemisen tuleminen luonnolliseksi, rankaisemisen luonteen ja vaikutusten hämärtyminen:[2]

> »Rikosoikeus on väkivaltaisin oikeuden ala. Se perustuu viimekädessä puhtaan voiman käyttöön. Siksi sitä ei voi koskaan pitää itsestään selvästi oikeutettuna. On jatkuvasti asetettava kyseenalaiseksi sen oikeutus, sen legitimaatio ja koko sen olemassaolo osana *oikeus*järjestelmää. Ja jos pidämme oikeutettuna moraalista vaatimusta toisten kunnioittamisesta autonomisina eettisinä subjekteina, niin kuinka voimme silloin oikeuttaa tätä vaadetta loukkaavia rangaistuksia.»
> »Pakkoa ja väkivaltaa käyttävän on joka ainoa kerta perusteltava ja oikeutettava tekonsa. Rationaaliseksi perusteluksi ei missään tapauksessa riitä se, että »näin on ollut tapana tehdä», »tämä on käytäntö» tai »mitään muutakaan järkevää vaihtoehtoa ei ole». Eettiseksi perusteluksi taas ei riitä se, että »näin on säädetty laissa».

Hirvonen kritisoi oikeustiedettä, joka tukee ja luonnollistaa väkivaltaista rankaisemisen käytäntöä sekä vaimentaa tuomitsemisessa eettisen kysymyksen rankaisemisen oikeutuksesta. Oikeustiede ja tuomari piiloutuvat lainsäätäjän selän taakse, tekniseen lainsoveltamiseen. Laki taas – salliessaan eettisesti arveluttavan käytännön jatkua – paljastuu itse epäoikeudenmukaiseksi.[3]

Hirvosen argumentaatiotapa on jo voimakkaastikin luonnonoikeudellinen. Oikeuspositivismi on syypää oikeudenmukaisuuden kysymyksen vaimenemiseen oikeudessa ja oikeuden käytännöissä. Rankaisemiselle vaaditaan eettistä oikeutusta, jota oikeustiede ei ole osannut aidosti etsiä. Oikeustiede on erehtynyt kohteestaan, luullen oikeuden olevan laissa säädettyä. Ilman legitimaatiota kyse ei kuitenkaan ole vielä *oikeus*järjestelmästä. Luonnonoikeudelliseen käsitykseen viittaa sekin, että Hirvosen mukaan rikosoikeustieteellä ja rikosoikeuskäytännöllä on todistustaakka rikosoikeuden eettisen hyväksyttävyyden suhteen.[4]

Tällaisessa käsityksessä on vaikea rajoittaa kritiikin alaa. Rikosoikeuden ohella koko oikeusjärjestys ja valtio menettävät oikeutustaan, kun ne leimataan vain väkivallaksi[5] ja voimankäytöksi. Kaikki valtiovallan taholta yksi-

---

[2] *Hirvonen* 1994, 85.

[3] Abolitionistisen kritiikin esittelyä ja arviointia myös: *Nuutila* 1996, 71–75.

[4] *Hirvonen* 1994, 85–86.

[5] »Väkivaltaisuus» on jo käsitteenä monimerkityksinen ja epämääräinen. Henkistä väkivaltaa voi olla jo vähäinenkin ele tai ilmaus, jne. Lisäksi sana itse jo sisältää vihjeen siitä, että oikeutta ehkä tarvitaan väkivallan rajoittamiseksi. Oikeuden vaihtoehto voi olla väen, väkijoukon valta määrätä ja vaikkapa »rankaista» ilman, että etukäteen on sovittu

löä uhkaava pakottaminen näyttää epäoikeutetulta, koska se on heteronomista, eikä itse tahdottua ja toivottua. Taas ollaan ongelman edessä. Joko ajatus valtiosta ja oikeudesta on hylättävä, jos se saattaa johtaa heteronomiseen pakottamiseen, tai sitten on hyväksyttävä se ajatus, että valtio ja oikeusjärjestykseen kuuluvat normit ehkä sittenkin jossakin mielessä edustavat myös valtion kansalaisten tahtoa. Yksilöautonomia on voinut saada toteutuksensa lainsäädännössä, joten tällaisten normien perustelu voi sittenkin olla palautettavissa yksilötahdon tasolle. Ja miksi yksilöt eivät voisi tahtoa sellaisiakin normeja, jotka sanktioivat pakolla normien rikkomisen? Miksi väkivalta ei voisi olla oikeutta, jos kansa niin on tahtonut?[6] Millainen valtio on valtio, jolta on evätty kokonaan oikeus pakkovallan käyttöön?

Täytynee lähteä siitä, ettei oikeusvaltiota sittenkään luonnehdi valtiovallan toimien väkivallattomuus, vaan se, että pakottavaa valtaa voidaan legitiimisti käyttää vain oikeusjärjestykseen perustuen.[7] Oikeusvaltion synty on merkinnyt politiikan alan kasvua. Oikeusjärjestys on politiikan väline, jos asiaa katsotaan »politiikan suunnasta». Oikeusvaltiossa on suljettu pois se, että valtiollinen valta ohittaisi oikeusjärjestyksen ja turvautuisi suoraan pakottamiseen.

---

mitään vallankäytön rajoista ja tuomitsemisessa sovellettavista normeista. Naistutkimuksen piirissä väkivallan (våld) käsite on joskus ulotettu jopa tietynlaisiin kuvallisiin esityksiin. Ks. *Svensson* 1995, 232–234.

[6] Lappi-Seppälän pragmaattis-rationaalinen rangaistuksen justifikaatio eräässä mielessä on yritys pyrkiä varmistamaan lainsäädännössä toteutuvan kansan tahdon rationaalisuus tai ainakin lausua julki tuon tahdonmuodostuksen rationaalisuuden edellytykset. Tämä tietysti herättää heti sen kysymyksen, onko tuon tahdon pakko olla esimerkiksi kriminaalipoliittisesti järkevää, jotta oikeus tulisi velvoittavaksi? Jos on mahdollista, että tahto ei ole rationaalista, nousee toinen kysymys: voidaanko pragmaattis-rationaalisesti oikeuttaa rangaistusten käyttöä, jos norminantoprosessi ei perustu yksinomaan tämäntyyppiseen rationaalisuusharkintaan? Mitä on tuomioistuinten tehtävä, jos järki ja tahto eivät ole yhtä?

[7] Myös »harm»-periaate voidaan tulkita juuri tällä tavoin, yksilön autonomiaan suhteutettuna. Razin tulkinnassa pakottaminen on periaatteessa autonomian vastaista. Vahinkojen estämiseksi annetuilla kielloilla voidaan toisaalta myös edistää autonomiaa, joka ymmärretään vapauden edellytykseksi. Ks. *Raz* 1986, 420–424 ja monin kohdin. Esimerkiksi vaarantamisrikoksissa kielletään sellaista vaarantamista, joka sallittuna pakottaisi potentiaaliset uhrit entistä surempaan varautumiseen vahinkojen varalta, ja vahinko toteutuessaan olisi heidän autonomiansa loukkaus. Tekijän kannalta taas määrätynlaisen toista loukkaavan tai vaarantavan menettelyn kielto ei merkitse kovin suurta autonomian kavennnusta, koska muita toimintamahdollisuuksia jää runsaasti. Ks. tästä myös *Ashworth* 1995, 44.

Oikeusvaltiolla on kaksi puolta: poliittisen vallan kahlinta oikeudelliseen muotoon ja oikeuden poliittinen instrumentalisointi.[8]

Hirvosen teoria edellyttäisi siirtymistä käsittelemään valtion legitiimejä tehtäviä ylimalkaan. Siten tulisi osoitetuksi se, missä vaiheessa moderni oikeus- ja valtioteoria tekee oletuksissaan jonkin luvattoman hyppäyksen.[9] Todennäköisesti Hirvonen joutuu tässä suhteessa seuraamaan luonnonoikeudellista traditiota, joka on ratkaissut tahdon ja järjen välisen kiistan jälkimmäisen hyväksi, ja edellyttänyt oikeuden sisältöjen vastaavan yleisiä järjen periaatteita. Mutta luonnonoikeusopitkin yleensä käsittelevät enemmän normeja kuin niiden rikkomisesta johtuvia sanktioita. Koskeeko kritiikki siis sekä itse rikosoikeuden normien ja syyksilukemiskäytäntöjen väkivaltaisuutta että rangaistusten väkivaltaisuutta? Eikö väkivaltaisestakaan teosta saa koskaan seurata väkivaltaista sanktiota? Eikö väkivaltaisia tekoja saada lainkaan kieltää? Pitääkö sanktioilta edellyttää väkivallattomuutta? Jääkö mitään keinoja sanktiointiin? Eikö esim. sakkorangaistuksen määrääminen tai yhdyskuntapalvelukin ole pakottamista?

Myös Hegelin oikeusfilosofiassa pakon ja oikeuden suhteet ovat keskeisesti esillä pohdittaessa rikosoikeudellista vääryyttä abstraktisen luonnonoikeuden tasolla. Hegel lähtee siitä, että oikeus on vapautta, läsnäolevaa tahtoa, jota vastaan väkivalta ja pakko asettuvat. Sen vuoksi väkivalta eli pakko on abstraktisesti otettuna oikeudenvastaista (unrechtlich).[10] Toisaalta oikeuden palauttaminenkin on pakon käyttöä. Ensimmäinen pakko kumotaan toisella pakolla, joka on välttämättä oikeudenmukaista. Pakon kumoaminen pakolla ei kuitenkaan merkitse vain norminrikkojan loukkauksen kieltämistä, vaan myös luonnonoikeuden pelkistettyjen arvojen kohottavaa säilyttämistä (Aufheben).[11]

Hegelin kannalta oikeuden ja vääryyden ero ei ole siinä, että oikeus ei olisi pakkoa. Paremminkin positiivinen oikeus on juuri pakottavaa oikeutta. Vääryys ulkonaisena vapauden loukkauksena on vain voimankäytöllä kumottavissa. Oikeus on sen vuoksi oikeutettua pakon käyttöä. Oikeus todellistuu

---

[8] Tämä olisi Luhmannin tulkinta oikeusvaltiosta, mikä sinänsä poikkeaa esimerkiksi Habermasin käsityksestä, jälkimmäisessä kun korostetaan oikeuden asettamismenettelyiden kohottamaa oikeuden diskursiivista rationaalisuutta. Ks. *Luhmann* 1993, 407–426; *Habermas* 1992, 166–237.

[9] Kysymystä rikosoikeuden justifikaatiosta osana yleisempää tarvetta perustella valtio ja oikeus poliittisen filosofian tason argumenteilla on tarkastellut – keskeisesti kommunitaristisista lähtökohdista – *Lacey* 1988, 1–12, 169–201.

[10] *Hegel* 1989, § 92.

[11] *Hegel* 1989, § 93.

vääryyden – pakon – kumoamisessa. Oikeus välittyy itsensä kanssa kumoamalla loukkauksensa.[12]

Hegelin oikeusfilosofiassa vääryyden ja oikeuden ero ensimmäisenä ja toisena pakkona – oikeutettua väkivalta on vain väkivallan kumoamiseksi – tekee hyvin keskeiseksi kysymyksen siitä, milloin pakon käyttö on oikeutettua. Rankaisemistakaan ei voida perustella sen hyödyllisyydellä, ellei rankaiseminen samalla ole oikeudenmukaista. Hegel aloittaa huomautuksensa rangaistusteoreettisesti tärkeään 99 §:ään mainitsemalla, että moderni oikeustiede on kohdellut hyvin huonosti rangaistusteoriaa, jossa on kyse oikeudenmukaisuuden käsitteestä, eikä pelkästä hyöty-ymmärryksestä. Pahaa vastaan on asetettu joko toinen paha tai sitten yhtä epämääräinen hyvä. Kuitenkin Hegelin mukaan on välttämätöntä tarkastella myös rankaisemisen objektiivista oikeudenmukaisuutta. Oikeudenmukaisuus olisikin perustavin näkökohta rikoksen yhteydessä. Vain perustelemalla rangaistuksen oikeudenmukaisuus voidaan luoda ero oikeuden ja väärän välille.[13]

Hegelin omassa filosofiassa vastaus tähän kysymykseen saadaan siitä, että rikollinen rikkoo myös omaa yleistä tahtoaan vastaan. Sen vuoksi rangaistus on myös hänen oikeutensa. Eikä rangaistus ole pelkästään oikeudenmukainen sinänsä, vaan hänen läsnäolevan tahtonsa itse teossaan asettama. Hänen tekoonsa kuuluu nimittäin, että se on myös jotakin yleistä. Teko itse asettaa lain, jonka rikollinen siinä itselleen hyväksyy. Hänen oikeutensa on, että hänet määrätään sen alaiseksi, ja että hänen tekoaan siis arvioidaan sen mukaan.[14] Rikoksen oikeudenmukainen kumoaminen on hyvitystä (Wiedervergeltung), joka eroaa kostosta, sillä kosto on subjektiivisen tahdon teko. Kosto ei palauta oikeutta, vaan on pelkästään uusi loukkaus.[15]

Hegel on viimeisiä mestarifilosofeja, joka perusteli filosofisessa kokonaisjärjestelmässään oikeuden paikan ulkoapäin, osoittamalla järkeviksi oikeuden perustavimmat instituutiot. Abstraktin oikeuden erittelyssään ja perustelussaan hän kävi läpi omistuksen, sopimuksen ja vääryyden. Rikoksen kumoaminen käsiteltiin siinä osana vääryyttä.[16] Rangaistuksen justifikaation

[12] *Hegel* 1989, 94 §, 97 §. Rangaistusteoreettisesta ajattelusta Hegelin oikeusfilosofiassa yleisesti ks. *Klesczewski* 1991, passim, ja erityisesti vääryydestä abstraktin oikeuden kannalta *mt.*, 63–77.

[13] *Hegel* 1989, 99 § Huomautus.

[14] *Hegel* 1989, 100 §. – Hegel ei kuitenkaan perustele tätä sidonnaisuutta yleiseen lakiin sillä, että valtio ja sen normit hyväksyttäisiin sopimuksella, vaan kyseessä on suoraan oikeuden idean järkevyyteen palautuva perustelu.

[15] *Hegel* 1989, 102 §.

[16] Koska rangaistuksen justifikaatio esitetään osana »abstraktia oikeutta» eikä osana

vaatimus tulee siinä harvinaisen selväpiirteisesti asetetuksi, mutta vääryyden ja oikeuden eron näkeminen Hegelin tavoin edellyttää hänen filosofisten lähtökohtiensa jakamista. Spekulatiivisen, dialektisen menetelmän vuoksi jo hänen käsitteenkehittelyidensä seuraaminen on kuitenkin usein ylivoimaisen vaikeata.

Hegel on toisaalta myös positiivisen oikeuden teoreetikko, jolle positiivinen oikeus saa toisentyyppisiä tehtäviä kansalaisyhteiskunnan konstituution kannalta. Positiivinen oikeus tulee vastaamaan kansalaisyhteiskuntaa ja sen tarpeita.[17] Tämä kysymys on kuitenkin erotettava oikeudellisten instituutioiden varsinaisesta justifikaatiosta. Hegel vastustaa pelkkää luonnonoikeusajattelua, eikä hänen ajattelussaan oikeutta mitata luonnosta otettavilla periaatteilla. Positiivinen oikeus on tietoisesti asetettua, ja siitä syystä sen järkevyys on korkeammanasteista kuin pelkkien tapojen. Oikeuden jako vääryyteen ja oikeuteen ei koske »luontoa», vaan ainoastaan kulttuurisesti eettistyneen ihmisen toimia.

Hirvosen kannalta hegeliläinen ajattelu paljastaa hankalan ongelman. Jos vääryys on pakkoa, eikä pakkoa voida koskaan oikeuttaa, onko oikeus sitten voimaton vääryyteen nähden? Miksi modernisti positivoituvan oikeuden pitäisi sitoa oma voimansa, jos vääryydelle ei ole mitään esteitä?[18]

---

eettisyyttä, yksilön persoona saa siinä samalla varsin abstraktin merkityksen. Myöhemmässä kansallis-sosialistisessa rikosoikeusajattelussa rikosoikeus tulkittiin yksinomaan eettisyyttä koskevaksi, mikä vei äärimmäisen yhteisölliseen rangaistusteoreettiseen käsitykseen. Rikoksentekijää ei tarvinnut kunnioittaa rationaalisena olentona, koska hän oli rikoksellaan jo asettunut yhteisön ulkopuolelle. Tarve rangaistuksen justifikaatioon katoaa, samalla rankaiseminen alkaa yhä selvemmin muistuttaa kohtalonomaista luonnontapahtumista. Joskus näissä kannanotoissa viitattiin Hegelin varhaistuotantoon. Ks. yleisesti *La Torre* 1994, 73–79.

[17] Tämä oli se oikeuden käytännöllinen tehtäväkenttä, johon myös oikeuden justifikaatio preventioteorioissa »käännettiin». Rangaistuksen tulee olla hyödyllinen ja välttämätön yhteiskunnan kannalta. Serlachius mainitsee: »Kysymys laillisen rangaistuksen oikeudesta ei ole muuta kuin kysymys lain oikeutuksesta yleensä... Rangaistuksenkin oikeutus riippuu sen sosiaalisuudesta, sen yhteiskuntaa hyödyttävästä tehtävästä. ... Rangaistuksen samaten kuin lain yleensäkin oikeutus perustuu sen välttämättömyyteen.» *Serlachius* 1951, 21. Hassemerin mukaan preventio oli klassisessa rikosoikeudessa vain rikosoikeudenmukaisuuden sivutavoite, mutta sen jälkeen – modernin dialektiikassa – preventiosta tulee hallitseva rangaistusparadigma. *Hassemer* 1994, 7.

[18] Oikeuden paradoksi on siinä, että sen tulee koskea myös väärää. Oikeuden tulee tehdä oikeutta vääryydelle, kohdella väärää oikeudenmukaisesti. Jos oikeus ajatellaan oikean ja väärän koodiksi, on kaikki oikeudessa olevat ilmiöt voitava jakaa oikeaan ja väärään. Sen sijaan siihen kysymykseen ei voida oikeudessa vastata, onko oikein (vaiko väärin) tehdä jako oikeaan ja väärään. Ks. *Luhmann* 1993, 165–194.

Hirvonen ei kuitenkaan tyydy vain harjoitetun rikosoikeustutkimuksen eettiseen kritiikkiin, vaan hän myös kehittelee ajatusta kriittisestä abolitionistisesta lainopista. Havaittu oikeustieteen välttämätön eettinen kytkentä, joka paljastui tavanomaisen rikoslainopin kritiikissä, avaakin yllättäen abolitionistisille vaatimuksille ja eettisille lähtökohdille tien lainoppiin ja lainsoveltamiseen. Abolitionistinen kriittinen lainoppi »lähenee oikeuspositivistista lainoppia», sillä se lähtee liikkeelle olemassaolevasta rikosoikeudellisesta järjestelmästä. Kriittinen luonne ilmenee siinä, että abolitionistinen lainoppi suuntautuu ja sitoutuu tulkinnassaan rikosoikeudellisen reaktion poistamiseen. Hirvonen tähdentää sitä, että abolitionistista lainoppia olisi kutsuttava kriittiseksi eikä vaihtoehtoiseksi, koska se ei pyri korvaamaan vallitsevaa doktriinia systemaattisemmalla, rationaalisemmalla tai paremmin oikeutettavissa olevalla konstruktiolla.[19]

Abolitionistinen rikoslainoppi on kriittistä, koska se ei etsi vaihtoehtoja rikosoikeuden sisältä, vaan muilta oikeudenaloilta tai ei-oikeudellisista konfliktinratkaisutavoista. Se on poliittista ja strategista lainoppia, joka käyttää eettisyyden vaatimusta kritiikin välineenä, muotoilee tältä pohjalta abolitionistista laintulkintataktiikkaa, mutta varoo hylkäämästä perusvakaumusta siitä, että rangaistukseen tuomitseminen ja sen mukana tätä palveleva rikoslainoppi on epäeettistä. Rikosoikeuden oikeudenalan oikeuttamisdiskurssit asetetaan kyseenalaisiksi, mutta toisaalta rikosoikeutta pyritään rajoittamaan ottamalla vakavasti rikosoikeudelliset periaatteet. Edellinen tehtävä on selvemmin puhtaan kriittinen, kun jälkimmäinen taas on oikeuden sisäistä kritiikkiä.[20]

Oikeuttamisdiskurssien kyseenalaistaminen tarkoittanee sitä, mitä abolitionistisessa teoriassa jo muutenkin on harrastettu. Rikosoikeuden järjestelmälle rangaistusteorian tasolle esitetyt perustelut kiistetään viime kädessä eettisin perustein. Utilitaristiset hyötyperustelut, joita nykyisin rangaistusteorioissa pääasiassa korostetaan, hylätään kategorisesti, koska ihminen välineellistetään, ja juuri tämäntyyppinen ajattelu on antanut »modernin perustelun» rikosoikeudelle.

Uutta on, että abolitionismi nousee rankaisemisen käytäntöjen oikeutusta vastaan myös toisesta suunnasta, systeemin sisältä päin. Nyt jää kuitenkin epäselväksi, mistä tämä kritiikki itse ponnistaa. Oikeudenmukaisuuden vastakohta, epäoikeudenmukainen, olisi sijoitettava jonnekin. Jos lainopin piirissä harjoitettuja oikeuskäytännön oikeuttamisdiskursseja horjutetaan, ran-

[19] *Hirvonen* 1994, 102–103.
[20] *Hirvonen* 1994, 103–104.

kaisemisen käytäntö on abolitionistiselta kannalta epäoikeudenmukainen. Väkivaltaiseksi osoittautuva rankaiseminen on yleisesti epäoikeudenmukaista. Mutta mihin silloin tarvitaan eroa »oikeusvaltiollisissa rajoissa» epäoikeudenmukaisen ja yleisesti epäoikeudenmukaisen välillä? Ongelmaksi tulee näin esitetyn kritiikin rajaaminen johonkin täsmälliseen osaan lainoppia ja oikeuskäytäntöä.

Oikeusvaltiollisten rikosoikeutta rajoittavien periaatteiden »aktivointi» on kiinnostava osa abolitionistisen rikoslainopin ohjelmaa. Abolitionismi saa painoa oikeuden sisällä, kun on havaittu löytyvän sellaista oikeudellista ainesta, joka mahdollistaa oikeuden kritiikin siihen itseensä kuuluvin perustein. Hyvinvointivaltiollinen rikosoikeus on joutunut tinkimään klassisen liberalismin mukaisista periaatteistaan kasvaessaan ulos ahtaista rajoistaan ja etsiessään rangaistusten käytöllä saatavia hyötyjä.

Hirvosen mukaan ihmistä ei saa suojella itseltään (holhoava rikoslainsäädäntö), eikä jonkin toiminnan paheksuttavuus sinällään oikeuta kriminalisoimaan tuota tekoa (moralismi).[21] Moraalisen paheksuttavuuden lisäksi vaaditaan siis jotakin muuta, arvatenkin jonkinlaista sosiaalista haitallisuutta ja vahingollisuutta suojattujen oikeushyvien kannalta. Tästä olisi pääteltävissä, että kriminalisointiperiaatteiden tasolla myös utilitaristiset näkökohdat saavat painoa: muussa tapauksessa ei ole mahdollisuutta välttää moralismia.

Abolitionistinen etiikka ei ole kantilaista velvollisuusetiikkaa, jossa rikollinen tuomitaan kategorisen imperatiivin rikkoneena, vaan jonkinlaista erilaisuuden ja toiseuden tunnustavaa pluralistista, henkilökohtaisen vastuun etiikkaa. Lähtökohtana tuossa etiikassa lienee käsitys, että yhteiskunnan todellisempi luonne peittyy, kun tyydytään käsittelemään toiseutta ja erilaisuutta rankaisullisin keinoin. Näin positiiviset mahdollisuudet väkivallattomien ratkaisujen etsimiseen jäävät oivaltamatta, kun konfliktit juridisoidaan rikosoikeudellisiksi. Syyllisyysperiaate kelpaa rikosoikeuden rajoittaviin tulkintoihin, mutta todellisuudessa syyllisyyden käsitteestä olisi päästävä eroon, korvattava se siviilioikeudellisemmilla velan, velvollisuuden ja vastuun käsitteillä.

Suuntautuminen tulkinnassa reaktion minimoimiseen tulisi kiinnostavaksi, jos abolitionistisessa teoriassa ryhdyttäisiin muotoilemaan oikeuttamis- ja anteeksiantoperusteiden sääntöjä ja periaatteita. Juuri oikeuttamisperusteet antavat johtoa vaikeiden sosiaalisten konfliktien juridiselle arvioinnille. Sosiaalisissa konfliktitilanteissa joudutaan vetämään rajaa sen suhteen, mikä on oikeutettua vallan ja voiman käyttöä, mikä taas oikeudenvastaista. Klassi-

[21] *Hirvonen* 1994, 104.

sessa liberalistisessa opissa oikeuttamisperusteet toimivat kategorisemmin kuin sosiaalisen oikeusvaltion rikosoikeudessa. Oikeuttamisperusteiden osalta oikeuskehitys onkin johtanut pikemminkin niiden rajoituksiin ja entistä tiukempaan tulkintaan. Pitäisikö sitten pyrkiä etenemään täysin päinvastaiseen suuntaan niin, että tavallisen ihmisen tai vaikkapa viranomaisenkin väkivaltainen toiminta kaikin tavoin yritettäisiin tulkita oikeuttamis- ja anteeksiantoperusteiden piiriin? Tällainen menettely johtaisi siihen, että muutettaisiin samalla sitä herkkää mekanismia, jolla oikeudellinen traditio on pyrkinyt muotoilemaan arvioimisen sääntöjä inhimillisen elämän vaikeissa konfliktitilanteissa. Väkivalta tulisi oikeudeksi yhä herkemmin, ja rikosoikeus epäilemättä menettäisi kansalaisten silmissä legitimiteettiään arvoarvostelmien yhtenä lähteenä.

Hirvonen tuntuu etiikassaan rakentavan enemmän ihmisen, tekijän tai uhrin kuin abstraktin teon käsitteen varaan. Hän tuntuu ajattelevan, että rikosoikeudessa todellisuudessa rangaistaan poikkeavuudesta ja erilaisuudesta, ja että tekojen yleistävä arviointi edustaa vain pinnan tasoa rikosilmiöihin nähden. Epäilemättä näin usein onkin. Rikosoikeus ei näe ihmistä teon takana, ja eettinen suhtautuminen olisi juuri ihmisen suhtautumista toiseen, toisen tarpeisiin ja toiveisiin, oman tai toisen erilaisuuden hyväksymistä. Abolitionistinen oppi ei ole niin optimistista, että siinä uskottaisiin yhteiskunnassa voitavan suhtautua vääriin tekoihin yksinomaan ymmärtämällä niitä niin, että konfliktit ratkeaisivat kuin itsestään. Se kuitenkin haluaa viimeiseen asti välttää rikosoikeuden perinteisiä »konfliktinratkaisutapoja». On sinänsä aivan totta, että rikos on rikosoikeuden luoma ilmiö, jota ei olisi olemassa ilman sen synnyttävää normistoa ja tuota normistoa soveltavaa ja täytäntöönpanevaa viranomaiskoneistoa.

Oikeudellisiin käsitteisiin ja periaatteisiin, Tuorin oikeuden tasottelussa oikeusideologisen tason ainekseen, tukeudutaan valikoivasti sen mukaan, mihin suuntaan käsitteeseen tai periaatteeseen tukeutuminen johtaa käytännön ratkaisutoiminnan kannalta. Oikeusideologiselta kannalta käsitteitä ja periaatteita tulkitaan tarkoituksellisen yksipuolisesti sen mukaan, mikä rajoittaa ja supistaa rangaistavuutta. Strategisena ohjelmana abolitionistinen rikoslainoppi johtaa perususkomuksistaan tavan valikoida oikeudellisesta aineksesta se osa, joka sopii yhteen näiden uskomusten kanssa.

Jos tahdotaan kytkeä oikeustiede eettisyyden vaatimukseen, ja eettisyys vielä käsitetään toleranssia korostavana ja erilaisuutta arvostavana vastuun etiikkana, saattaa olla, että nykyinen rikosoikeus ja sen erilaiset yhteiskunnalliset ja rangaistusteoreettiset taustaoletukset ansaitsevatkin tulla kritisoiduiksi. Tältä osin ongelmana on vain se, että olisi täsmennettävä, millaiseen

yhteiskuntaan pyritään ja mikä tehtävä oikeudella olisi siinä. Jos tähän pyritään, on kuitenkin vaarallista tinkiä moraalisen kritiikin voimasta muotoilemalla ohjelma edes osaksi kriittisen lainopin tasolla. Ottamalla oikeusvaltiolliset rikosoikeuden periaatteet käyttöön taktisina keinoina, vaikka niiden tausta-ajatuksia ei hyväksytäkään, tullaan hyväksyneeksi rangaistusjärjestelmälle taas uusia perusteluita. Käytännöllinen lähtökohta, että jokin osa rangaistusten tuomitsemisesta tulee jäämään, pehmentää moraalisen kritiikin ja synnyttää väistämättä rikosoikeudelle uutta legitimaatiota. Rangaistusteoriakritiikki ja lainopin tason toiminta alkavat erkaantua toisistaan ja rakentuvatkin nyt erilaisille lähtöoletuksille. Rangaistusteoriakritiikki on taustasitoumuksiltaan »utopistisempi» ja radikaalimpi kuin lainopillisen tason teoria kriittisestä käytännöstä.

Yksi mahdollinen vastaus ristiriitaan on, että kiistetään tarve synnyttää yhtenäisiä teoriakokonaisuuksia. Oikeustiede on poliittista ja taktista, ja kukin voi suositella sitä, mihin itse uskoo. Päämäärän kannalta on tarkoituksenmukaista muotoilla abolitionismin tehtävät eri tavoin oikeusjärjestelmän eri toiminnallisilla tasoilla. Pääasia on taistelu rikosoikeutta vastaan, osaksi sen itsensä antamin asein. Moniarvoisessa maailmassa ei muutenkaan tarvitse sitoutua varsinaisiin sisällöllisiin yhteiskuntautopioihin, jokin käsitys oikeasta kehityksen suunnasta riittää. Tästä syystä sisällöllinen luonnonoikeudellinen teoria on mahdottomuus. Teoriat ovat muutenkin epäilyttäviä: parasta on kuunnella sisäistä ääntä ja omia kokemuksiaan lähestyessään toista tai oikeuden tekstejä.[22] Eettisyyden ja oikeudenmukaisuuden vaatimus ei kuitenkaan ole sulkeutunut oikeuden ulkopuolelle. Se täytyy esittää pienissä kysymyksissä. Laki on dekonstruoitavissa, oikeus itse ei ole.[23]

Kehittäessään abolitionismin ohjelmaa kriittisen lainopin suuntaan Hirvonen myös aavistuksenomaisesti lähestyy Lappi-Seppälän kriminaalipoliittisen ajattelun lähtökohtia. Rikosoikeus voi ehkä sittenkin olla jossakin vähäisessä mitassa justifioitavissa, ja rangaistavuutta tulisi määrittää ei pelkästään moraalisten vaan myös hyötynäkökohtien varassa. Jos abolitionistinen lainoppi on käännettävissä niin päin, että se osa käytännöstä, jota ei vaadita

---

[22] Hirvosen polysentrinen »oikeuskäsitys» välttää kaikenlaista kiinnittymistä ehdottomiin perustuksiin, mikä tekee siitä vapaasti virtaavaa ja polveilevaa monosentrisen oikeusvaltiokertomukseen uskovan oikeustieteen kritiikkiä. *Hirvonen* 1993, 40–56. Abolitionismista ja toiseudesta (tai toisesta abolitionismista) ks. myös *Hirvonen* 1992, 49–80. Viime mainitussa kirjoituksessa myös mm. dekonstruoidaan abolitionismin omaa kertomusta.

[23] Ks. *Derrida* 1992, 3–67 (14–15).

hylättäväksi, saa epäsuorasti lainopista myös legitimaatiota, ollaan varsin lähellä Lappi-Seppälän kantaa. Toisaalta mitä selvemmin korostetaan abolitionistisen ohjelman yhteyttä uudentyyppiseen eettisyyden vaatimukseen, sitä selvemmin erotkin taas tulevat esiin.

Lappi-Seppälän selvänä tavoitteena on rakentaa kattava teoria, joka mahdollistaisi rikosoikeuden eri tasoilla (kriminalisoinnit, rangaistukseen tuomitseminen, rangaistuksen täytäntöönpano) oikeudellisesti kontrolloidun rationaalisen harkinnan ja kaikkien käytäntöjen justifikaatioehtojen tarkan muotoilun. Konseption suurin ongelma on: mikä on rikosoikeusjärjestelmän raja suhteessa eettisyyden ja kriminaalipoliittisen rationaalisuuden vaatimukseen? Miten pitkälle teorian tuottama kritiikki ja legitimaatio ulottuu? Justifikaation ehtojen näkökulmasta voisi saman sanoa toisin: Jos justifikaation ehdot ovat nykyisen rikosoikeusnormiston kannalta ongelmalliset, tulisiko vastaavasti rangaistusteorioiden kriittinen potentiaali saada näkyviin rikosoikeusteoreettiselta kannalta silloin, kun liikutaan rikoslainopillisen tutkimuksen tai tuomitsemistoiminnan tasolla? Tulee muistaa, että justifikaation ehdot ovat vasta ehtoja, eivät itse justifikaatio.

Kun siirrytään rikoslainopin pariin, on Lappi-Seppälänkin eettisesti ja kriminaalipoliittisesti perustettu teoria muunnettava käytännön rikoslainopin teoriaksi. Jos justifikaatio on jäänyt todellisuudessa vain osittaiseksi, tulisi tuo aukko paikata käytännön ohjeilla. Olisi muotoiltava vastaavantyyppinen kriittisen – nyt varmaankin myös: vaihtoehtoisen – lainopin ohjelma, jolla saataisiin justifikaatio ulottumaan käytännön kaikille tasoille. Lappi-Seppälän ongelmaksi jäänee joko 1) se, että justifikaatioehdoista ei seuraakaan voimassaolevaa rikosoikeuden järjestelmää koskevia muutosvaatimuksia, jolloin teoria sittenkin paljastuu rikosoikeuden yleiseksi rangaistusteoreettiseksi legitimaatioksi, tai sitten 2) voi tulla vaikeudeksi selittää, miten nykyisen lainsäädännön irrationaalisuudet olisivat häivytettävissä ilman, että väljennetään rikosoikeuden kytkentää säädännäiseen oikeuteen.

Kuten edellä mainittiin, jo esimerkiksi klassisten oikeusvaltiollisten rakenteiden perustelu rangaistusteoreettisesti voi kohdata vaikeuksia. Toisaalta sellaisessa kriittisessä lainopissa, jossa soveltamistehtävän luonne otetaan vakavasti, jää aina mahdollisuuksia toteuttaa soveltamisratkaisussa yleisiä oppeja ja esimerkiksi niihin kuuluvia oikeudenalakohtaisia periaatteita. Tässä työssä on useaan otteeseen korostettu teleologisen laintulkinnan merkitystä. Soveltamisnäkökulma avaa automaattisesti sellaisen vähintäänkin kaksitasoisen ja siten kriittisen näkökulman sovellettavaan normiin, jossa lain tarkoituksen selvittäminen edellyttää lakitekstin lisäksi muihin tulkintaperusteisiin viittaamista. Kriminaalipoliittisen funktionalismin perusongelma olisikin rat-

kaistavissa niin, että kriminaalipoliittinen argumentaation arvo olisi suoraan yhteydessä normien tarkoituksien selvittämiseen. Tämä voisi olla mahdollista, mutta edellyttää kriminaalipolitiikan hyvin laajaa ymmärtämistä. Kriminaalipolitiikkaan eivät kuulu pelkästään kapeasti käsitetyt preventioteoriat, vaan kriminaalipolitiikassa on samalla kyse oikeusjärjestyksen toteuttamisesta. Kriminalisointiratkaisut on suhteutettava muuhun osaan oikeusjärjestystä. Teleologisen laintulkinnan avulla kriminaalipoliittiset argumentit voidaan saada oikeusjärjestyksen sisäiseen käyttöön. Esimerkiksi vanhentuneille arvoille perustuvan kriminalisoinnin desuetudon voi nähdä tuloksena tällaisesta kriminaalipolitiikan »suorasta» vaikutuksesta.[24] Luonnollisesti sellainen tarpeeton kriminalisointi pitäisi kumota heti tilaisuuden tullen.

Olen edellä tukeutunut useassa yhteydessä myös ajatukseen oikeudellisten ratkaisujen avoimuudesta ja argumentatiivisuudesta. Monet yleisten oppien »rakenteet» sääntelevät vain argumentaation puitteita, mutta eivät sanele harkinnan lopputulosta. Kuten edellä on esitetty, ei ole tarpeen pyrkiä luomaan rikosoikeudellisen lainsäädännön avulla eikä soveltajan tulkinnoinkaan niin tarkkaan säänneltyä ja täsmennettyä rikosoikeuden järjestelmää, että esimerkiksi oikeuskäytännön yhtenäisyys täydelleen saavutettaisiin. Oikeusperiaateargumentaatio samoin kuin perusoikeusargumentaatio tulevat joka tapauksessa osaksi rikosoikeudellista lainsoveltamista, on sitten kyse käyttäytymisnormin rikkomisesta tai vaarantamis- tai loukkaamisrikoksesta. Ns. kriittisen positivismin teoriassa on etuna se, että oikeudellisen argumentaation monitasoisuus saadaan esitetyksi. Erityyppiset oikeudelliset instituutiot ja argumentteina käytettävät perusteet voidaan perustella yhteyksillä oikeudellisen järjestelmän muille tasoille. Oikeudellisen kritiikin tunnusmerkki on vain se, että kritiikin mittapuut ammennetaan oikeuteen jo kuuluvasta aineksesta. Oikeuden tasojen ja argumentaation suhdetta määrittävät erityisesti kritiikki- ja legitimaatiosuhteet.[25]

Modernin rikosoikeuden kehitystendenssit voi siten nähdä perimmältään sääntelytarpeista nousevana rationaalistumisena, kun rikosoikeudellista järjestelmää on pyritty suuntaamaan myös uudentyyppisten uhkien torjuntaan. Tuota kehitystä voinee pitää välttämättömänä. Rikosoikeuden alan on seurattava suurin piirtein oikeusjärjestyksen yleisempää kehitystä. Olisi erikoista, ellei esimerkiksi ympäristönsuojelun kasvava merkitys mitenkään heijastui-

[24] Yksi perinteinen esimerkkitapaus on oikeusteoriassa analysoitu desuetudo-tilanne, joka voidaan ymmärtää eräänlaisena negatiivisena tapaoikeutena.

[25] Ks. tasojen välisistä suhteista esimerkinomaisesti *Tuori* 1997, 401.

si rikosoikeuden alaan ja oppeihin oikeushyvistä. Rikosoikeuden käsitteistö ja sen yleiset periaatteet eivät olennaisesti estä kohdealueen painopistemuutoksia. Ne asettavat vaatimuksia lähinnä siihen tapaan, jolla sääntelyt toteutetaan ja niitä sovelletaan.

Lappi-Seppälä on muotoillut suhteellisen yhtenäisen teorian muotoon pääosan siitä aiemmin jäsentymättömästä uskomusmassasta, jonka varassa rikosoikeuden hyväksyttävyyden on katsottu lepäävän. Lappi-Seppälän tavassa perustella rikosoikeuden hyväksyttävyyttä on paljonkin yhteyttä Raimo Lahden useassa yhteydessä jo 1970-luvulta alkaen kehittelemään malliin rikosoikeuden järjestelmän rationaalisuuden kolmentyyppisistä ehdoista.[26]

Lahden malli on Lappi-Seppälän mallia selvemmin rationaalisen kriminaalipolitiikan ohjelmajulistuksen luonteinen, eikä sitä ole toistaiseksi kovin pitkälle työstetty lainopin tasolla toteutettavaksi. Lahti pyrkii teoriassaan yhdistelemään arvo- ja tavoitenäkökohtia. Hän lienee sinänsä hyvin optimistinen sen suhteen, että kummankintyyppiset näkökohdat voidaan saada tyydyttävästi otetuiksi huomioon rikoslainopin tasolla.[27] Lahden suunta on aivan sama kuin Lappi-Seppälän.[28] Lahti ei aseta kysymystä siitä, miten rationaalisuusehtojen ja voimassaolevan oikeuden mahdollinen ristiriitatilanne olisi ratkaistava. Sen vuoksi onkin mahdollista, että tuontyyppinen teoria menet-

[26] Viimeisimpiä Lahden tätä koskevia kehitelmiä ovat *Lahti* 1990a, 55–85, ja *sama* 1994, 5–17.

[27] Lahti korostaa käsittävänsä kriminaalipolitiikan hyvin väljästi. Sen alaan kuuluu myös arvorationaalisia periaatteita. Hän ei hyväksy sitä, että esimerkiksi rikosoikeudellisen käsitteen- ja systeeminmuodostuksen katsottaisiin lähinnä palvelevan ratkaisutoiminnan helpottamista, vaan näkee niiden muodostamisen taustalla arvoperiaatteita. Samalla kuitenkin edistetään myös tavoitteiden toteutumista. Lahti näkee preventiotavoitteiden saavan vaikuttaa rangaistavuuden edellytysten sisällölliseen määrittelyyn, vaikkakin preventiotavoitteisiin voitaisiin turvautua myös kyseenalaisilla tavoilla. *Lahti* 1990a, 78–83.

[28] Lahti välttää väittämästä teoriamallia suoranaisesti omakseen. Esimerkiksi artikkelissa *Lahti* 1990 hän lähinnä täsmentää nykyisessä ajattelussa hyväksyttyjä käsityksiä. Täsmentäessään kriminaalipolitiikan sisältöä hän myös tukeutuu voimakkaasti lainvalmisteluaineistoon. Tämä vaikeuttaa kannanottoa siihen, miten pitkälle rikosoikeuden taustauskomukset ovat kiinni tieteellisessä tiedossa, ja missä määrin ne kuuluvatkin lainsäätäjän harkintavaltaan. Lahti, joka on merkittävästi ollut mukana lainvalmistelutyössä, on itse valtiolliseen kriminaalipolitiikkaan nähden kaksoisroolissa. Tutkijana hänen ei olisi ehkä tarpeen niin voimakkaasti korostaa kriminaalipolitiikan auktoritatiivista määrittelyä lainvalmisteluaineistossa. Toisaalta lukemalla kriminaalipolitiikka laista ja lainvalmisteluasiakirjoista päästään varmastikin suhteellisen yhdenmukaiseen käsitykseen sitä, mitä kriminaalipolitiikkaa mikäkin laki edustaa. Ks. tarkemmin *Lahti* 1990a, 57–69.

tää kriittistä ulottuvuuttaan tai jää korostetusti yleisen kriminaalipolitiikan tasoiseksi.[29] Lahden konseptiossa ns. rinnakkaispäättelyn ajatus on keskeinen. Tarkoituksenmukaisuus- ja oikeudenmukaisuusargumentteja pidetään siinä määrin samansuuntaisina, ettei näiden näkökohtien ristiriitaisuuden tai vastakkaisuuden mahdollisuutta tarvitse ottaa vakavasti huomioon.

6. Oikeuspositivistisen ajattelun laventaminen?

Edellä on katsottu, ettei yksitasoiseen oikeuspositivismiin ole syytä rikosoikeuden alalla. Käytännön lainopin olisi kuitenkin oltava sillä tavoin »positivistista», että oikeudellisen ja ei-oikeudellisen raja on pääpiirteissään määriteltävissä. Käytännön lainsoveltaja ei voi riitauttaa järjestelmän kaikkia perusteita kaiken aikaa. Jos oikeutta ei lainkaan voisi erottaa moraalista ja politiikasta, menetettäisiin oikeuden positiivisuuteen liittyviä etuja, kuten mm. se, että oikeus on muutettavissa ja kriminalisointi vaikkapa poistettavissa.

Onkin ehkä yllättävää, että äärioikeuspositivisti pystyisi parhaiten esittämään sen, minkä vuoksi lainsoveltaja ei koskaan voi paeta vastuutaan lainsäätäjän tai lainopin teorian selän taakse, vaan joutuu viime kädessä itse etsimään ja perustelemaan ratkaisunsa. Kelsenin puhtaassa oikeusopissa tilanne on juuri tämä.

Tuomioistuimen ratkaisu on Kelsenille lainsäädäntötoimenpiteeseen verrattava autenttisen tulkinnan akti, eikä pelkästään lain tai teorian mekaanista soveltamista. Jokainen lainsoveltamistoimenpide on samalla ylemmän normin varassa tapahtuvaa alemman normin luomista: vain pakkotäytäntöönpanosta puuttuu normin luomiselementti. Kelsenin mukaan tuomitsemista ei varsinaisesti voikaan oikeuttaa. Kysymys lain ja oikeuden oikeudenmukaisuudesta tai rationaalisuudesta jää väistämättä avoimeksi.[1] Oikeudellisessa diskurssissa ei voida asettaa tuota kysymystä lainkaan.

---

[29] Esimerkiksi *Laitinen – Aromaa* 1993, 185–194, kiinnittää varovasti huomiota harjoitetun ja rationaalisen kriminaalipolitiikan mahdollisiin eroihin.

[1] Se ei estä Kelseniä olemasta äärettömän kiinnostunut siitä, mitä oikeudenmukaisuus on. Ks. esim. hänen Helsingin yliopistossa pitämäänsä esitelmää *Kelsen* 1953, 632–658, jossa hän mm. pohtii (634): »Oikeudenmukaisuus on ensi sijassa yhteiskunnallisen järjestyksen mahdollinen, mutta ei välttämätön ominaisuus.» Rangaistusten oikeudenmukaisuuden osalta Kelsen toteaa jo vaikeudet osoittaa rangaistusten voivan saada aikaan

Puhtaassa oikeusopissa pyritään oikeuden ideologisoinnin sijaan sen deideologisointiin. Kelsen itsekin korostaa deideologisointiin liittyvää radikaalisuutta. Puhdas oikeusoppi on »radikaalisti realistinen oikeusteoria», joka »kieltäytyy arvostamasta positiivista oikeutta». »Tieteenä se katsoo yksinomaiseksi velvollisuudekseen positiivisen oikeuden käsittämisen olemukseltaan ja sen ymmärtämisen sen rakennetta analysoimalla. Erityisesti se kieltäytyy palvelemasta mitään poliittisia intressejä toimittamalla niille 'ideologioita', joiden avulla vallitseva yhteiskunnallinen järjestys osoitetaan oikeaksi tai vääräksi.»[2]

Siinä missä Hirvonen vaati oikeudelta eettisyyttä ja väkivallattomuutta, Kelsenin oikeusteorian »oikeusstaattisessa» osassa oikeus on puhtaasti pakottavaa valtaa. Oikeus on pakkojärjestys, joka on kuvattavissa vain sanktiointien kautta.[3] Oikeuden kannalta kaikki väärä on väärää sen vuoksi, että oikeus näin säätää. Kelsenin mukaan on itsestään selvää, että yhteiskunnallinen vahingollisuus on syy siihen, että jokin teko tai laiminlyönti asetetaan pakkoaktin ehdoksi. Oikeusjärjestyksen »immanenttia sisältöä» katsottaessa tämä ei kuitenkaan vaikuta vääryyden käsitteeseen. Oikeushyvän käsite ei siten mitenkään vaikuta siihen, mikä oikeuden sisäisesti on oikeutta.[4]

Luonnonoikeudelliset oikeusjärjestelmät ovat Kelsenin mukaan olleet voimassaolonsa perusteen kannalta staattisia. Oikeusnormin velvoittavuus on myös sisällöllisesti katsottu riippuvaiseksi toisesta normista. Irroittamalla tämä kytkentä, ja perustelemalla normin velvoittavuus vain muodollisesti toisen normin mukaisuudella, saadaan esiin oikeusjärjestyksen dynaaminen luonne. Ylemmät normit eivät enää kontrolloi sisällöllisesti alempia normeja.

---

sen vaikutuksen, jota niillä tavoitellaan. Jo rangaistusten soveltuvuus välineiksi on siten kyseenalaista. Rationaalisuus ei ylipäätään ulotu oikeudenmukaisuuteen saakka: kaikki rationaalinen oikeutus voi ulottua vain keinojen tasolle. Rangaistusten oikeuttamiseksi olisi kuitenkin vielä oikeutettava itse tavoiteltava päämäärä. *Mt.*, 642–644. – Vastaavasti Lappi-Seppälän justifikaatiomallissa jäädään vaille lopullista päämäärän oikeutusta ja tyydytään lähinnä pragmaattiseen rankaisemisen rationaaliseen perustelemiseen keinona.

[2] *Kelsen* 1968, 119.

[3] Edellä viitattiin käyttäytymisnormien ja sanktionormien jaotteluun. Kelsenin sanktioteoria on puhtaasti pakkoon perustuvaa. Käyttäytymisnormien aineelliseen oikeushyväperusteluun ei ole tarvetta, mutta toisaalta sanktionkaan oikeutusta ei tarvitse erikseen perustella. Oikeudenmukaisuusperusteluiden tarpeen tunnustaminen sanktioiden kohdalla kertoo kulloisenkin teorian suhteesta Kelsenin pakkoteoriaan. Kelsenin kannalta ongelmaksi tulee se, voidaanko pakkoon perustaa sitovia velvoitteita. Ks. esim. *Vogel* 1993, 30; *Larenz* 1979, 74–84.

[4] *Kelsen* 1968, 121–125. Hänelle rangaistus on sanktio, eikä mitään erityisempiä rangaistusteoreettisia rankaisemisen »selityksiä» edes tarvita.

Kelsen hylkää erityisesti sen kannan, että normatiivisen järjestyksen huipulla oleva normi olisi sisällöllinen ja järjellisesti oivallettavissa. Tässä hänen kritiikkinsä kohteena on järjen yliarvostus. Normien asettaminen ei ole tiedon, vaan tahdon asia. Oikea normi ei ole rationaalisen tiedon kysymys.[5] Näin tullaan »oikeusdynamiikkaan», positiivisen oikeuden teoriaan.

Puhtaassa oikeusopissa oikeus itse sääntelee oikeuden luomista, sitä mistä voi tulla oikeutta. Valtiosääntö voi kuitenkin asettaa rajoja sille, mistä voi tulla oikeutta. Perusoikeudet hän tulkitsee yritykseksi estää tietynsisältöisten, siis näitä oikeuksia loukkaavien lakien syntyminen.[6] Kelseniläinen teoria ei siis ole aivan vailla kytkentää oikeudelliseen arvoperustaan, mutta tuon kytkennän tulee aina olla oikeuden sisäinen.

Kelsen ei hyväksy sitä, että tuomioistuintoiminta rinnastuisi epäitsenäisten täytäntöönpanoelinten toimintaan. Lainkäyttäjän täydellinen sidonnaisuus toimessaan johtaisi tähän. Jos toisaalta tuomioistuimet loisivat oikeutta täysin vapaasti, tultaisiin toisenlaiselle rajalle. Kelsenin mukaan oikeus oikeuden luomiseenkin perustuu viime kädessä ylempään yleiseen normiin, joka tässä tapauksessa olisi puhtaasti tuomarin toimintaansa kvalifioiva toimivaltanormi. Puhtaan oikeusopin mukaisesti tuomarin ratkaisu on voitava aina katsoa valtion ratkaisuksi, syyksilukea valtion tiliin.[7]

---

[5] *Kelsen* 1968, 209–210. – Lappi-Seppälän ja Lahden luottamus kriminaalipoliittiseen järkeen oikeuden sisältöjen kontrolloinnissa johtaa ehkä sinänsä lainsäätäjän tahdon vähättelyyn muodollisena argumenttina. Oikeus olisi siis myös velvoittavuutensa näkökulmasta tiedon asia. Lappi-Seppälä on joutunutkin haastavan tehtävän eteen todistellessaan törkeän rattijuopumuksen rajan alentamisen jälkeen sitä, että koska lainmuutoksella ei ollut todellista järkevää kriminaalipoliittista perustetta, mitään olennaista muutosta rangaistuskäytäntöön ei varsinaisesti tahdottukaan. Lappi-Seppälän kannanotot ovat kuitenkin hyvin perusteltuja: tässä tapauksessa lainsäätäjä ei ollut selvästi ottanut huomioon niitä kokonaisvaikutuksia, joita rangaistuskäytännön koko skaalan muuttaminen olisi tuottanut. Lappi-Seppälä esittääkin suosituksia, joilla voitaisiin palvella sekä lainsäätäjän tahtoa että kriminaalipoliittista rationaalisuutta. Ks. tarkemmin *Lappi-Seppälä* 1994b, 742–767 (erit. 759–760); *HE* 18/1992 vp., 7.

[6] *Kelsen* 1968, 241–242. – Totta onkin, että perusoikeusnormien vain harvoin voitaisiin katsoa jo itsessään velvoittavan valtiovaltaa jonkin tietyn tuota oikeutta toteuttavan normin antamiseen. Esimerkiksi hengen ja terveyden asema suojattuina perusoikeuksina tuskin sellaisenaan edellyttää sitä, että maassamme tulee olla laki, joiden nojalla tällaisten oikeuksien rikkomisesta rangaistaan. Toisaalta esimerkiksi rotuerottelun toteuttamiseen tähtäävä laki voisi olla materiaalisesti valtiosäännön vastainen, ja siis sen puitteissa luotavaksi mahdoton. Tätä kautta oikeuspositivismi saa sisältöä, ja ainakin teoriassa oikeusjärjestyksen immanentti kritiikki tulee mahdolliseksi.

[7] *Kelsen* 1968, 252–254.

Vaikka tuomioistuin soveltaisikin lakia tai yleensä yleisiä normeja, se samalla myös luo oikeutta. Tämän todistukseksi Kelsen erottaa yleisnormin ja yksittäisen normin. Soveltaessaan yleisnormia tuomioistuin joutuu työstämään siitä yksittäisen, tapaukseen soveltuvan normin. Kelsen ei puhukaan tästä laintulkintana tai lainsoveltamisena, koska silloin hämärretään tuomion konstitutiivinen luonne.

Kelsen ei suoraan puhu oikeusperiaatteista ratkaisutoiminnassa.[8] Hän kuitenkin tunnistaa sen tilanteen, että tuomioistuin saattaa kohtuuden ja oikeudenmukaisuuden sitä edellyttäessä myös luoda sellaisen yksittäisnormin, joka ei perustu lainsäätäjän asettamaan yleisnormiin. Silloin Kelsenin mukaan tuomioistuin soveltaakin ei-positiivista, lainsäätäjän asettamatta jättämää yleistä oikeusnormia.[9] Tällainen menettely johtaa kuitenkin väistämättä siihen, että jos tuomioistuimen luoma yksittäisnormi ei perustu aikaisemmin asetettuun yleisnormiin, tällaisesta lainsoveltamisesta tulee taannehtivaa. Rikosoikeuden kannalta siis legaliteettiperiaatteeseen kuuluva taannehtivan lainsäädännön kielto jo yksin riittäisi perustelemaan sen, ettei tuomioistuin saa mennä ennalta asetetun yleisnormin asettamien rajojen ulkopuolelle.[10] Oman tutkimukseni kannalta olennaisempaa on kuitenkin se, olisiko tuomioistuimen sallittua esimerkiksi jonkin oikeusperiaatteen perusteella jättää sovel-

[8] Kelsen kritisoi Esserin varhaista oikeusperiaateteoriaa mm. siitä, että oikeuden luomista ei tule ymmärtää vain moraalin, politiikan tai tapojen asiaksi. Esimerkiksi ryhmien erityisintressit vaikuttavat lain luomisessa, mutta niitä ei silti voi kutsua oikeudellisiksi; muuten oikeus oikeuttaisi erityisiä intressejä. Periaatteet ovat lainsäätäjän tai muun lainluojan *motiiveja*, mutta niillä ei ole sitovaa luonnetta. Positiivinen oikeus voi vastata tällaisia periaatteita tai olla vastaamatta. Oikeusperiaateteoria olisi myös vastoin käsitteellisen ekonomian periaatetta. *Kelsen* 1991, 115–122. Kelsenin kannasta seuraa se, että Esserin oikeudelliseksi kokemukseksi kutsuma oikeuden osa sulkeutuu käytännössä oikeuden ulkopuolelle. Yleiset oikeusperiaatteet edustavat oikeudellista kokemusta, joten ne antavat myös oikeuden sisäisen oikeuden ja oikeudellisen arvion säännön. Kriittisen (oikeus)positivismin ohjelmassa onkin vaadittu tämän arvo- ja kokemussidonnaisen oikeuden tason hyväksymistä oikeuden sisäiseksi, siis suoraan vastoin Kelsenin kantaa. *Ewald* 1986, 40–43, 511. Kelsen ymmärtää siis oikeusperiaateteorian olevan yritys ylittää luonnonoikeusteorian ja oikeuspositivismin vastakkaisuus luomalla »kommunikaatioyhteys» oikeuden ulkoisten arvojen ja periaatteiden ja oikeuden sisäisten institutionaalisten arvojen välille.

[9] *Kelsen* 1968, 262: »Ainoastaan tuollaisen ei-positiivisen yleisnormin sovelluksena tuomioistuimen asettama yksittäisnormi on katsottavissa oikeutetuksi oikeudenmukaisuutensa perusteella.»

[10] Tämä vaatimus itse voidaan tietysti taas asettaa joko yleisnormina tai se voidaan käsittää kohtuus- ja oikeudenmukaisuusperusteiseksi.

tamatta muodollisesti soveltuva ennalta asetettu yleinen oikeusnormi. Tämä saattaa olla myös Kelsenin mukaan oikeutettua osana autenttista laintulkintaa.

Kelsenin opissa tuomioistuinten oikeudenluomisfunktio korostuu, koska niiden ei nähdä olevan yleisen normin antaman kehyksen sisällä oikeudellisesti sidottuja yksittäistä normia muotoillessaan. Kelsen torjuu sen vaihtoehdon, että jotta kaikille tapausten konkreettisille erityispiirteille voitaisiin tehdä oikeutta, olisi tyydyttävä puhtaasti tapauskohtaisen ratkaisun etsimiseen. Hänen mukaansa se edellyttäisi luonnonoikeudellista tietoa oikeudesta: oikeus voi olla positiivista vain yleisnormeina.[11]

Puhtaassa oikeusopissa sovellettava oikeus määrää puitteet laintulkinnalle, mutta ei enempää. Tuomion perustuminen lakiin merkitsee pysyttelemistä lain tarjoamissa puitteissa.[12] Mitään oikeustieteellistä metodia, joka voisi näiden puitteiden sisällä osoittaa yhden tulkinnan toista paremmaksi, ei voi olla.[13]

---

[11] Güntherin oikeusteoriassa yritetään ratkaista kelseniläistä ongelmaa yleisnormien soveltumattomuudesta yksittäisten tapausten oikeudenmukaiseen ratkaisuun erottamalla normien perusteludiskurssit normien soveltamisdiskursseista. Soveltamisdiskursseissa voidaan tähdätä juuri sen selvittämiseen, onko »asianmukaista» ja »soveliasta» soveltaa normia tietyssä tilanteessa. Günther jatkaa kantilaista moraalinormin perustelutapaa toisenlaisella käytännöllisen järjen sovellutuksella. Tällöin lainsoveltaminen tulisi siis käytännöllisen järjen piiriin tai ainakin jollakin tavoin sen yhteyteen. Güntherin yritys on tietysti yhteydessä myös Alexyn analyysiin oikeudellisesta argumentaatiosta osana yleistä praktista moraalidiskurssia, mutta erottamalla soveltamisen perustelemisesta hän lähestyy kysymystä paljon selvemmin myös tapausten konkretian ja erilaisuuden näkökulmasta. Ks. *Günther* 1988, passim.; *Alexy* 1983, passim.

[12] On vaikea käsittää, miten yleisen oikeusnormin määräämät puitteet toisaalta voisivat olla tunnettavissa ilman laintulkintaa. Kelseniä on oikeutetusti usein arvosteltu siitä, että häneltä puuttuu kokonaan oppi laintulkinnallisesta argumentaatiosta. Lähes vastaava puute vaivaa myös hartilaista oikeuspositivismia; erona kuitenkin se, että Hart edes havaitsee tulkinta- ja argumentaatio-opin tarpeellisuuden. Ks. yleisesti *Pawlik* 1993, 44–56.

[13] Perinteinen oikeustiede esittää tulkintatapahtuman »ikään kuin kysymys olisi pelkästä älyllisestä selitys- tai ymmärtämisaktista, ikään kuin oikeudenkäyttöorgaanin olisi pantava liikkeelle vain järkensä, ei tahtoaan, ja ikään kuin käsillä olevista mahdollisuuksista voitaisiin puhtaan järjentoiminnan avulla valita positiivisen oikeuden mukainen, positiivisen oikeuden tarkoittamassa mielessä oikea». *Kelsen* 1968, 366. Kantilaisittain Kelsenin käsitys laintulkinnan täydellisestä oikeustieteellisestä perustelemattomuudesta tuntuisi heijastelevan Kantin kolmannen kritiikin mukaista kantaa siitä, ettei esteettisiä makuarvostelmia voi perustella. Hyvä maku on itsestään täysin varma. Kantin mukaanhan estetiikka ei lainkaan ollut tietämisen aluetta. *Kant* 1991, 67–68.

Kelsenin tieteelliseen laintulkintametodiin suuntaama kritiikki muistuttaa hieman Gadamerin hermeneuttista lähtökohtaa: tekstin ymmärtäminen ei voi ainakaan olla yksinomaan ymmärtämisen tieteellistä metodia koskeva kysymys. *Gadamer* 1990, 330–346.

Tulkintojen priorisointi ei olisi lainkaan oikeusteoreettinen ongelma. Todellisuudessa tuomioistuimet etsinevät sellaista tietämystä, joka jonka avulla tulkintoja voisi priorisoida toisiinsa nähden, mutta sitä ei voi löytää positiivisesta oikeudesta.[14]

Jos yleisen normin antamien rajojen puitteissa laintulkinta jää kokonaan oikeudellisen kontrollin ulottumattomiin, tulee luonnollisesti tähdelliseksi tarkkaan määrittää se, mikä on oikeudellista tulkintaa ja miten se eroaa muusta oikeuden tulkinnasta. Kelsenin mukaan vain tuomioistuinten suorittama laintulkinta on autenttista ja oikeutta luovaa. Edes oikeustieteellinen tulkintatyö ei millään tavoin saa vastaavaa asemaa. Erehtyessään suosittamaan joitakin laintulkintoja toisten yhtä mahdollisten kustannuksella oikeustiede muuttuu oikeuspolitiikaksi.[15] Oikeustieteellä ei ole oikeusnormin antamaa auktoriteettia autenttiseen laintulkintaan. Tuomari on oikeuden tulkki ja alkuperä siinä missä lainsäätäjäkin.[16] Kelsenin deideologisoivassa tarkastelussa tuomioistuin jätetään yksin oikeutta luovassa tehtävässään. Ratkaisupakko pakottaa luovaan tulkintaan, jossa oikeustieteellinen tieto ei voi olennaisesti olla apuna.

Kieltämällä voimassaolevan oikeuden järjestelmän perusteltavuuden ehdottomien arvojen pohjalta Kelsen saa aikaan paljolti saman kuin Jacques Derridan lain dekonstruktio. Kysymys oikeudenmukaisuudesta saadaan esitetyksi, kun osoitetaan, ettei siihen kysymykseen ole vielä vastattu, eikä siihen ehkä edes voi koskaan saada lopullista vastausta.

Jotakin samaa on siinä, että Nils Christien mukaan oikeustiede tulisi ymmärtää humanistiseksi tieteeksi. Oikeustieteen pitäisi nähdä itsensä tieteenä, joka puolustaa koettuja arvoja, eikä hävetä vanhanaikaisuuttaan. Sen pitäisi tunnustaa inhimillisen elämän ristiriitatilanteiden tuomitsemisen vaikeus:[17]

Kelsenille yksittäisnormin määrääminen on kuitenkin viime kädessä tahdon eikä ymmärtämisen asia, kun taas gadamerilaisittain hermeneuttinen ymmärrys saattaisi olla keino suojata oikeudellisten tekstien yhteyttä ja kokonaisuutta.

[14] Edellä kiinnitettiin huomiota siihen, että näin kuitenkin usein tapahtuu. Esimerkkinä oikeudenmukaisuuden vaatimus rangaistuksen mittaamisesta säätävässä oikeusnormissa.

[15] Samaan virheeseen syyllistyisivät niin dworkinilainen konstruktiivinen lainoppi kuin sille vaihtoehtoinen kriittinen lainoppi. Kelsen onkin melkoinen dekonstruktion edelläkävijä.

[16] Vrt. *Derrida* 1992, 3–67, erit. 11–15.

[17] *Christie* 1993, 199–200. Kaikkea käytännöissä ilmenevää ei ehkä edes pitäisi yrittää hallita tieteellisesti. Ks. tästä esim. *Fish* 1989, 392–398.

> Vaihtoehto tavalle mieltää lainsäädäntö annetuksi, jumalalta tai luonnosta peräisin olevaksi, on nähdä oikeuden perusperiaatteet jatkuvasti olemassaolevina, mutta konkreettisilta muotoiluiltaan yhä uudestaan ja uudestaan luotavina. Tämän vaihtoehdon mukaan oikeus ei koostu valmiista periaatteista, jotka tuodaan esiin käyttäen lainsäädännön tai yhteiskuntatieteiden muotoilemia menetelmiä vaan yleisestä tietämyksestä, jonka jokainen sukupolvi vuorollaan muotoilee laillisuuden periaatteiksi.

Edellä mainittu abolitionistinen rikosoikeuskritiikki on ottanut esille sen, että oikeusjärjestyksen perustavimmat arvot kertovat eräänlaisesta yhteiskuntautopiasta. Tämä puoli on usein unohdettu, kun on korostettu rikosoikeuden luonnetta kriminaalipolitiikan aktiivisena toteutusvälineenä.

Kriminaalipoliittisesti suuntautuneen ajattelun suurimmat ongelmat seuraavat siitä, että oikeutta tulkitaan ja systematoidaan niin pitkälle rationaalisuusoletusten varassa. Tahtoelementit väistyvät oikeusjärjestyksestä, jotta sitä voidaan tulkita rationaalisuuden ilmentymänä. Tuomioistuinten kädet sidotaan oikeusnormeilla ja oikeusperiaatteilla, ja vastaavasti lainsäätäjänkin kädet tulevat sidotuiksi kriminologisella tiedolla ja kriminaalipoliittisella ideologialla. Puhtaan oikeusopin mukainen käsitys laintulkinnasta taas johtaisi irrationaalisuuteen, koska se ei mahdollistaisi lainsäädännön ja lainkäytön rationaalisuuden kontrollia millään tavoin. Vaatiessaan rikosoikeuden rangaistusteoreettista justifikaatiota myös Lappi-Seppälä tulee kiistäneeksi oikeuden lainsäätäjän tahtoon palautuvan formaalisen justifikaation riittävyyden. Puhtaan oikeusopin teoriasta on samalla irtauduttu. Mutta kuinka pitkälle voidaan tukeutua kriminaalipolitiikan ja rationaalisesti konstruoidun moraalin periaatteisiin oikeuden velvoittavuuden perusteluissa?

Lappi-Seppälän käsitys tulee suhteellisen lähelle kriittistä oikeuspositivismia. Kummassakin annetaan jokin paino niin oikeuden syntyyn liittyville lähinnä formaaleille näkökohdille kuin myös tuon oikeuden rationaalisuudelle. Oikeuden rationaalisuus jää joka tapauksessa vain ehdolliseksi, eli riippuvaksi siitä, että lainsäätäjä todella on käyttänyt oikeudenluomisen valtaansa järjen ohjaamana.[18] Tässä työssä on tukeuduttu kriittisen positivismin joihin-

[18] Hegel erottaa oikeusfilosofiassaan kaksi tilannetta: 1) laki voi erota sisällöltään sinänsä oikeasta eli filosofisesti perustellusta oikeudesta abstraktina instituutiona (212 §), mutta 2) toisaalta laki positiivisena oikeutena ei pelkästään todellistamansa ideaalisen järjellisyyden varassa ole sovellettavissa yksittäistapaukseen (214 §). Esimerkiksi aivan tietyn rangaistusseuraamuksen määräämistä ei voida osoittaa toista järjellisemmäksi. Käytännöllinen ratkaisupakko vain tekee välttämättömäksi päästä ratkaisuun. Ks. *Hegel* 1989, 212 ja 214 §:t.

kin perusajatuksiin. Ne tarjoavat mahdollisuuksia oikeuspositivismin sellaiseen tulkintaan, jossa oikeuden sisällä voi vaikuttaa oikeuden oikeutta, oikeuden arvioimisen sääntöjä. Habermas pyrkii yhdistämään demokraattisen oikeusvaltion rekonstruktiossaan sellaisia elementtejä, jotka yleensä on perusteltu toisista erillään. Oikeusvaltio onkin valtio, jota ei leimaa niinkään oikeuden täsmällinen määräytyneisyys, vaan myös se, että kansalaiset tunnustavat toisilleen oikeuksia, jotka perusoikeuksiksi positivoituina antavat oikeuden arvioimisen mittoja. Oikeusperiaatteiden perusteltavuus perusoikeuksien tapaan mahdollistaa sen, että oikeudellisen argumentaation perusteet voivat itse kuulua oikeuteen. Tämä koskee paitsi arvo- myös tavoiteperiaatteita. Lainopin teoriassa kriittisyys edellyttää monitasoisuutta, joka soveltamistilanteessa mahdollistaa siirtymisen materiaalisen harkinnan suuntaan. Normien tarkoituksia koskevalla argumentaatiolla on kyky yhdistää arvo- ja tavoitenäkökohtia. Soveltamistilanteessa tarkoitustulkinta kohdistuu enemmän normin sovellukseen kuin normiin itseensä.

Kriittisessä oikeuspositivismissa valtiosäännön tasoisen viimekätisen oikeudellisen arvo- ja tavoitenormiston merkitys korostuu eräänlaisena yleisenä referenssinä. Myös yhteiskuntakehitystä suuntaavia ihanteita kirjataan yhä enemmän valtiosääntöön. Valtiosäännön tasoiset normit tekevät näistä tavoitteista oikeutta. Myös Roxinin rikosoikeusopissa on tällaisia elementtejä, joilla yritetään yhtäältä varmistaa rikosoikeusjärjestykselle jokin määrä sisällöllistä tasapuolisuutta ja järkevyyttä, mutta toisaalta jätetään liikkumavaraa tämänkin oikeusjärjestelmän osan kehitykselle. Rikosoikeuden sallittuja normatiivisia sisältöjä ei voida johtaa oikeusjärjestyksen ulkopuolelta. Toisaalta sallitun rikosoikeuden rajat ovat kiinni myös siinä, mitä tiedetään erilaisten käyttäytymistapojen haitallisuudesta ja vaikutuksista. Tällaisten kysymysten merkitys korostaa sitä enemmän, mitä etäisempi ja yleisempi on teon ja oikeushyvänloukkauksen yhteys. Roxinin esimerkki on lainsäätäjän suhtautuminen pornografiaan. Jos ollaan siinä käsityksessä, ettei aikuisten ihmisten pornografisten tuotteiden käyttö tuota mitään yleisempää haittaa, ei sitä saa myöskään kieltää. Jos toisaalta ilmenisi, että pornografian kulutus suoraan lisää seksuaalirikosten määrää, ei kriminalisoinnille olisi oikeushyvien suojelun näkökulmasta estettä.[19]

Tässä edustetun käsityksen mukaan laintulkintaa voidaan ohjata edellyttämällä lainsoveltajalta sellaista teleologista laintulkintaa, jossa niin preventiiviset kuin myös oikeusturvaa palvelevat näkökohdat tulevat otetuiksi huo-

[19] *Roxin* 1997, § 2 V Rn 15. – Ks. tästä kysymyksestä myös *Nousiainen* 1998.

mioon. Tällaisen mahdollistava teoria on väistämättä monitasoinen. Säädännäisen oikeuden justifikaatiokysymyksissä jo lainsäätäjän toteuttamien kriminalisointiratkaisujen painoarvo nousee. Jos lainsäätäjä tekee epärationaalisia ratkaisuja, niiden korjaaminen lainsoveltamisessa ei aina täysin onnistu. Tästä syystä on olennaista, että rikosoikeuden kriminalisointiperiaatteet mahdollistavat kriittisen suhteen jo lain säätämiskäytäntöön. Rikosoikeus ei tässä suhteessa poikkea muista oikeudenaloista. Tulkinnan ja systematisoinnin avulla pystytään mahdollisuuksien mukaan jonkin verran kohottamaan oikeudellisen aineksen rationaliteettia ja tuottamaan sille oikeuden sisäistä justifikaatiota. Olennaista on nähdä, ettei rikosoikeus ole muusta oikeusjärjestyksestä erillinen alansa, vaan siihen monin tavoin kosketuksissa. Rikosoikeudessa ei voida toteuttaa rationaliteettia, joka olisi vain sille erityinen.

ZUSAMMENFASSUNG

Handlung, Gefahr, Erfolg

Zu den philosophischen, kriminalpolitischen und dogmatischen Grundlagen der strafrechtlichen Zurechnung

I Einleitung

Die Kriminalisierung zum Beispiel des Diebstahls oder des Betrugs ist in der Weise verwirklicht worden, daß die Strafbarkeit an den Eintritt eines Schadenserfolges gekoppelt ist. Die Tatbestandsmäßigkeit der Tat setzt hierbei verschiedenartige Elemente voraus. Die Tat bzw. Unterlassung muß im engen Sinne dem im Tatbestand beschriebenen Verhalten entsprechen. Bei der Kriminalisierung müssen für die Strafbarkeit weitere zusätzliche Voraussetzungen gegeben sein. Bei einem Erfolgsdelikt hat die Tat außerdem entweder die konkrete Gefahr des Erfolgseintrittes oder einen direkten Verletzungserfolg hervorgerufen. Im deutschsprachigen Raum spricht man von Handlungs- und Erfolgsunrecht.

Die vorliegende Untersuchung hat derartige Strukturen der Zurechnung als ihr Objekt. Als Referenzrahmen dient das moderne Strafrecht und die das moderne Recht betreffende rechts- und gesellschaftstheoretische Diskussion. Die Abhandlung gliedert sich in vier Hauptkapitel. In der Einleitung werden bestimmte charakteristische Züge des modernen Strafrechtes geklärt. Das auf dem Wege der Gesetzgebung entstandene Recht hat sich u.a. in der Hinsicht gewandelt, daß die Bedeutung der selbständigen Gefährdungskriminalisierungen gewachsen ist und die vom Strafrecht geschützten Rechtsgüter sich verallgemeinert haben und somit in zunehmendem Maße die gemeinschaftlichen Interessen abdecken. Beide Entwicklungszüge üben einen Einfluß auf die Zurechnungsfragen aus, die in der Rechtspraxis zu lösen sind.

Bei herkömmlichen Erfolgsdelikten bildeten die von der Beziehung zwischen Handlung und Erfolg verlangten Voraussetzungen das wesentliche Pro-

blem der äußeren Seite der strafrechtlichen Verantwortung. Nicht alle Verursachungen konnten dem Täter eine Verantwortung für den entstandenen Erfolg begründen, und außerdem hat es nicht immer darüber Gewißheit gegeben, was mit Verursachung genau genommen gemeint war. Die strafrechtlichen Kausalitätslehren sind als Antworten auf derartige Problemsituationen entwickelt worden. Je naturalistischer der Deliktsbegriff war, den man sich zu eigen gemacht hatte, desto stärker lag das Gewicht auf dem eingetretenen Erfolg als solchem bzw. auf der Gefahr des Erfolgseintritts.

In dieser Abhandlung gehen wir von der Auffassung aus, daß die strafrechtliche Zurechnung sich stets auf normative Kriterien stützt. Diese normativen Kriterien erhält man als besonderen Teil der Tatbestandsmerkmale, in denen die Kriminalisierungen sprachlich ausformuliert sind. Auch die allgemeinen Lehren des Strafrechtes bilden als solche den allgemeinen Rahmen der Rechtsanwendung, der einen Einfluß auf die Ausformulierung der zu stellenden Fragen nach der Verantwortung und der Entscheidungsfindung hat. Die allgemeinen Lehren des Strafrechtes reflektieren die Aufgaben, die dem Strafrecht gestellt werden, und hierdurch auch die Auffassung von der Berechtigung der Strafe.

Im modernen Strafrecht wird die Forderung akzentuiert, daß das strafrechtliche System Rechtsgüter zu schützen hat. Dem Strafrecht werden kriminalpolitische Aufgaben gestellt. Der bei den herkömmlichen Erfolgsdelikten eingetretene Erfolg war relativ leicht als rechtswidrig oder geradezu als Verletzung eines privaten Rechtes hinzustellen. Auf der anderen Seite hat man schon seit langem verstanden, daß die Normen des Strafrechtes nicht nur die Verursachungen des Erfolgs regulieren, sondern als Inhalt auch menschliches Verhalten haben. In den strafrechtlichen Kausalitätslehren wurden in Wirklichkeit normative Zurechnungsregeln entwickelt, mit denen die Verantwortung des Täters von weitergehenden Erfolgen abgegrenzt wurde.

In dem wohlfahrtsstaatlichen Strafrecht herrscht deutlich ein Druck in die Richtung, den Bereich der Kriminalisierungen zu erweitern. Diese Entwicklung gründet sich zum Teil auf Entscheidungen des Gesetzgebers, zum Teil dagegen auf die Herausbildung des allgemeineren strafrechtlichen Denkens. Der Umstand, daß der Gesetzgeber immer mehr Gefährdungskriminalisierungen schafft, ist ein Zeichen dafür, daß die Kriminalisierungen, die den Eintritt eines Erfolges voraussetzen, vom Standpunkt des Schutzes der Rechtsgüter als nicht ausreichend angesehen werden. Besonders in den Fällen, wenn der Eintritt des Erfolges nicht in der Absicht des Täters gelegen hat, ist die Hervorhebung der Rolle verschiedener Schutznormen das zentrale Mittel gewesen, die aus dem Verhalten herrührenden Nachteile zu re-

gulieren. Das Strafrechtskomitee, das in Finnland in den siebziger Jahren tätig gewesen war, hat in seinem Bericht vorgeschlagen, das Schwergewicht spürbar in die Richtung der Gefährdungshaftung zu verschieben.

Das gefährdungsbetonte Denken ist auch der herkömmlicheren Regulierung nicht ganz fremd gewesen. In der wissenschaftlichen Literatur sind Erfolgsdelikte bereits gegen Ende des 19. Jahrhunderts in der Weise betrachtet worden, daß verlangt wurde, die Tat müsse auch gefährlich in Hinsicht zum Eintritt des Erfolges sein. Die wissenschaftliche Betrachtungsweise der menschlichen Tätigkeit wandelte sich seinerzeit, als man das Recht deutlicher als zuvor von dem Standpunkt aus betrachtete, wie gut es den Schutz der Interessen der Gesellschaft und der Individuen diene. Auch bei der traditionellen Lehre über die Zurechnung des Erfolges waren solche Elemente entwickelt worden, die man in der modernen Terminologie als zum Handlungsunrecht gehörend bezeichnen kann. So wurde zum Beispiel die Vorhersehbarkeit, die zur adäquaten Kausalität gehörte, aus dem Gesichtswinkel des Täters heraus beurteilt. Die Vorhersehbarkeit konnte man häufig darauf gründen, daß die Tat in bestimmter Weise in der Richtung des Erfolges gefährlich war. Der Täter wurde wegen des Erfolges deswegen zur Verantwortung gezogen, weil die Folge seiner Tat vorhersehbar war. Der Vorwurf, der an den Täter gerichtet wurde, konnte man in diesen Situationen vor allem darauf beziehen, daß er eine solche Handlung in Angriff genommen hatte, von der die besagten Folgen zu erwarten gewesen waren.

Die traditionelle, erfolgsbezogene Kriminalisierungstechnik grenzte den Bereich der Strafbarkeit relativ deutlich ein. Im Kerngebiet der strafrechtlichen Verantwortung bildeten die Gefährdungskriminalisierungen deutliche Ausnahmen. Die Gefährdung wurde nicht der Verursachung von Schäden gleichgestellt. Im Kernbereich des Strafrechtes bedeutete die Ausrichtung auf die Regulierung faktischer Verletzungen von Rechtsgütern eine Selbstbeschränkung des Strafrechts und damit einen Schutz der Staatsbürger vor durch das Strafrecht geschehenden Eingriffen. Die rechtsstaatlichen Rechtsschutzgarantien des Strafrechtes wogen mehr als die Forderungen, mittels des Strafrechtes den Rechtsgütern Schutz zu gewähren.

Die Ausgangspunkte meiner Untersuchung sind zum einen bestimmte Grundfragen der strafrechtlichen Verantwortung, zum anderen der Zustand des Strafrechts. In diesem Zustand bestehen bezüglich der Strukturen der Zurechnung gewissen Spannungen. Es ist zu bemerken, daß auch in allgemeinerem Sinne derartige Spannungen für das moderne Recht typisch sind.

In dem ersten Kapitel der Abhandlung werden die Elemente der allgemeinen Lehren des Strafrechtes und die verschiedenen Möglichkeiten geklärt,

aus diesen Modelle für die strafrechtliche Verantwortung aufzubauen. In dem rechtsstaatlichen und wohlfahrtsstaatlichen Denken werden zum Teil voneinander abweichende Aufgaben der allgemeinen Lehren betont. In den wohlfahrtsstaatlichen Interpretationen wird die kriminalpolitische Sicht auf das Strafrecht hervorgehoben, was sich zugleich in einer Betonung der Präventionsaspekte ausdrückt.

Es werden verschiedene Skizzierungen von den allgemeinen Lehren veranschaulicht, indem zwei unterschiedliche Modelle miteinander verglichen werden. Das rechtsstaatliche Modell von Wolfgang Naucke und das kriminalpolitisch ausgerichtete Modell der strafrechtlichen Verantwortung von Claus Roxin werden einander gegenübergestellt. In dem Denken von Naukke, einem Mitglied der sog. Frankfurter Schule, werden der Zusammenhang des Strafrechtes mit der Moral und die im Strafrecht durch die historische Erfahrung gewonnene kritische Einstellung zur Kriminalpolitik und zu den diese stützenden Wissenschaften betont. In den Auffassungen von Roxin wiederum müßte das Strafrecht gerade unter demjenigen Aspekt rationalisiert werden, unter dem auch dessen Aufgaben gestellt werden. Die kriminalpolitischen Aufgaben des strafrechtlichen Systems müßte man zu Begriffsbestimmungen der allgemeinen Lehren verarbeiten, damit dies realisiert werden könne. In den Auffassungen von Roxin betrifft ein mögliches Problem die Frage, ob die kriminalpolitische Schutzfunktion schon zu sehr auf Kosten der rechtsstaatlichen Rechtsschutzfunktion betont werde.

Die Antwort auf die Frage wird in der allgemeineren rechts- und gesellschaftstheoretischen Diskussion gesucht. Die Rechts- und Gesellschaftstheorie von Jürgen Habermas sucht zu verdeutlichen, daß die Stellung von wohlfahrtsstaatlichen Aufgaben an das Recht nicht dazu führen dürfe, daß man die wohlfahrtsstaatlichen Ziele anstrebt unter Ignorierung der rechtsstaatlichen Formen und Einschränkungen. Bei dem auf dem Wege der Gesetzgebung entstandenen Recht werden die Strukturen der rechtlichen Verantwortung immer mehr vom Gesetzgeber vorgegeben. Erst der Gesetzgeber entscheidet darüber, mit welchen konkreten Zielen die Rechte des Individuums realisiert und geschützt werden. Somit wird zum Beispiel mittels der Kriminalisierungen darüber entschieden, was für ein Verhalten sanktionsfrei ist und somit zum Bereich der Handlungsfreiheit gehört und was für ein Verhalten dagegen zu sanktionieren ist. Als Begründung für die Sanktionierung wiederum dient der Nutzen für die zu schützenden Rechtsgüter, der mit derartigen Einschränkungen zu erreichen ist. Aufgrund des Rechtsdenkens von Habermas und Ronald Dworkin ist zu sehen, daß bei einer solchen Gleichgewichtsabwägung kein Hindernis für Veränderungen besteht. Falls mit legis-

lativen Mitteln Handlungsfreiheiten beschnitten werden, gründet sich dies in jedem Fall auf gemeinsamer politischer Willensbildung. Zu dem auf dem Wege der Gesetzgebung entstandenen Recht gehört die Eigenschaft, daß dem Gesetzgeber Ermessensgewalt in der Weise zukommt, wie die rechtlichen Regulierungen verwirklicht werden.

Zum Abschluß des ersten Hauptkapitels wird Stellung bezogen zu gewissen kritischen Anmerkungen über das moderne Strafrecht, die im Kreise der Frankfurter Schule vorgebracht worden sind. Meine eigene Antwort ist ein auf mehreren Ebenen wirkender Rechtspositivismus, den man auch als kritischen Rechtspositivismus bezeichnen könnte. Das Strafrecht ist, wie auch andere Rechtsbereiche, davon geprägt, daß der Gesetzgeber relativ freie Hand hat, über den Inhalt der Rechtsordnung zu bestimmen. Zu dem Recht gehören jedoch solche anderen Ebenen, die in gewissem Sinne den Inhalt der Rechtsordnung kontrollieren, deren systematische Kohärenz sichern und ihr Akzeptanz verschaffen. Aufgrund dieses sog. kritischen Niveaus ist es möglich, zu dem Strafrecht eine kritische Beziehung einzunehmen. Dem kritischen Niveau kommt auf der Ebene der Gesetzgebung und der der Rechtsanwendung eine unterschiedliche Bedeutung zu. Bei der Erlassung von strafrechtlichen Vorschriften findet dies u.a. darin seinen Ausdruck, daß die Kriminalisierungen in verschiedenen Richtungen begründbar sein müssen. Der aktive, von der Kriminalisierung gebotene Schutz des Rechtsgutes, der sich auf die Interessen des Opfers gründet, muß sich auf Begründungen stützen, die teils auf das kriminalpolitische System, teils auf das verfassungsgemäße Grundrechtssystem zurückzuführen sind. Die Rechtsschutzaspekte des Beschuldigten in einer potentiellen Strafsache wiederum werden realisiert, indem man bereits auf legislativem Niveau die Respektierung der Legalitäts- und Schuldprinzipien verlangt.

Das System der allgemeinen Lehren des Strafrechtes kann man insgesamt als eine derartige kritische Quelle rechtsbereichsspezifischer Werthaltungen sehen, die auch auf dem Niveau der legislativen Entscheidungen Bedeutung erlangt. Auch die allgemeinen Lehren erfüllen beide Aufgaben, wenn auch ihre herkömmlichere Bedeutung eher darin liegt, die Strafbarkeit einzugrenzen als sie zu begründen. Dem kritischen Positivismus entsprechend kann man meinen, daß in der konkreten Rechtsanwendungssituation die allgemeinen Lehren die wesentlichen Bedingungen für die Anwendung der Vorschriften aufzeigen. Man kann der Ansicht sein, daß diese den Schutz der Grundrechte in rechtsbereichsspezifischer Weise verwirklichen. Die Grundrechtsargumente wandeln sich in der Rechtsanwendungssituation häufig in der Weise, daß sie zu Stellungnahmen über die Auslegung der allgemeinen

Lehren werden. Auf der anderen Seite haben die Grundrechtsargumente einen Anwendungsbereich auch außerhalb der eigentlichen allgemeinen Lehren. Bei bestimmten Gefährdungskriminalisierungen kann die Frage, wie weit man die Berücksichtigung situationsspezifischer Umstände treiben darf, eine Grundrechtsargumentation voraussetzen. Die Bedeutung der Grundrechtsargumentation ergibt sich daraus, daß der Gesetzgeber bei der Erlassung eines relativ allgemeinen Verhaltensverbotes in gewissem Sinne absichtlich die fallspezifischen Umstände außer acht läßt. Eine recht verallgemeinernde Definierung von Rechten und Pflichten bei der Gesetzgebung kann bedeuten, daß mittels der Grundrechtsargumentation die sich aus der allgemeinen Natur der Norm ergebenden Mißstände in der Anwendungssituation korrigiert werden.

In dieser Abhandlung wird der Gedanke des kritischen Positivismus in der Weise verwendet, daß die strafrechtliche Gesetzgebung und die Entscheidungen zu deren Anwendung im wesentlichen die Grenzen zwischen erlaubtem und verbotenem Verhalten und in diesem Sinne auch die Rechte und Pflichten eines jeden bestimmen. Dieser Gesichtswinkel betont die Bedeutung des Systems der Grundrechte bei der strafrechtlichen Rechtsprechung. Es sei erwähnt, daß 1995 in Finnland eine Reform der Grundrechtsvorschriften der sog. Regierungsform (Gesetz 969/95) verwirklicht wurde, in deren Zusammenhang die Bedeutung dieser Reform in Beziehung zum materiellen Recht auch allgemeiner betont wurde. Das Grundrechtsdenken steht auch in einem engen Zusammenhang mit dem Menschenrechtsdenken. Auf den Inhalt der Grundrechte, der Kriminalisierungsprinzipien und der rechtsbereichsspezifischen allgemeinen Rechtsgrundsätze sowie auf deren Beziehungen untereinander werden wir im Kapitel IV noch genauer zurückkommen.

II Kausalität und Zurechnung

Im Kapitel II der Untersuchung werden die strafrechtlichen Bedeutungen der Kausalität geklärt. In gewissem Maße wird die wissenschaftsphilosophische Kausalitätstheorie erörtert, das Schwergewicht liegt aber auf den juristischen Kausalitätslehren und den in ihrem Hintergrund wirksamen Impulsen. Nach einem theoretischen einleitenden Abschnitt werden einige im modernen Strafrecht zentrale Kausalitätstheorien analysiert. Als bedeutender erster Schritt gilt die Entwicklung der sog. verallgemeinernden Kausalitätslehren im Kreise der deutschen Rechtsgelehrsamkeit gegen Ende des 19. Jahrhunderts. Genauer betrachtet werden die Kausalitätsauffassungen, die von Bar und von Kries vertreten haben. Von Bar zum Beispiel hat die später unter dem Namen So-

zialadäquanz bekannten Aspekte behandelt. Laut von Bar haben die Aspekte des normalen Lebens einen Einfluß darauf, was strafbare Verursachung sein kann. Von diesem Standpunkt aus erörtert von Bar die Risiken der industriellen Produktion. Von Kries ist ein bekannter Entwickler der Adäquanzlehre. Er sah in der wahrscheinlichkeitstheoretischen Annäherungsweise an die Kausalitätsprobleme eine Möglichkeit, die wissenschaftliche Kausalitäts- und Gefahrenlehre zu »retten». Erst später wurden diese Konstrukte als Versuche verstanden, zum einen die verbotene Natur der Tat zu skizzieren und zum anderen bei Erfolgsdelikten eine gerechte Regel der Zurechnung zu geben. Bei den Erfolgsdelikten wurden die praktischen Probleme dadurch vergrößert, daß es wegen der im strafrechtlichen System gegebenen Erfolgshaftung häufig nicht möglich ist, auf der sog. subjektiven Seite zu einer vernünftigen Einschränkung der Verantwortung zu gelangen. Besonders die Lehre von von Kries weist eine deutlich naturalistische Grundlage auf, d.h. sie basiert auf der natürlichen Auffassung vom Handeln der Menschen.

Im Anschluß an die naturalistischen Zurechnungslehren wurden einige stärker geisteswissenschaftlich betonte Ansätze zur Betrachtung ausgewählt. Die Einstellung zum Kausalen und zur Zurechnung impliziert häufig eine Stellungnahme dazu, in welcher Weise menschliche Tätigkeit verstanden wird. Von daher ist es besonders interessant, diejenigen verschiedenen Konstrukte zu analysieren, die man in der eigenen Geschichte der Strafrechtswissenschaft finden kann. Die Auffassungen von Larenz und Honig, die dem deutschen Idealismus verbunden sind, werden vorgenommen, ebenso die späteren Konstrukte, die Auffassungen von Hardwig und Lampe. Aufgrund dieser verschiedenen Zurechnungsmodelle nimmt auch das Bild davon Gestalt an, in welcher Weise die in dieser Abhandlung vorgebrachte, dem kritischen Positivismus gemäße Lösung sich von diesen Modellen unterscheidet. Die strafrechtliche Verantwortung wird darin nicht von einem ebenso weitgehend vorrechtlich aufgefaßten Begriff der Tat abhängig gemacht. Zum Beispiel bei der handlungstheoretischen Auffassung von der Tat gewinnen der soziale Charakter der Handlung und die damit verbundenen kommunikativen Aspekte Bedeutung. Die handlungstheoretische Auffassung von der Tat hat Habermas unter Fortsetzung der bereits von Weber begonnenen Arbeit weiterentwickelt. Auf der anderen Seite wird zum Beispiel durch die Schriften von Paul Ricoeur der Umstand beleuchtet, daß die Begriffe der Tat und der Kausalität deutlich zumindest der wissenschaftlichen Rechtsforschung vorangehen.

Die Bedeutung des naturwissenschaftlichen Kausalitätsdenkens für die Rechtswissenschaft ist von Engisch betont worden, dem zufolge die Kausa-

lität auch als Teil der strafrechtlichen Verantwortung gerade die Naturgesetzmäßigkeit von Ursache und Folge betrifft. Engisch vertrat auf der anderen Seite in sonstiger Beziehung die Adäquanzlehre. Zur Untermauerung der handlungstheoretischen Auffassung von der Tat wird in dem Kapitel zur Kausalität auch die Strukturierung der rechtlichen und sozialen Bedeutungen von Taten eingehender behandelt. Die Analyse geht aus von den Auffassungen von Weber und Kelsen, die man vielleicht als neukantisch charakterisieren könnte, wonach die Bedeutungsfragen noch in Beziehung zur juristischen Hermeneutik und zu der in diesem Kreis aufgetretenen Typentheorie geklärt werden.

Die angloamerikanische Theorie zur Tat und Kausalität bildet den Vergleichspunkt zur kontinentaleuropäischen Theorie. Die Analyse konzentriert sich diesbezüglich in erster Linie auf die Kausalitätslehren von Jerome Hall, Hart und Honoré. Auch die Kausalitätsregulierung des Model Penal Codes wird vorgenommen. Kennzeichnend für die angloamerikanischen Lehren ist die enge Verbindung zwischen Kausalität und Schuld, die engen Beziehungen zwischen juristischer und moralischer Verantwortung sowie besonders die Verbindung des Risikodenkens mit dem Gerechtigkeitsdenken, wie es in dem Model Penal Code zutage tritt.

Zum Abschluß des Kapitels über die Kausalität werden noch in zusammenfassender Form sowohl die strafrechtliche Kausalitätslehre selbst als auch die modernen normativen Lehren über die Tat aus Fahrlässigkeit und die sog. objektive Zurechnung behandelt. In dem Abschnitt über die Kausalität werden die Ergebnisse des Kapitels zusammengefaßt und solche neuen Aspekte vorgebracht, die bei der historischen Analyse nicht ausreichend zur Geltung gekommen sind. In dem Abschnitt über die normative Zurechnung wiederum werden einige der jüngsten Theorien evaluiert. Von den deutschen Theorien wird in breiterem Umfang die Lehre Roxins über die objektive Zurechnung angeführt, aus dem skandinavischen Schrifttum wiederum werden die Modelle betrachtet, die Jareborg in Schweden und Nuutila in Finnland aufgestellt haben. Gemäß der Auffassung des Verfassers sind die Unterschiede zwischen den verschiedenen Modellen in der Praxis nicht sehr groß. Auf der anderen Seite bezieht sich in dieser Untersuchung die Entwicklung eines Zurechnungsmodells deutlicher auf Gefährdungsdelikte als zum Beispiel auf die Fahrlässigkeit der Tat. Die Lehren über die Fahrlässigkeit der Tat und die objektive Zurechnung sind sehr kompliziert geworden, weswegen eine ausführliche Darstellung dieser Lehren als Nebenthema an dieser Stelle nicht möglich ist. Das Verständnis der Probleme der Zurechnung bei Gefährdungsdelikten setzt indes voraus, daß zuerst die Natur der Zurechnung des Erfol-

ges geklärt wird. Die die Kausalität betreffende Analyse zeigt die zahlreichen Variationsmöglichkeiten des Begriffes der Tat auf und beweist, daß die Begriffe der Kausalität und der Gefahr besonders in den Zurechnungslehren in mancher Hinsicht in einem engen Zusammenhang miteinander stehen.

III Die Zurechnung bei Gefährdungsdelikten

Das Hauptkapitel III der Untersuchung betrifft die Zurechnung bei Gefährdungsdelikten. Die Analyse der Gefährdungsdelikte beansprucht in diesem Rahmen keine Vollständigkeit, sondern die rechtswissenschaftliche Theorie der Gefährdungsdelikte wird anhand zweier exemplarischer Kriminalisierungen entwickelt. Das erste Beispiel ist Trunkenheit am Steuer. Im finnischen Strafgesetzbuch ist die Kriminalisierung der Trunkenheit am Steuer mittels der Promillegrenze-Technik verwirklicht worden, ohne daß man bei den betreffenden Tatbestandsmerkmalen die Forderung der Gefährdung ausgedrückt hat (StrGB 23:1). Das zweite Beispiel ist das 1995 reformierte Kapitel 34 des Strafgesetzbuches über gemeingefährliche Straftaten, besonders die Grundvorschrift des Kapitels über die Sabotage, die zum Beispiel die frühere Kriminalisierung der Brandstiftung abdeckt.

In Finnland ist man bei der die Gefährdung betreffenden Gesetzeslehre grob gesagt von einer Dreiteilung der Tatbestandsmerkmale ausgegangen, welche sich auf die präsumierte Gefahr, die abstrakte Gefahr und die konkrete Gefahr gründen. Bei den Tatbestandsmerkmalen, die auf einer präsumierten Gefahr basieren, wie zum Beispiel bei der Trunkenheit am Steuer, ist bei den Tatbestandsmerkmalen keine Gefährdungsforderung gestellt worden. Die präsumierte Gefährlichkeit der Tat ist allein die Ratio der Gesetzesvorschrift. Die sich auf präsumierte Gefahr stützenden Tatbestandsmerkmale erinnern in gewissem Sinne an die Kriminalisierungen von Vergehen. Der Tatbestand ist meist recht allgemein gehalten. Bei den sich auf präsumierte Gefahr stützenden Tatbestandsmerkmalen ist der Gesetzgeber ausdrücklich bestrebt gewesen, ein exakt umrissenes, absolutes Verbot mit weitem Umfang zu schaffen. In der Untersuchung werden die Eigenschaften der Kriminalisierung der Trunkenheit am Steuer in dieser Beziehung analysiert. Die Bedeutung der Zurechnungsforderungen verändert sich zum Beispiel dann, wenn die Tat keine Schwächung des Fahrtüchtigkeit oder eine sonstige, separat festzustellende Gefährlichkeit voraussetzt. Auf der anderen Seite kann es auch bei Trunkenheit am Steuer Anwendungssituationen geben, bei denen die fallspezifische Ungefährlichkeit der Tat einen Einfluß auf die Rechtsprechung haben kann. In erster Linie mittels der Grundrechtsargumen-

tation könnte man bisweilen zu verengenden Gesetzesauslegungen gelangen, die als Verwerfung der Gefahrpräsumption zu begründen wären und somit der vernünftigen Absicht des Gesetzgebers zuwider liefen. Als mögliche Beispiele könnte man anführen, daß jemand unter Alkoholeinfluß auf der Autorennbahn eines Vergnügungsparks, mit einem Invalidenrollstuhl oder außerhalb der öffentlichen Verkehrswege gefahren ist.

Das Verhältnis zwischen der Trunkenheit am Steuer zur Grundkriminalisierung im Straßenverkehr, der Gefährdung des Straßenverkehrs, wird ebenfalls untersucht. In Finnland befinden sich die den Straßenverkehr betreffenden Kriminalisierungen vorläufig noch zum größten Teil in einem besonderen Gesetz (dem Straßenverkehrsgesetz, TLL). Es ist geplant, die wichtigsten von ihnen in das Strafgesetz zu überführen. Die diese Maßnahme betreffende Gesetzesvorlage wird zur Zeit vom Parlament behandelt. Bei der Gefährdung des Straßenverkehrs (TLL § 98) und seiner schweren Tatform (TLL § 99) ist die Strafbarkeit daran gekoppelt worden, daß der Straßenbenutzer oder (im letzteren Fall) der Führer eines Kraftfahrzeugs gegen das genannte Gesetz oder die aufgrund dessen erlassenen Verordnungen oder Bestimmungen in der Weise verstößt, daß seine Handlungsweise geeignet ist, eine Gefahr für die Straßenverkehrssicherheit zu verursachen. In Finnland gelten sog. Eignungsdelikte als abstrakte Gefährdungsdelikte, die eine verallgemeinernde Feststellung der Gefährlichkeit der Tat voraussetzen. Die Verletzung der Verkehrsvorschrift allein begründet zum Beispiel noch nicht die Annahme von der Gefährlichkeit der Tat, sondern die Gefährlichkeit muß gesondert festgestellt werden. Bei Normen von diesem Typ setzt die Feststellung der abstrakten Gefährlichkeit der Tat häufig voraus, daß die Tat in ihrem realen Zusammenhang betrachtet wird. Gemäß mehreren Verkehrsvorschriften bestimmt sich die Frage danach, welche Verfahrensweise im Straßenverkehr richtig ist, erst in der Beziehung zu den Gegebenheiten der Tat und der Verkehrssituation. So bestimmt zum Beispiel das Gesetz TLL 3.1, daß der Straßenbenutzer die Verkehrsregeln einzuhalten sowie ansonsten zur Vermeidung von Gefahren und Schäden die von den Gegebenheiten erforderte Sorgfalt und Vorsicht walten lassen muß. Es gibt auch Strafvorschriften, bei denen der Charakter des Eignungsdelikts als Gefährdung ausdrücklich an die Gegebenheiten gekoppelt wird, die bei der Tat herrschten. Bei Trunkenheit am Steuer im schweren Fall (StrGB 23:2) ist die die Gegebenheiten betreffende Forderung bei der Einschätzung der Gefährlichkeit zu berücksichtigen. In der Praxis fallen zum Beispiel die Situationen, die sich bei der gewöhnlichen Trunkenheit am Steuer nur problematisch in den Bereich des Tatbestandes und in den Randbereichen der vernünftigen Absicht des

Gesetzgebers plazieren, aus dem Bereich der schweren Trunkenheit heraus. Der Gesetzgeber hat ja auch häufig Gefährdungskriminalisierungen als Hilfe bei der Abstufung der Schwere der Tat benutzt. Die untere Grenze der Strafbarkeit hat man aufgrund einer relativ abstrakten Gefährdungseinschätzung bestimmen können, während die Anwendung der Gesetzesstelle, die die schwere Tatform betrifft, eine konkrete Gefahr voraussetzt. Zum Beispiel bei den Umweltdelikten ist die Abstufung von diesem Typ (StrGB 48:1 und 48:2; Gesetz 578/95).

Die Delikte der Trunkenheit am Steuer werden in Finnland weitgehend so aufgefaßt, daß sie sich von der Gefährdung des Straßenverkehrs unterscheiden und in den Bereich besonderer Regulierung gehören. Wenn sich ein angetrunkener Fahrzeugführer der Gefährdung des Straßenverkehrs schuldig macht, so wird er dafür separat bestraft. Der Grund für diese Differenzierung dürfte der sein, daß bei der Gefährlichkeit der Trunkenheit am Steuer als alleiniges Bewertungskriterium bei der verallgemeinernden Betrachtung im allgemeinen die Promillezahl gilt. Bei der Gefährdung des Straßenverkehrs und bei Trunkenheit am Steuer im schweren Fall kann man somit die Deutung vertreten, daß die Gefährdungsforderung zumindest zum Teil sich auf zwei verschiedene Dinge bezieht. Vergleicht man die finnische Regulierung zum Beispiel mit der Schwedens oder Dänemarks, so bemerkt man, daß in Finnland die Grenze für Trunkenheit am Steuer im schweren Fall in der Praxis viel schematischer anhand von Promille-Kriterien bestimmt wird als in den genannten Ländern. In Finnland ist die Grenze für Trunkenheit am Steuer im schweren Fall 1,2 Promille oder entsprechend 0,60 mg Alkohol in einem Liter ausgeatmeter Luft. In Schweden und in Dänemark kann das Delikt der Trunkenheit am Steuer auch anhand von alternativen Kriterien als allein der Promillegrenze erfüllt werden, besonders dann, wenn sich der Betrunkene zugleich durch seine Fahrweise der Gefährdung des Straßenverkehrs schuldig gemacht hat. In Finnland gilt als Alternative zu dem Promille-Kriterium nur der Umstand, daß sich die Fähigkeit des Täters zu einer fehlerlosen Fahrleistung spürbar verschlechtert hat.

Bei der Behandlung der verschiedenen Eigenschaften der Gefährdungsdelikte kommen wir zu dem Schluß, daß sich die Aufgaben des Strafrechtes in der Auslegung der Gefährdungskriminalisierungen in verschiedener Weise widerspiegeln. Die präsumiert gefährlichen Delikte sind oben bereits erwähnt worden. Die Eignungsdelikte werden in dieser Terminologie als abstrakte Gefährdungsdelikte bezeichnet. Man könnte auch die Bezeichnungen Risikodelikte oder Gefährlichkeitsdelikte verwenden. Die vorgebrachten Beispiele zeigen, daß auch die Eignungsdelikte häufig die Betrachtung der je-

weiligen Tat in ihrem Sachkontext verlangen. Man muß die Tat kontextualisieren können, d.h. ihre Gefährlichkeit unter den Gegebenheiten, die zum Zeitpunkt der Tat geherrscht haben, auslegen. Diesem hier vertretenen Standpunkt zufolge können der Grad und die Weise dieser Kontextualisierung bei verschiedenen Tatbestandsmerkmalen jeweils andere sein. Der Gesetzgeber kann dies bis zu einer gewissen Grenze sogar regulieren, indem er den Rechtsprecher dazu verpflichtet, entweder die Gegebenheiten bei der Tat zu berücksichtigen oder diese auszuschließen. Diejenigen Tatbestandsmerkmale, bei denen die Gegebenheiten zu berücksichtigen sind, haben wir abstrakt-konkret genannt. Die Konkretisierung ist bei ihnen in einer gewissen Weise vorzunehmen, und zwar in die Richtung der Tat und ihrer Bedingungen und nicht in Richtung des Erfolges. Wenn bei den Eignungsdelikten vorausgesetzt würde, daß von dem Objekt der Tat ontologische Annahmen gemacht würden, so würde man ein solches Delikt in der Weise abändern, daß bereits eine konkrete Gefahr vorausgesetzt wird.

Dem Gesetzgeber stehen im Prinzip vier verschiedenartige Kriminalisierungstechniken zur Auswahl. Bei der Kriminalisierung kann man den Eintritt einer Schadens- oder Gefahrfolge voraussetzen. Die Kriminalisierungen von Eignungsdelikte bilden eine aus vielen Elementen bestehende Gruppe, denen eine in gewisser Weise verallgemeinernde Gefährlichkeitsbetrachtung gemeinsam ist. Liegt eine präsumierte Gefahr vor, so verengt sich die Gefährdung zu einem die Ratio der Gesetzgebung betreffenden Auslegungsinstrument.

Für jede Kriminalisierungstechnik wird ein etwas andersartiger Anwendungsrahmen aufgestellt. In diesem Sinne dient die Gefährdungsterminologie dazu, in verschiedener Weise die Anwendungsprobleme zu beheben. Auf der anderen Seite sind mit den Kriminalisierungsweisen auch verschiedene Justifizierungsforderungen verbunden, die in dem Schlußkapitel dieser Abhandlung besonders betrachtet werden.

Den Begriff der Gefahr haben wir mehr für einen praktischen als für einen theoretischen Begriff gehalten. Die praktische Bezogenheit ergibt sich aus dem Umstand, daß weil man mit den Gefährdungskriminalisierungen häufig von ihrem Gewicht her unterschiedliche Interessen schützt, die Gefährdung nicht allgemein als zum Beispiel eine gewisse Schadenswahrscheinlichkeit der kriminalisierten Tat definiert werden kann. Das Verbot von Handlungsweisen, die eine Gefahr für Leib und Leben darstellen, muß man weiter fassen als bei solchen Handlungen, die diese nur indirekt gefährden. Der Schutz des Lebens wiegt schwerer als der Schutz der körperlichen Unversehrtheit usw.

Der Aspekt des Schutzes der Rechtsgüter spiegelt sich in der Rechtslehre über die Gefährdungen auch in der Weise wider, daß bei einer konkreten Gefahr ein konkret gefährdetes Interesse geschützt wird, während bei den Eignungsdelikten der Schutz einem mehr verallgemeinerten Interesse zugeschrieben wird. Die Rechtsgüter, die das Strafrecht zu schützen hat, haben sich zum Teil entwickelt, um unmittelbare Bedürfnisse verschiedener menschlicher Handlungssysteme abzudecken. Die unpersönlichen Konfrontationssituationen im Straßenverkehr zum Beispiel lassen es als begründet erscheinen, daß bei der Gefährdung des Straßenverkehrs kein konkret gefährdetes Objekt verlangt wird. Ein Musterbeispiel für eine gefährliche Tat ist das Überholen auf einer Überlandstraße, wenn die Sicht zum Überholen zu schlecht ist. Es hängt vom Glück des Fahrers ab, ob das Überholen gelingt oder nicht. Mittels der Verbote der abstrakten Gefährdung wird die begründete Erwartung geschützt, daß einem im Straßenverkehr keiner plötzlich in einer verbotenen Weise auf der eigenen Fahrspur entgegenkommt. Von der konkreten Gefahr unterscheiden sich diese Fälle der abstrakten Gefährdung, daß bei diesen der Schutz einem verallgemeinerten Interesse zugeschrieben wird.

Bei der Kriminalisierung der Trunkenheit am Steuer tauchen interessante, die Zurechnung betreffende Probleme auf. So kann zum Beispiel ein Betrunkener an einem Verkehrsunfall beteiligt sein, bei dem jemand verletzt oder getötet wird. In solchen Situationen müßte man die Lehre von der objektiven Zurechnung mit den Gefährdungskriminalisierungen in Einklang bringen. Dem hier vertretenen Standpunkt zufolge dürfte die Erfüllung der Kriminalisierung der Trunkenheit am Steuer keinen wesentlichen Einfluß darauf haben, wenn man über die Zurechnung von weitergehenden Folgen entscheidet. Wesentlicher ist die Frage, ob sich der betrunkene Fahrer in der Verkehrssituation zum Beispiel einer Verletzung der Verkehrsregeln schuldig gemacht und somit den Straßenverkehr gefährdet hat. Es kann wohl nicht die Absicht des Gesetzgebers sein, daß dieselben und häufig recht undifferenzierten Risikozunahmen, die die Strafbarkeit der Trunkenheit am Steuer begründen, als solche auch begründen, daß der Täter auch für weitergehende Folgen aufkommt. Vom Standpunkt der Zurechnung des Erfolges aus gesehen liegt die verbotene Aufsichnahme des Risikos vielmehr in der den Verkehrsregeln zuwider laufenden Fahrweise als darin, daß der Fahrer unter Alkoholeinfluß steht.

Die Trunkenheit am Steuer kann dennoch mit berücksichtigt werden, zum Beispiel bei der Einschätzung dessen, ob der Fahrer die allgemeinen Pflichten des Straßenbenutzers erfüllt hat. Es dürfte klar sein, daß es nicht in der

Absicht des Gesetzgebers gelegen hat, dem betrunkenen Fahrer eine hohe Verantwortung für alle eintretenden Folgen aufzubürden. Das Fahrzeug des Fahrers war vielleicht zum Zeitpunkt des Unfalls gar nicht in Bewegung. In den Lehren über die objektive Zurechnung sind die Schutzziele bei Erfolgsdelikten gegen Leib und Leben von den Schutzzielen der allgemeineren Sicherheitsnormen abgegrenzt worden. Eine entsprechende Dichotomie kann man auch hier sehen.

Bei der praktisch ausgerichteten Rechtslehre wird also für die konkrete Gefahr kein Wahrscheinlichkeitswert festgelegt. Die Grenze der Strafbarkeit darf flexibel bestimmt werden. In diesem Zusammenhang hat man in der Terminologie der nordischen Länder häufig anstatt von Wahrscheinlichkeit von Vermutbarkeit, Plausibilität, gesprochen. Mit der Vermutbarkeit wird beurteilt, ob ein gewisser Geschehensablauf in dem Maße wahrscheinlich ist, daß er bei der Erwägung der Handlungsbeschlüsse berücksichtigt werden müßte. Falls es sich um ein wichtiges zu schützendes Interesse handelt, kann auch eine geringe Schadenswahrscheinlichkeit eine solche sein, daß sie in Betracht gezogen werden muß. Die Absicht des Gesetzgebers zu klären impliziert häufig die Beantwortung der Frage, ob ein gewisser vermutbarer Geschehensablauf zu der Menge derjenigen Abläufe gehört, die die Aufstellung des Verbotes begründen. Bei der konkreten Gefahr bezieht sich die Evaluierung der Vermutbarkeit darauf, ob der eingetretene Ereignisablauf normativ gesehen einem solchen Ablauf zu nahe gestanden hat, der zu einem Schaden geführt hätte. Bei der konkreten Gefahr wird der eingetretene Geschehensablauf damit verglichen, was unter anderen Umständen hätte geschehen können. Die konkrete Gefahr bestimmt sich somit im wesentlichen aufgrund des »Kausal»-Wissens, das über derartige Geschehensabläufe erhältlich ist.

In der vorliegenden Untersuchung drückt sich die praktische Bezogenheit der Gefährdungsbetrachtungen darin aus, daß das bei der Einschätzung von Gefahr und Kausalität benötigte Erfahrungswissen häufig als von seinem Charakter her unexakt verstanden wird. Bei den die Gefährlichkeit betreffenden Einschätzungen geht es darum, in welchem Maße der Täter die Situation unter Kontrolle hatte. Oft ist es schwierig, darüber eine gänzlich allgemeingültige Beurteilung abzugeben. Auf der anderen Seite gibt einem die menschliche Erfahrung in groben Zügen an, wie man zum Beispiel die Situationsbeherrschung einschätzen kann. Die Situationsbeherrschung ist ein recht wesentliches Kriterium bei der Einschätzung dessen, wie nahe der Eintritt eines Unglücks gewesen ist. Die Forderung der Situationskontrolle hat der Schwede Jareborg in seiner Lehre über die sog. Fahrlässigkeit der Tat hervorgehoben.

In dem die Gefährdungsdelikte betreffenden Teil wird des weiteren auf der Grundlage der Theorie des kommunikativen Handelns von Habermas geklärt, wie verschiedene Ontologie-Forderungen in Beziehung zu den Rationalitätstypen des Handelns verstanden werden können. Beim zielbezogenen bzw. teleologischen Handeln ist der Täter bestrebt, in der Welt eine bestimmte Folge zustande zu bringen. In diesem Fall wird der Täter am deutlichsten mit der Außenwelt konfrontiert. Bei einem Handeln, das sich an Normen ausrichtet, steht die Handlung zugleich in Beziehung sowohl zur Außenwelt als auch zu der Normenordnung. Mit den Normen sind Gültigkeitsforderungen verbunden, die streitig gemacht werden können. Zum Beispiel im Straßenverkehr manipuliert der Täter nicht nur äußere Objekte, sondern seine Beziehung zu anderen bestimmt sich zum Teil mittels Interaktion. Vielleicht ist es aus diesem Grund am Platze, die im Straßenverkehr zu schützenden Sicherheitsinteressen normativ zu definieren, so daß auch die verallgemeinerten Interessen Schutz erhalten. Sodann ist es nicht unbedingt notwendig, die konkrete Existenz eines gefährdeten Objekts vorauszusetzen. Als drittes Handlungsmodell nennt Habermas das dramaturgische Handeln, bei dem die Handlung als Selbstdarstellung aufgefaßt wird. Bei rechtlichen Einschätzungen kommt dem dramaturgischen Handeln nur selten Bedeutung zu. Die Gültigkeitsforderung beim dramaturgischen Handeln ist Redlichkeit.

Auf der Basis der Theorie vom kommunikativen Handeln kann es leichter sein, die Wirkungssituationen, die eine gewisse Interaktion oder Kommunikation voraussetzen, besonders in den Beziehungen zwischen Personen zu verstehen als auf der Grundlage zum Beispiel der kausalistischen Tatlehre. Derartige Situationen treten häufig in der Lehre über die Mitwirkung auf. An einigen Stellen haben wir diese Fragen im Kapitel II der Untersuchung berührt.

Ein zweiter exemplarischer Bereich betreffend die theoretischen Probleme der Gefährdungsdelikte sind die gemeingefährlichen Delikte. Bei der 1995 verwirklichten Gesetzesreform wurde in Finnland zum ersten Mal in ein einem weiteren Umfang der Begriff der gemeinen Gefahr in Gebrauch genommen, und zwar in den Tatbestandsmerkmalen des Kapitels 34 des Strafgesetzbuches. Die früheren Vorschriften aus dem entsprechenden Kapitel des Strafgesetzbuches, das aus dem Jahre 1889 stammte, wurden gründlich reformiert. Das Wesentliche bei der Reform war, daß die früheren Vorschriften, die auf einer Klassifizierung des Tatobjekts basierten, aufgegeben und durch Vorschriften ersetzt wurden, die einen allgemeiner formulierten Tatbestand enthalten. Zum Beispiel bei der Sabotage (34:1) ist die Tat beschrieben worden als Entzündung eines Brandes, als Herbeiführung einer Explo-

sion oder einer Überschwemmung oder einer sonstigen Naturkatastrophe. Solch allgemeine Tatbestandsmerkmale wären wohl kaum akzeptabel gewesen, wenn nicht zugleich die Forderung nach einer abstrakten gemeinen Gefahr zu einem Teil der Tatbestandsmerkmale gemacht worden wäre. Damit eine Sabotage vorliegt, muß die Tat geeignet sein, eine gemeine Gefahr für Leib und Leben zu verursachen oder eine sehr erhebliche Gefahr eines wirtschaftlichen Schadens hervorzurufen.

Am interessantesten ist die Auslegung einer abstrakten gemeinen Gefahr für Leib und Leben. In der finnischen Literatur ist es bislang nicht in dem Maße erforderlich gewesen, eine Theorie der gemeinen Gefahr aufzustellen, da dieser Begriff in den anwendbaren Tatbestandsmerkmalen nur selten auftauchte. Die gewöhnliche Charakterisierung der (konkreten) gemeinen Gefahr lautete, daß die Gefahr eine unbestimmte Vielzahl an Menschen bedrohe und man von vornherein nicht wissen könne, welche Personen es sind. In den Vorarbeiten des Gesetzes sind derartige Forderungen hervorgehoben worden.

Da man die gemeine Gefahr nun in der Weise charakterisiert hat, sind mit den Situationen der Brandstiftung gewisse Probleme verbunden. Wer zum Beispiel ein kleines, aus Holz gebautes Eigenheim anzündet, kann genau wissen, wer sich zu diesem Zeitpunkt in dem Haus befindet. Die Unbestimmtheitsvoraussetzung wird dann womöglich nicht erfüllt, so daß man die Tat nicht für Brandstiftung halten kann. In entsprechender Weise kann der Täter auch wissen, daß sich in dem Gebäude niemand aufhält. Auch in diesem Fall könnte man die Vorschrift nicht anwenden, wenn nicht die abstrakte gemeine Gefährlichkeit sich in sehr anderer Weise konstituieren würde als die konkrete gemeine Gefahr.

Der hier angenommenen Auffassung zufolge setzt die Forderung nach abstrakter gemeiner Gefahr voraus, daß die Kriterien (die Unbestimmtheit, die große Zahl der Objektmenge, möglicherweise auch der Umfang und die Intensität des drohenden Schadens) so gedeutet werden, daß sie einander ergänzen. So wäre zum Beispiel eine sich zufällig gegen außenstehende Personen richtende Tat schon dann gemeingefährlich, wenn die Zahl der potentiellen Opfer auch im schlimmsten Fall recht klein bleibt. Wenn wiederum die Wirkungen der Tat einen ganz exakt begrenzten Kreis von Personen betreffen, so müßte man von der Zahl der in Gefahr gesetzten Menschengruppe mehr voraussetzen. In beiden Situationen bedeutet die Natur der abstrakten gemeinen Gefahr jedoch, daß man von der Existenz wirklicher Objektpersonen weitgehend absieht. Das Anzünden eines normalen Holzhauses zum Beispiel wäre in der normalen Situation gemeingefährlich aufgrund dessen,

weil der Täter überhaupt nicht wissen kann, ob sich im Wirkungsbereich der Tat Menschen aufhalten. Im allgemeinen müßte man jedoch hiervon ausgehen. Wenn der Täter weiß, daß sich im Haus Menschen befinden, ist die abstrakte gemeine Gefahr ebenfalls gegeben, da die Tat für andere eine Gefahr verursachen kann. Nur in dem Fall, daß sich der Täter vergewissert hat, daß niemand in Gefahr gerät, wird die Ausgangsannahme der gemeinen Gefahr aufgehoben, sofern das Objekt ein solches ist, daß sich in seinem Wirkungskreis Menschen aufhalten können. In den Vorarbeiten zum Gesetz wird gesondert erwähnt, daß die Vorschrift nicht angewendet werden soll, wenn der Täter sich vor der Tat genau vergewissert hat, daß die Tat keine Gefahr für andere hervorruft. Hieraus kann man also schließen, daß diese Stelle der Sabotage eine abstrakt-konkrete Gefährdung voraussetzt; die Gefährlichkeit ist in Relation zu setzen mit den bei der Tat herrschenden Gegebenheiten.

Im schwedischen Recht tritt der Begriff der gemeinen Gefahr seltener in den Tatbeständen auf und auch dann nur als konkrete gemeine Gefahr. So wird zum Beispiel in BrB 13:1 bei der Brandstiftung nur eine normale konkrete Gefahr für Leib und Leben einer anderen Person vorausgesetzt, was bedeutet, das jemand wirklich in Gefahr geraten sein muß. Eine konkrete gemeine Gefahr für Leib und Leben wird u.a. in BrB 13:7 genannt. Hier wird vorausgesetzt, daß sich die Gefahr auf eine im voraus unbestimmte Gruppe von Menschen richtet und zumindest eine Person aus dieser Gruppe in konkrete Gefahr gerät. In Finnland braucht keine einzige Person konkret gefährdet zu werden, aber auf der anderen Seite muß die Tat von ihrer Natur her eine solche sein, daß sie eine wirkliche Gefahrensituation für mehrere Menschen hervorrufen kann. Man kann auch nicht völlig ausschließen, daß in Finnland die abstrakte gemeine Gefahr bisweilen vollendet sein kann, auch wenn der Schaden im Höchstfall nur eine einzige Person betreffen würde. Falls man dies als möglich ansieht, so wird es indes schwer, den Unterschied zu definieren, der zwischen einerseits der Abstraktion vom Typ Eignung und andererseits der Abstraktion betreffend die gemeine Natur der Gefahr besteht. Hier sind wir davon ausgegangen, daß sich die Gefährdung vom Typ Eignung deutlicher als Gefährlichkeitseigenschaft der Tat bestimmen läßt, während bei der gemeinen Gefahr die Abstraktion deutlicher mit den Folgen der Tat verknüpft ist. Die gemeine Gefahr läßt sich nämlich, anders als die Gefahr vom Typ der Eignung, als konkrete Gefahr definieren. Aber, wie gesagt, auch die Einschätzung der abstrakten Gefährlichkeit kann eine erhebliche Konkretisierung der Tat voraussetzen.

In dieser Abhandlung gehen wir davon aus, daß die Gefährlichkeit bei Gefährdungsdelikten typischerweite »festgestellt» wird, indem man solche

Umstände aufzeigt, unter denen eine konkrete Gefahrensituation oder ein Schaden die Folge gewesen wäre. Die Frage, die bei den verschiedenen Klassen der Gefährdung zu betrachten ist, gestaltet sich also in unterschiedlicher Weise. Bei der Zurechnung des Erfolges wird der Geschehensablauf in direkter Relation zu der Absicht des Gesetzes beurteilt. Bei einer konkreten Gefahr wird die Gefährlichkeit festgestellt, indem man aufzeigt, daß ein dem verwirklichten Geschehensablauf nahestehender – unverwirklichter – Geschehensablauf möglich und vermutbar gewesen ist, welcher wiederum zum Eintritt einer Schadensfolge geführt hätte. Auch bei der abstrakt-konkreten Gefahr wird mit den möglichen Geschehensabläufen argumentiert, die die Tat eröffnet hat. Die ontologische Forderung wird aufgegeben, wenn man die Möglichkeit einer Verletzung in Relation zum verallgemeinerten Interesse untersucht. Bei der abstrakten Gefahr ohne jegliche Kontextualisierung der Tat würde man den Tattyp aufgrund recht allgemein gehaltener Eigenschaften beurteilen. Bei einer präsumierten Gefahr, wie zum Beispiel bei Trunkenheit am Steuer, schreibt der Gesetzgeber im Tatbestand der Tat direkt bestimmte gemeine Gefährlichkeitseigenschaften zu. Bisweilen kann man nur mittels einer Argumentation, die auf die Absicht des Gesetzgebers zurückgreift, die Ansicht vertreten, daß es nicht in der Absicht des Gesetzgebers lag, eine bestimmte Handlungsweise als strafbar zu erklären.

Die Terminologie der Gefahr schränkt also die zu stellenden Fragen in einer bestimmten Weise ein. Wir sind auch davon ausgegangen, daß der Tatbestand und das in diesen eine zusätzliche Einschränkung einbringende Gefährdungs- und Schädigungsmerkmal zusammen zu betrachten sind.

Das Kapitel über die Gefährdungsdelikte wird abgeschlossen von einem kurzen Abschnitt, in dem der historische Hintergrund der Gefährdungsdelikte im Polizeirecht beleuchtet wird. Im rechtsstaatlichen Denken des 19. Jahrhunderts hat man gegenüber den Gefährdungskriminalisierungen eine recht ablehnende Einstellung bezogen. Die Geschichte der Gefährdungskriminalisierungen geht indes mindestens bis auf den Anfang der Neuzeit zurück, als Gefährdungskriminalisierungen neben anderen Verhaltensregeln zum Beispiel in die Ordnungsbestimmungen einbezogen wurden, die von der öffentlichen Gewalt erteilt wurden. Zu den Aufgaben der öffentlichen Gewalt gehörte es, für die Bürger zu sorgen. Erst als man zu der Ansicht gelangt war, daß die Rechtsstellung des Bürgers die autonome Kompetenz der öffentlichen Gewalt zu einer solchen Normenerteilung einschränke, ist die Forderung aufgekommen, daß eine verbotene Tat einen deutlicheren Zusammenhang mit der Verletzung eines Rechts oder Rechtsgutes haben müsse. In dem Abschnitt wird die Entwicklung des materiellen Rechtes auch mit derjeni-

gen Entwicklung in Relation gesetzt, die sich im Bereich des Strafprozeßrechtes vollzogen hat. So wäre es ohne den Verzicht auf die legale Beweistheorie kaum denkbar gewesen, daß man im Strafprozeß Gefährdungskriminalisierungen in sinnvoller Weise behandeln könnte. Im Text wird auch darauf verwiesen, daß die neuen verallgemeinernden Kausalitäts- und Gefahrenlehren bei rechtlichen Beurteilungen es mit sich gebracht haben, daß man sich in neuartiger Weise auf empirisches Wissen stützt. Das im Entstehen begriffene moderne Strafrecht ist gerade davon geprägt, daß die kriminalpolitische Justifikation des Strafrechtes voraussetzt, daß sowohl in der terminologischen und prinzipiellen Struktur des Strafrechtes als auch in den strafprozessualen Arrangements und in den Lehren zur Beweisprüfung empirisches Wissen zutrage tritt, welches der Justifikation dient.

IV Zu den Justifikationsfragen des Strafrechtes

Im letzten Kapitel werden die mit der Justifikation des Strafrechtes zusammenhängenden Fragen resümierend behandelt. Dies gibt uns zudem die Gelegenheit aufzuzeigen, wie es möglich ist, aus dem »Inneren» des auf dem Wege der Gesetzgebung entstandenen Rechtes heraus kritische Maßstäbe zu schöpfen, anhand deren man sowohl die Kriminalisierungsentscheidungen des Gesetzgebers wie auch die Tätigkeit des Rechtsanwenders beurteilen kann. Der kritische Rechtspositivismus ist ausschließlich als solcher möglich, d.h. in einer solchen Form, bei der sich das rechtliche Material auf ebenso vielen Niveaus befindet.

Von den Kriminalisierungsentscheidungen des Gesetzgebers werden sowohl zielrationale kriminalpolitische Begründbarkeit als auch wertrationale Akzeptanz verlangt. In der Theorie der Kriminalisierungsprinzipien lassen sich beide Seiten entwickeln. In Finnland läßt sich aus dem System der Grundrechte rechtsinterne Unterstützung für die wichtigsten Kriminalisierungsprinzipien ableiten bzw. erhalten. Auch die zentralen, rechtsbereichsbezogenen Rechtsgrundsätze des Strafrechtes wie das Legalitäts- und Schuldprinzip sind bereits dann zu berücksichtigen, wenn man die Akzeptanz einer bestimmten Regulierungsweise erwägt. In den Kriminalisierungsprinzipien findet derselbe Gegensatz seinen Ausdruck, der auch für die unterschiedlichen Aufgaben der Grundrechte kennzeichnend ist. Die Grundrechte schränken die Eingriffe der Staatsgewalt in die Rechte des Individuums ein (Abwehrfunktion), aber auf der anderen Seite obliegt es der Staatsgewalt, die Grundrechte der Bürger vor Verletzung oder Gefährdung durch andere zu schützen (Schutzfunktion). In Finnland wird die Verwirklichung der Grundrechte nicht

von einem eigenen Verfassungsgericht überwacht, sondern das Schwergewicht liegt auf einer Art prophylaktischen Kontrolle, die im Bereich des Parlaments stattfindet. Man ist jedoch der Ansicht, daß dem System der Grundrechte auch eine direkte, die rechtlichen Auslegungen steuernde Wirkung zukommt.

In der Untersuchung werden auf allgemeinem Niveau solche Kriminalisierungstheorien skizziert, die ein Verständnis des Verhältnisses der verschiedenen Gefährdungskriminalisierungen zueinander ermöglichen würden. Je weiter und je allgemeiner der von der strafrechtlichen Norm beschriebene Handlungsbereich ist, um so schwerwiegender müssen die Gründe dafür sein, diese Norm zu setzen. Natürlich muß man berücksichtigen, daß u.a. verschiedene administrative und andere Normen bereits in recht weitem Umfang ein bestimmtes Verhalten gänzlich sanktionieren, ohne die Folgen in Betracht zu ziehen. Bei einer internen Betrachtung des Strafrechtes muß man jedoch voraussetzen können, daß sich für den Gebrauch verschiedener Kriminalisierungstechniken Rationalitätsforderungen aufstellen lassen.

So erfordern zum Beispiel die mittels der Technik der präsumierten Gefahr abgefaßten Tatbestandsmerkmale besondere Begründungen, da man in ihnen eine Norm schafft, die ein nahezu vollständig verallgemeinertes Verhalten betrifft. Der Gedanke hierbei ist der, daß das Gleichgewicht zwischen dem Schutz der Handlungsfreiheit und dem Schutz der Rechtsgüter dadurch entschieden wird, indem man eine allgemeine Norm erteilt. Der Zweck der Norm besteht auch dann darin, Gefahren gewisser Art abzuwehren. In einigen Situationen kann dies eine solche Entscheidung begründen, daß man von der Anwendung der Norm absieht, weil dies der Absicht des Gesetzgebers zuwider laufen und nicht zu der Rechtsordnung als Ganzes passen würde. Zu den Problemen der präsumierten Gefahr gehört außerdem auch ihre Konstruiertheit; sie setzt einen solchen Tatbegriff voraus, bei dem die eigenen Auffassungen des Täters zum Beispiel über die Situationsbeherrschung außer acht gelassen werden.

Aus dem Gesichtswinkel des potentiellen Straftäters ist eine solche Norm weniger einschränkend, bei der eine im Tatbestand festgeschriebene Gefährdungsforderung mit der Beschreibung des Verhaltens verbunden ist. Oben wurde festgestellt, daß die abstrakten Gefährdungsdelikte eine aus vielen Elementen zusammengesetzte Gruppe bilden, innerhalb der der Grad der Kontextualisierung der Tat variieren kann. Wesentlich ist jedoch, daß mittels der abstrakten Gefährdungskriminalisierungen verallgemeinerte Interessen geschützt werden. Der Bedarf, abstrakte Gefährdungskriminalisierungen zu schaffen, ist mit der wachsenden Bedeutung verschiedener Handlungssyste-

me verbunden. So kann es zum Beispiel im Straßenverkehr begründet sein, daß die Gefährdungskriminalisierungen überwiegend mittels dieser Technik verwirklicht werden. Der Unterschied zur konkreten Gefahr bleibt deutlicher, da man bei der konkreten Gefahr an der ontologischen, sich auf das Objekt beziehenden Forderung festhalten kann. Bei der konkreten Gefahr wird ein einzelnes, konkretes rechtliches Interesse vor Gefährdung geschützt.

Bei einer Kriminalisierung, die einen Verletzungserfolg voraussetzt, ist die Sanktionierung der Tat an den Eintritt eines faktischen Schadenserfolgs gebunden. In diesem Fall ist die Verbindung zur Rechtsgutverletzung am direktesten, und von daher ist auch das Verbot einer solchen Handlungsweise am leichtesten zu begründen.

Für jede der vier Techniken zur Abfassung der Tatbestände läßt sich ein akzeptabler Anwendungsbereich aufzeigen, wenn auch bei der präsumierten Gefährdung die Begründungen nur selten ausreichend sind. Mit jeder Technik wird der Schutz der Rechte in verschiedener Weise realisiert. So ist es zum Beispiel bei der Kriminalisierung der Trunkenheit am Steuer beabsichtigt gewesen, die anzuwendende Norm allgemein zu halten. Der Gesetzgeber verwirklicht damit die Rechte des Individuums in dieser Weise. Von den kritischen Evaluierungsmaßstäben hängt es ab, ob eine solche Regulierung notwendig ist. Die Kriminalisierungen, die eine präsumierte oder abstrakte Gefährdung voraussetzen, sind häufiger geworden, was in dieser Abhandlung vor allem damit in Verbindung gesetzt wird, daß in den Handlungssystemen neue Schutzbedürfnisse aufgekommen sind. Zum Beispiel über die Delikte der Trunkenheit am Steuer wie auch über andere Straßenverkehrsdelikte gibt es bereits eine reichhaltige empirische Forschung. Die Einbeziehung dieses Wissens bedeutet, daß man bei der Erwägung von legislativen Entscheidungen auch die Funktion der Gesamtsysteme zum Beispiel mittels Nutzen-Nachteil-Vergleiche betrachten und präzisieren kann.

Die Ansicht, der zufolge die Gefährdungskriminalisierungen eine solche wohlfahrtsstaatliche Entwicklung implizieren, die als solche die rechtsstaatliche Selbstbeschränkung des Strafrechtes gefährden würde, ist nicht haltbar. Die Aufgabe der Strafrechtswissenschaft ist es, einen solchen Interpretationsrahmen zu schaffen, in dem auch die Gefährdungskriminalisierungen als rationale Weise gesehen werden können, sowohl die Kriminalpolitik zu verwirklichen als auch Rechte zu garantieren und zu schützen.

In dieser Untersuchung wird der Zusammenhang zwischen der Bedeutung des empirischen Wissens und der Rechtsnormen darin gesehen, daß die Zwecke der Normen mit der Abwehr verschiedenartiger Schäden und Gefahren verbunden sind. Dies spiegelt sich in der gesetzgeberischen und recht-

sprechenden Tätigkeit in vieler Weise wider. Gleich wie die Tatbestände auch immer abgefaßt sind, so ist bei der rechtsprechenden Tätigkeit die Anwendung der allgemeinen Norm stets in Relation zu setzen zu den Anwendungsvoraussetzungen der Norm. Letztendlich beruht auf dieser Relation auch die Möglichkeit, daß der Rechtsprecher an letzter Stelle über den genauen Inhalt der anzuwendenden Norm zu entscheiden hat. Der Rechtsprecher muß aus der vom Gesetzgeber erteilten Norm eine Entscheidungsnorm hervorbringen, mittels der der Fall entschieden wird. Sowohl die strafrechtlichen allgemeinen Gesetzauslegungsprinzipien, die Rechtsgrundsätze des Strafrechts wie auch die Grundrechte und ihr System können Einfluß darauf nehmen, wie der Inhalt der anzuwendenden Norm präzisiert wird.

In dem Kapitel über die Justifikation werden des weiteren einige zweckrationale und abolitionistische Stellungnahmen zur Justifikation der Strafe miteinander verglichen. In der in Finnland geführten Diskussion sind die Standpunkte häufig recht weit entfernt voneinander gewesen. Zur Klärung der Debatte werden die Auffassungen zum einen zu der extrem rechtspositivistischen Rechtstheorie von Kelsen und zum anderen zum naturrechtlichen Denken in Beziehung gesetzt. In der hier vorgebrachten Theorie des kritischen Positivismus läßt sich den rechtsideologischen kritischen Maßstäben eine gewisse Bedeutung zuschreiben, wenn auch die Frage nach der ethischen Berechtigung des Strafrechtes im Rahmen dieser Theorie nicht erschöpfend beantwortet werden kann. Auf der anderen Seite ist die ethischen Berechtigung des Rechts eine derart anspruchsvolle Frage, daß man sie wohl kaum gänzlich »verrechtlichen» und zu einem Teil des Systems des auf dem Wege der Gesetzgebung entstandenen Rechtes machen kann. In dieser Untersuchung sind ethische Fragen nur dann mit berücksichtigt worden, wenn sie sich auch in der Form von rechtlichen Fragen formulieren lassen.

OIKEUSTAPAUSHAKEMISTO

Högsta Domstolen (Ruotsi)

1993:127 (*NJA* 1993, 718–722) s. 343

Korkein oikeus (KKO)

1950 II 36 s. 368
1961 II 55 s. 462
1971 II 56 s. 443
1972 II 59 s. 420
1976 II 50 s. 446
1977 II 11 s. 288
1979 II 94 s. 419
1981 II 32 s. 450
1981 II 174 s. 405
1981 II 175 s. 425
1983 II 37 s. 425
1983 II 159 s. 380
1984 II 72 s. 405, 428
1984 II 224 s. 277, 288
1985 II 143 s. 412
1987:81 s. 451
1988:21 s. 448
1988:109 s. XXVIII
1989:15 s. 411, 419
1992:131 s. 451
1992:138 s. 49
1993:41 s. 408
1993:44 s. 451
1993:72 s. 425
1993:125 s. 451
1994:101 s. 28
1995:27 s. 411, 416
1995:68 s. 28
1995:85 s. 451
1995:122 s. 419
1995:143 s. 373
1997:108 s. 373

Helsingin hovioikeus (HelHO)

01.11.1984 ... Dnro R1983/349 s. 419
12.02.1985 ... Dnro R1984/2375 s. 355
28.01.1992 ... Dnro R90/2712 (HelHO 1992:4) s. 415

Itä-Suomen hovioikeus (I-SHO)

16.02.1979 .... s. 445
09.12.1980 .... s. 417
10.03.1992 ... Dnro R90/1211 (I-SHO 1992:2) s. 419

Kouvolan hovioikeus (KouHO)

26.10.1978 ... Dnro R78/507 s. 355
12.12.1978 ... Dnro R78/905 s. 417

Rovaniemen hovioikeus (RHO)

03.09.1981 ... Dnro R81/363 s. 420

Turun hovioikeus (THO)

16.12.1982 ... Dnro 82-R17-Pir-1 s. 417, 420
10.12.1990 ... Dnro R90/831 s. 420
14.09.1993 ... Dnro R92/1615 s. 412

Vaasan hovioikeus (VHO)

22.02.1980 ... Dnro R1977/1868 s. 417

ASIAHAKEMISTO

Hakemisto on pääpiirteittäinen ja ainoastaan täydentää sisällysluetteloa. Ks. myös erillistä henkilöhakemistoa.

Abolitionismi s. 9, 527–540
Abstrakti vaara s. 362, 378, 382–386, 395–411, 440, 452–466
Abstraktis-konkreettinen vaara s. 383, 404, 417, 525
Adekvaatti kausaalisuus s. 164–171, 194–195, 199–209, 273, 275, 291–292, 314–315, 323
Ajatuskoe s. 150, 207, 275
ALR s. 436–437, 479–480, 483
Analogia s. 109–110
Asennoitumisetiikka s. 53–55, 409–410, 499
Asiantuntijatieto s. 147, 488
»Asian luonto» s. 110
Attribuutio s. 236, 238, 244–249
Autopoieesis s. 272
Avunanto s. 182, 279–280
Bonus pater familias s. 174, 481
CCC s. 436
CLS s. 133, 261, 271–272, 408
Common sense -kausaalisuus s. 231–232, 235–249
Conditio sine qua non s. 141, 150–153, 188, 192, 235, 276, 279
Egalitarianismi s. 102–107
Eksistentiaalinen mahdollisuus ks. ontologinen mahdollisuus
»Elämän säännöt» s. 154–161, 168
Ennakoitavuus s. 158–159, 176, 183, 292, 497
Deduktiivis-nomologinen selitysmalli s. 141
Défense sociale s. 163–164
Differenssioppi s. 134
Diskurssiteoria s. 90–91
Dogmit s. 42–44
Finalismi s. 45, 57, 61, 146, 295
»Frankfurtin koulu» s. 120–123
Funktionaalinen kausaalisuus s. 186–191
Funktionalismi s. 85–86, 97–98, 120–128, 147, 293–295, 500, 504
»Gute policey» s. 479
Hermeneutiikka s. 219–222
HI-virus s. 401–402
Imperatiiviteoria s. 51
Indisionäyttö s. 473, 486
Institutionaalinen oikeusteoria s. 226–227
Intressilainoppi s. 154–157, 161–164, 174
Inus-ehto s. 278
Ius commune s. 149, 473–474
Justifikaatio
- eettinen s. 519–520, 527–533
- pragmaattis-rationaalinen s. 502–517
Kausaalilinja s. 284–285
Kausaalinen kenttä s. 277–278, 364–365
Kausaalinen syyksilukeminen s. 148
Kausaalisuus s. 272–290
- adekvaatti ks. adekvaatti kausaalisuus
- common sense ks. common sense -kausaalisuus
- ekvivalenssiteoria s. 151–152, 275
- kontrafaktuaaliteoria s. 141, 276, 278, 280–281
- relevanssiteoria s. 153, 296
- tasapainoteoria s. 151

Kielletty riskinotto s. 312–328, 376–379
Kokeellisen tutkimuksen metodit s. 140
Kommunikatiivisen toiminnan teoria s. 90, 386–395
Konkreettinen vaara s. 363, 366–370, 379–382
Konstruktiot s. 44–46
Kontekstualisointi s. 408, 418–419, 427, 433
Kontrolli tapahtumienkulkuun s. 179, 182–183, 276–277, 295
Kriittinen positivismi s. 18, 128–130, 518–519, 538, 546–547
Kriittinen rationalismi s. 145
Kriminalisointiperiaatteet s. 502–503, 520–527
Kuljettaminen ks. moottoriajoneuvon kuljettaminen
Käsitelainoppi s. 108–119
Laiminlyönti
– suhde tekoon s. 181
– kausaalisuus s. 193–194, 277, 284–290
Legaliteettiperiaate s. 22–24
Liberalismi s. 26–28
Liikenteen vaarantaminen s. 418–419, 422–427
Liikenneturvallisuus s. 396–399, 498–499
Luonnonlainmukaisuus s. 191–197, 281–282
Maanpetos s. 400
»Maassvolle Risiko» s. 156
Manifestin rikollisuuden malli s. 265–267
Mahdolliset maailmat s. 207, 275–276, 366–367, 383
Manipulatiivinen kausaalisuuskäsitys s. 135, 156, 276
Marburgin ohjelma s. 62
Massailmiöt s. 172–175
Mens rea s. 228–236, 265
Moottoriajoneuvon kuljettaminen s. 419–420
MPC s. 243, 250–264
Murhapoltto s. 438
Normaalisuus kausaalisuusopissa s. 242–243
– ks. myös kausaalinen kenttä
Normin suojelupiiri s. 305–307
Objektiivinen mahdollisuus s. 161, 164–171
Objektiivinen syyksilukeminen s. 176–179, 291–296, 299–311, 467–470
Oikeudellisesti relevantti riski s. 301
Oikeusfenomenologia s. 184
Oikeusantropologia s. 186
Oikeushyvien suojelu s. 502–515
Oikeushyvä s. 39
Oikeuskäsitteet s. 35–36, 112–119
Oikeusparadigmat s. 93–108, 268–270
Oikeusperiaatteet oikeusajattelussa s. 88–89
Oikeusperiaatteiden funktiot s. 32–33
Oikeustajunta s. 85
Oikeusvelvollisuus s. 180–183
On omiaan -vaara s. 366, 395–404, 407–408, 449, 452–466
Ontologinen mahdollisuus s. 369–370, 383
Otaksuttavuus s. 316–317
Pakettipommi s. 449–451
Pakkotila s. 380–381, 415–416, 497
Paradoksit s. 271–272, 496
Peruskäsitteet s. 38–42
Peittävän lain selitysmalli s. 205
Piittaamattomuus s. 252–255, 257, 408–409
Plausibiliteetti ks. otaksuttavuus
Poena extraordinaria s. 473–474
Politia s. 160, 474–485, 522
Polysentria s. 265–266
Presumoitu vaara s. 354–362, 410, 435
– presumtion kumottavuus s. 357–358, 361–363, 414–415
Proximate cause s. 233, 240, 250, 257
Psyykkinen vaikuttaminen s. 173, 231, 241, 279, 285
»Public welfare offense» s. 268–269
Puhdas oikeusoppi s. 540–545
Pyöräilijätapaus s. 304–305, 317
Rattijuopumus
– kriminalisoinneista eräissä maissa s. 341–352
– takaisinlaskenta s. 412

– törkeä s. 411, 416–417, 426
– vaarallisuus s. 330–341
– yleisvaarallisuus s. 427–429
– yritys s. 419
Rangaistusarvo s. 494
Regulariteettiteoria s. 137
Rikoksen rakenne s. 3
Rikosoikeusideologia s. 4
Rikosoikeuskomitea s. 13–14
Rikosvastuun mallit s. 46–60
Riskin käsite s. 40–41
Riskin lisääminen s. 301–305, 308–311
Riskin vähentäminen s. 300
Riskiyhteiskunta s. 467
Ryhtymistuottamus s. 430, 435
Rule of law s. 83
Sallittu riski s. 154, 158, 303–304, 324–325
Sallitun riskin lisääminen ks. riskin lisääminen
Sosiaaliadekvanssi ks. myös sallittu riski s. 303, 314, 433
Sosiaalinen teonkäsitys s. 386–395, 409–410, 499
Sosiologinen rikosoikeuskoulu s. 161–164, 491–492
Sosiologinen toimintateoria s. 392
Strict liability s. 257
Suhteellisuusperiaate s. 494
Symbolifunktio s. 495
Systeemifunktionalismi s. 125–127
Syyksilukemismallien rakenteet s. 467–471
Tapahtumakausaliteetti s. 137
Tekijätyypit s. 217–219
Tekorikos s. 65, 67, 355, 434
Teonetiikka s. 53–55, 409–410, 499
Teonherruus s. 112, 297–298
Teonvääryys s. 189–191
Teon huolimattomuus s. 292, 311–328, 376–379
Tilanteen hallinta s. 319, 366–368, 373–376, 394–395, 424, 461–463
Tilanteenmäärittely s. 408
»Time framing» s. 397, 408–411
Todennäköisyysteoria s. 161, 164–175
Todennäköisyyden frekvenssitulkinta s. 166
Todennäköisyyden propensiteettitulkinta s. 166
Toimintatyypit s. 199–204
Tuhotyö s. 199, 438–440
Tunnusmerkistönmukaisuus s. 64–65, 71–72, 274, 291, 300, 323
Tunnusmerkistön ulottuvuus s. 327
Tutkimustehtävä s. 10–16
Tyyppiajattelu s. 205, 217–227
Ultima ratio s. 515–516
Uuskantilaisuus s. 197, 205, 208
Vaaran käsite s. 40–41
Vaaran aiheuttaminen s. 405–406
Varotoimet s. 277, 313, 375, 377, 399, 464
Vaara dispositiona s. 371–372
Vaarantaminen
– käytännöllinen arviointi s. 370–376
Vapaa todistusharkinta s. 472–474, 485–492
Vastuuasema s. 287–289, 494
Velvollisuusrikos s. 65, 67, 297–299
Versari in re illicita -oppi s. 302
Voi aiheuttaa -rikos s. 366, 382
Vuoden 1734 laki s. 437, 481–482
Yhteinen riskinotto s. 319
»Yhteinen tieto» s. 388
Yleinen vaara
– abstrakti s. 440, 442–443
– konkreettinen s. 440–442, 443–451
– määritelmä s. 441
– joukon määrittyneisyys s. 441–442, 444–447, 449

HENKILÖHAKEMISTO

Ei sisällä alaviitteissä esiintyviä nimimainintoja.

Aarnio, Aulis s. 90, 116–119
Alexy, Robert s. 91, 94, 113, 117, 130
Apel, Karl-Otto s. 145
Aristoteles s. 209
Aron, Raymond s. 206–208
Ashworth, Andrew s. 54
Andenæs, Johs. s. 54, 339
Backman, Eero s. 6, 57, 71, 491
Bar, L. von s. 151, 153–161, 196, 231, 490, 491
Beling, Ernst s. 64
Bentham, Jeremy s. 516
Binding, Karl s. 51, 125, 151, 156, 491
Bismarck, Otto von s. 485, 490
Brudner, Alan s. 267–270
Burgstaller, Manfred s. 327
Buri, Maximilian von s. 149–152, 171, 238, 275
Carpzov, B. s. 149
Christie, Nils s. 545
Cohen, L. Jonathan s. 146
Cramer, Peter s. 356
Dahm, Georg s. 218, 219
Derrida, Jacques s. 146, 545
Donelson, Alan C. s. 332, 340, 341
Dworkin, Ronald s. 99, 100–107, 129, 130, 264, 271, 527
Döpfer, Ute s. 224
Emmermann, F. W. s. 481
Engisch, Karl s. 191–197, 238, 281, 489
Ewald, François s. 88, 90, 107, 108, 119, 168, 172, 174
Feuerbach, P. J. A. s. 480, 516
Fletcher, George P. s. 264–267, 270–272
Forsman, Jaakko s. 84, 85
Foucault, Michel s. 143
Fredrik Suuri s. 437
Frisch, Wolfgang s. 124, 125, 326, 493
Frände, Dan s. 6, 23, 321, 322, 363, 364, 366–369, 382, 393–395, 404
Gadamer, Hans-Georg s. 146, 392
Glaser, Julius s. 150, 155
Goldman, Alvin s. 393
Goldschmidt, James s. 477
Greve, Vagn s. 347
Guerry, A. M. s. 163
Habermas, Jürgen s. 22, 87, 90, 91, 93–97, 99, 102, 107–109, 116, 129, 130, 143, 269, 386, 387, 390, 392, 499, 522, 547
Hall, Jerome s. 227–236, 242, 251, 261, 265–268, 270, 272, 500
Hardwig, Werner s. 179–186
Hart, H. L. A. s. 141, 196, 236–250, 259, 264, 268, 270, 512
Hassemer, Winfried s. 48, 57, 69, 86, 120–123, 219, 220, 507
Heck, Philipp s. 162
Hegel, G. W. F. s. 39, 48, 86, 87, 122, 175, 176, 178, 490, 530–532
Hempel, Carl G. s. 205
Hertz, Eduard s. 164
Herzog, Felix s. 120–122, 475, 477, 478
Hirsch, Andrew von s. 494, 495
Hirvonen, Ari s. 527–530, 532–536, 541

Hoflund, Olle s. 342
Honig, Richard s. 178, 179, 299
Honkasalo, Brynolf s. 7, 43, 64, 82, 119, 147, 152–154, 218, 275, 294, 296, 362, 363, 441, 461, 489
Honoré, Tony s. 141, 196, 236–250, 259, 264
Hume, David s. 136–142, 144, 145, 152, 216, 249
Höffe, Otfried s. 48
Ihering, Rudolf von s. 109, 162, 163
Jakobs, Günther s. 111, 125–127
Jareborg, Nils s. 29, 50, 53, 54, 104, 106, 107, 109, 207, 260–263, 283–285, 292, 311–322, 324, 325, 363, 369, 376, 393–395, 454, 459, 494, 495, 512
Jescheck, Hans-Heinrich s. 57–59, 306, 316
Kant, Immanuel s. 26, 39, 48, 86, 87, 138–140, 152, 216
Kaufmann, Arthur s. 109, 110, 224, 299
Kelman, Mark s. 133
Kelsen, Hans s. 16, 47, 198, 210–217, 222–226, 501, 519, 540, 542–545
Kindhäuser, Urs s. 124, 371, 372, 375, 376, 378, 396, 493
Klami, Hannu Tapani s. 110
Korhonen, Petteri s. 38
Koriath, Heinz s. 151, 165, 222, 223
Koskinen, Pekka s. 362, 363
Kretschmer, Ernst s. 218
Kries, Johannes von s. 161, 164–172, 174, 175, 200, 201, 203, 490
Kuhn, Thomas S. s. 56, 57
Kunz, Karl-Ludwig s. 147
Lagodny, Otto s. 414, 520
Lahti, Raimo s. 62, 121, 539, 540
Lampe, Ernst-Joachim s. 186–191, 500
Langbein, John H. s. 473
Lappi-Seppälä, Tapio s. 6, 31, 501, 502, 504, 517, 518, 527, 536, 537, 539
Larenz, Karl s. 175–179, 181, 186, 218, 546
Lexis, Wilhelm s. 172, 173
Liszt, Franz von s. 57, 62–64, 111, 112, 153, 157, 162, 163, 173, 217, 491, 507, 508
Locke, John s. 26
Luhmann, Niklas s. 114, 115, 126, 143, 381, 499
Lüderssen, Klaus s. 120, 121
MacCormick, Neil s. 226
Mackie, John L. s. 141, 237, 249, 277–280, 364
Matikkala, Jussi s. 469
Mattes, Heinz s. 477
Mezger, Edmund s. 57
Mill, John Stuart s. 140, 141, 149, 150, 152–154, 155, 196, 237, 238, 244
Mommsen, Th. s. 155
Müller, Max Ludwig s. 194
Naucke, Wolfgang s. 60, 70–83, 92, 97, 98, 120, 249
Neumann, Ulfrid s. 293
Norrie, Alan s. 242
Nozick, Robert s. 264
Nousiainen, Kevät s. 472
Nuutila, Ari-Matti s. 6, 7, 15, 62, 116, 262, 274, 289, 292, 308, 321, 323, 324, 326–328, 469
Oppenheim, s. Paul 205
Pihlajamäki, Heikki s. 472, 483
Popper, Karl s. 142–146
Preuß, Wilhelm s. 158
Prins, Adolphe s. 163, 164
Prittwitz, Cornelius s. 120–122
Pöyhönen, Juha s. 31, 32, 37, 43, 44, 56, 90, 498
Quetelet, Ad. s. 163, 164, 172, 173, 217
Radbruch, Gustav s. 1, 57, 170, 203, 204
Raeff, Marc s. 474
Rawls, John s. 130, 131, 264, 269
Reinach, Adolf s. 184
Rickert, Heinrich s. 205, 212
Ricœur, Paul s. 148, 208, 209
Robinson, Paul H. s. 52, 525
Ross, Alf s. 54, 213
Ross, H. Lawrence s. 338
Roxin, Claus s. 54, 57, 59–71, 75, 78, 80–82, 84, 89, 97, 110, 112, 113, 127–129, 168, 169, 181, 197, 291, 292, 294, 297–305, 307–312, 316–320, 322, 327, 328, 509, 515, 547

Rudolphi, Hans-Joachim s. 296
Sauer, Wilhelm s. 57, 64
Savigny, Friedrich Carl von s. 485, 486, 488, 489
Scheinin, Martin s. 524
Schmidhäuser, Eberhard s. 57
Schünemann, Bernd s. 111, 120, 121, 123, 127
Searle, John s. 226
Segall, Josef s. 477
Serlachius, Allan s. 154
Sevón, Kjell s. 111
Stolleis, Michael s. 474, 478, 485
Tell, Wilhelm s. 386
Teubner, Günther s. 143, 272
Tuori, Kaarlo s. 7, 37, 38, 92, 97, 111, 221, 535
Unger, Roberto Magabeira s. 264
Utriainen, Terttu s. 6, 115, 116, 118
Vogel, Joachim s. 125
Weber, Max s. 16, 197–207, 213, 214, 222, 224–226, 386, 391
Weinberger, Ota s. 226
Welzel, Hans s. 7, 57, 148, 222, 236, 297, 298
Windscheid, Bernhard s. 155
Wittgenstein, Ludwig s. 239
Wright, Georg Henrik von s. 141, 142, 276
Würtenberger, Thomas s. 477
Wächter, K. G. von s. 491